

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Aline Vitorino da Trindade

MEDIAÇÃO COMO FORMA ADEQUADA DE ACESSO À JUSTIÇA

SÃO CRISTÓVÃO

2020

MEDIAÇÃO COMO FORMA ADEQUADA DE ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada à banca examinadora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Luciana Aboim.

SÃO CRISTÓVÃO

2020

ALINE VITORINO DA TRINDADE

MEDIAÇÃO COMO FORMA ADEQUADA DE ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada como requisito para
obtenção de grau de bacharel em Direito da
Universidade Federal de Sergipe

Dissertação aprovada em ____/____/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Luciana de Aboim Machado

Orientadora/Universidade Federal de Sergipe

Prof^a Dr^a. Karyna Batista Sposato

Universidade Federal de Sergipe

Msc. Carla Maria Franco Lameira Vitale (Doutoranda)

Universidade Federal da Bahia

SÃO CRISTÓVÃO

2020

AGRADECIMENTOS

Atribuo o fim de ciclo a muitas pessoas, as quais foram essenciais para que essa etapa fosse concluída. Nesse contentamento, expresso a minha gratidão constante a Deus pelo cuidado e pelo amor por mim. Durante esses cinco anos, entre viagens, incertezas e muita dedicação, sentir-me a todo instante guiada e protegida por Ele.

Minha gratidão também aos meus pais, que nunca mediram esforços para que esse objetivo fosse alcançado. Os quais sempre colocaram minha educação como prioridade em suas vidas. Nunca serei capaz de retribuir todas as abnegações feitas para que este momento fosse possível. A meu irmão, Aldair, muito obrigada pela disponibilidade de sempre.

Aos meus amigos que foram grandes incentivadores durante essa etapa. Principalmente aqueles que de alguma forma contribuíram com a confecção deste trabalho, demonstrando apoio e sugerindo possíveis caminhos. Obrigada pela paciência e cordialidade.

Por fim, à minha orientadora, a Professora Luciana Aboim, por ter sido responsável pelo meu despertar para o tema da mediação, pela disponibilidade em prestar com orientação deste trabalho, bem como pela cordialidade de sempre. Sou extremamente grata pelo privilégio de trabalhar com uma profissional tão humana, que sempre se manifesta com muita empatia e humildade.

*“Devemos promover a coragem onde há o medo,
promover o acordo onde existe conflito, e inspirar
esperança onde há desespero”.*

Nelson Mandela

RESUMO

Na sociedade contemporânea o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre os mais numerosos e variados interesses da sociedade civil, sendo o exercício da jurisdição voltado a diversos fins, como sociais, econômicos, políticos e jurídicos. Esse protagonismo do Judiciário, evidência a necessidade de o sistema jurídico empenhar esforços com o fito de possibilitar o acesso efetivo à justiça, ante os obstáculos que surgem nesse processo. Assim, esse trabalho buscou compreender os óbices que impedem a efetivação deste direito, na mesma medida que considerou a mediação como mecanismo capaz de garantir o acesso à justiça em suas múltiplas faces. Para tanto, o estudo foi elaborado utilizando-se o método indutivo, através de pesquisa bibliográfica. Da análise realizada foi possível identificar quando a mediação é sugerida, dentro dos estudos realizados sobre a temática, como meio capaz de fornecer um novo enfoque ao acesso à justiça. Assim, concluiu-se que para além de ser um método mais célere e eficaz do tratamento do conflito, a mediação contribui positivamente para produção de respostas justas, bem como para efetiva pacificação social, vantagens que correspondem o acesso à justiça em sua concepção material. Outrossim, os resultados obtidos com a pesquisa, demonstram a necessidade da mudança do paradigma de tratamento dos conflitos, com o incentivo à utilização da mediação, objetivando um resultado mais satisfatório das demandas.

Palavras-chave: Processo; Acesso à Justiça; Métodos de solução alternativa de conflitos; Mediação.

Abstract

In contemporary society, the Judiciary is urged to speak out on the most numerous and varied interests of civil society, with the exercise of jurisdiction aimed at various purposes, such as social, economic, political and legal. This Protagonism of the Judiciary shows the need for the legal system to make efforts in order to enable effective access to justice, in the face of the obstacles that arise in this process. Thus, this work sought to understand the obstacles that hinder the realization of this right, to the same extent that it considered mediation as a mechanism capable of guaranteeing access to justice in its multiple faces. For that, the study was elaborated using the inductive method, through bibliographic research. From the analysis carried out, it was possible to identify when mediation is suggested, within the studies carried out on the theme, as a means capable of providing a new approach to access to justice. Thus, it is understood that in addition to being a faster and more effective method of dealing with conflict, mediation contributes positively to producing just responses, as well as to effective social pacification, benefits that correspond to access to justice in its material conception. Furthermore, the results obtained with a research, demonstrate the need to change the conflict treatment paradigm, with the incentive to use mediation, aiming at a more satisfactory result of the demands.

Keywords: Process; Access to justice; Alternative dispute resolution methods; Mediation.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1 A TRANSFORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SEUS REFLEXOS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	13
1.1 O Poder Judiciário: do Estado Liberal ao Estado Moderno	13
1.2 O papel do Judiciário a partir da Constituição Federal da República ...	17
1.2.1 A judicialização das Relações Sociais	20
1.3 O Direito de Acesso à Justiça	22
1.3.1 Primeira onda: Assistência Judiciária aos pobres.....	25
1.3.2 Segunda onda: Representação dos Interesses Difusos	29
1.3.3 Terceira onda: um novo enfoque do acesso à justiça.....	31
2 DOS MEIOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITO	34
2.1 Da Autotutela	35
2.2 Da Autocomposição.....	36
2.2.1 Da conciliação	37
2.3 Da Heterocomposição	39
2.3.1 Arbitragem.....	39
2.3.2 Jurisdição	40
2.4 O modelo alternativo de resolução de conflitos: Sistema Multiportas de resolução de Conflitos	41
3 DA MEDIAÇÃO	47
3.1 Abordagem histórica.....	47
3.1.1 Estados Unidos	48
3.1.2 França	50

3.1.3	Argentina	51
3.2	O modelo Brasileiro	54
3.3	Conceito e características	56
3.4	Princípios norteadores	59
3.5	O processo de mediação	62
3.6	Vantagens da mediação	64
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	69

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito social básico do Estado Democrático de Direito, reconhecido como um princípio que enseja a concretização de outros direitos fundamentais. Para que cumpra com essa finalidade, esta garantia não pode ser compreendida como o mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho estatal, como se concebia em determinado momento histórico. Sob as novas lentes, o direito de acesso à justiça deve ser sinônimo de acesso efetivo a uma ordem jurídica justa. Neste sentido, o sistema jurisdicional necessita ser igualmente acessível a todos, bem como capaz de produzir resultados justos, ou seja, substancialmente eficazes (SANOMYA; CACHAPUZ, p. 391, 2014).

Apesar desta constatação teórica, nas sociedades contemporâneas são diversos os obstáculos que impedem sua efetivação. Estes estão relacionados, a questões econômicas, como é o problema das custas; a ausência de recursos, ante o grande número de demandas que corresponde a fenômenos ligados ao contexto democrático; e a satisfação do jurisdicionado com as respostas obtidas pela via adjudicatória, dentre outras questões.

Nesta linha várias reformas foram apontadas de modo a romper estes impasses, entre as quais se inserem os métodos alternativos. Estes, assumem importante papel no sistema jurídico brasileiro, principalmente em razão das vantagens em comparação ao modelo tradicional, uma vez que para além de contribuir com o sistema jurídico, zelam pela adequação dos interesses da sociedade. Sendo igualmente responsáveis pelo tratamento do conflito de forma mais humanitária e célere.

A mediação surge neste caminho e representa um novo paradigma de resolução de conflitos. Por meio da execução orientada por princípios e técnicas que lhe são próprias, a mediação alcança respostas mais céleres e próximas à realidade dos indivíduos, sendo assim um mecanismo adequado de efetivar direitos e garantias fundamentais, tal como acesso à justiça. Neste sentido, o enfoque deste trabalho gira em torno da mediação como forma adequada de resolução de conflitos, considerando a sua contribuição ao sistema de composição de conflitos.

Essa pesquisa ocorre, principalmente, ao considerar que para que a efetividade pretendida saia do campo teórico e vigore de forma concreta no sistema jurídico pátrio, torna-se imprescindível a mudança na postura de todos os responsáveis pela construção do direito, de modo a incentivar as formas alternativas de resolução de conflito, tal como a mediação. Assim, buscou-se ampliar a visão da mediação, de modo a fazer com que esta fosse compreendida como um método adequado de concretização do acesso à justiça, ante a constatação que esta garantia não se realiza com o mero acesso ao Judiciário, e sim, com o acesso a uma ordem jurídica justa, adequada e satisfativa.

Assim, o trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo faremos um breve recorte histórico, com objetivo de demonstrar como o Poder Judiciário é concebido dentro da estrutura estatal. Em seguinte, busca-se demonstrar como as transformações sociais interferem no papel do Estado, e, conseqüentemente, na atuação do Poder Judiciário. Posto que no modelo liberal, marcado pela inércia do Estado em relação à sociedade, cumpria ao Judiciário assegurar a liberdade dos indivíduos por meio da aplicação mecânica das leis. Ao contrário disto, no modelo social, o Estado é convocado a atuar para garantir os direitos oriundos do *welfare state*, o que gera a expansão das funções do Poder Judiciário, refletindo diretamente na prestação jurisdicional.

No mesmo sentido, veremos que é neste cenário que surge a preocupação quanto aos obstáculos à efetivação do acesso à Justiça, culminando no despertar da ciência jurídica para o tema. Nesta linha, serão explanadas as “ondas renovatórias” apontadas no estudo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como movimentos voltados a fornecer soluções aos obstáculos observados à concretização do acesso. Ademais, como será demonstrado, enquanto pioneiros no debate do tema, suas lições fornecem arcabouço teórico para reformas em diversos países, incluindo o Brasil. Sendo igualmente responsáveis por reconhecer, no terceiro movimento renovatório, a importância do tratamento adequado dos conflitos, por mecanismos como a mediação.

No segundo capítulo serão consideradas as estruturas mais clássicas de resolução de conflitos e técnicas alternativas: a autotutela, a autocomposição dentro a qual se insere a conciliação, e a heterocomposição como método que conta com a jurisdição e a arbitragem. Após a explanação dessas formas, será desenvolvida uma

exposição sobre a importância dos métodos alternativos e do sistema multiportas de resolução de conflitos.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado a exposição da mediação. Para tanto, a princípio será realizada uma breve exposição do contexto histórico da mediação em alguns sistemas de direito internacional. Os Estados Unidos, em razão da evolução sobre o tema, a França, para entender, ainda que resumidamente, como a mediação se realiza em um sistema europeu, e a Argentina, por se aproximar do modelo brasileiro.

Após, também será observado o histórico do modelo brasileiro, assim como, outros pontos sobre a mediação, como sua conceituação, características, princípios norteadores, seu procedimento e as vantagens e desvantagens em comparação ao processo judicial.

O método utilizado neste trabalho é indutivo. De modo que foram realizadas pesquisas bibliográficas, através de livros, artigos, revistas científicas, dissertações, entre outras publicações em meio impresso ou digital, bem como foi utilizada a pesquisa em documentos, através da análise de normas nacionais e internacionais.

1 A TRANSFORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SEUS REFLEXOS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Para chegarmos às conclusões desejadas neste trabalho é necessário, a princípio, fazermos uma breve análise de fatores históricos e estruturantes do Estado, por meio dos quais se pretende entender como o Judiciário surge dentro da estrutura estatal e em que momento se dá seu protagonismo. Assim, passaremos pela mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, considerando que a razão de ser do próprio Estado, interfere no papel do Poder Judiciário e, por consequência, na realização da garantia do acesso à justiça.

Ademais, buscaremos identificar como alguns fenômenos específicos do contexto democrático interferem na prestação jurisdicional, responsáveis em certa medida pela grande demanda que assola o Judiciário atualmente.

Por fim, serão identificadas algumas discussões acerca do acesso à Justiça, com a explanação das principais ideias que possibilitaram uma reformulação dos sistemas processuais e que inauguram uma nova perspectiva do tratamento do conflito pelo mundo.

1.1 O Poder Judiciário: do Estado Liberal ao Estado Moderno

O tema acerca da construção do Poder Judiciário é amplo e complexo, o que não permitirá seu esgotamento neste trabalho. No entanto, são necessários breves apontamentos históricos que abrangem o momento do seu surgimento até o seu protagonismo.

Para tanto, é importante destacar que o Judiciário nem sempre foi reconhecido como um Poder propriamente dito, ou seja, num aspecto constitucional e independente, pertencente à estrutura estatal, com função julgadora exercida por um terceiro imparcial representante do Estado.

Durante o regime absolutista da Europa no século XVII, atribuía-se ao monarca, enquanto representante pessoal e absoluto do Estado, o papel de legislar, executar as leis e julgar. Esta última função, no entanto, poderia ser vendida aos nobres ou

aristocratas, os quais, ao exercer-la, submeteriam suas decisões ao rei, a quem incumbia a última palavra, baseada sempre em sua conveniência.

O acesso a este sistema de julgamentos, ocorria mediante o pagamento das custas ao próprio juiz da causa. Aos usuários, cumpria apenas a obediência e respeito as decisões, uma vez que a relação entre o rei e seus súditos orientava-se pelo princípio da fidelidade. Por consequência, o sistema provocava compreensível desconfiança nos indivíduos, o que impulsionou a queda deste regime e a instituição de um novo modelo, voltado a romper com essas discricionariedades.

A mudança nesta configuração se dá a partir de 1789 com a Revolução Francesa, momento de transição do feudalismo para o Estado Liberal Burguês, traduzido pelos esforços em limitar a interferência do Estado na vida econômica e social, com o objetivo de restringir ao máximo o poder político¹. Neste cenário, cumpria ao Estado garantir a “livre competição das forças econômicas, baseadas na apropriação privada dos bens de produção, mediante a garantia da ordem interna e da segurança externa, e uma adequada administração da justiça para proteger os direitos de cada indivíduo” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 29).

No Estado Liberal a limitação estatal é feita com rigor e a liberdade individual e autodeterminação são considerados dogmas de fé (AMARAL, 2008, p. 13). O direito existia para garantir a autonomia dos indivíduos, ao mesmo passo que o processo se preocupava apenas com a mera resolução dos conflitos. Assim, o papel dos magistrados se desenvolvia de forma estritamente vinculada à lei, em observância ao princípio do dispositivo, vigorando a aplicação mecânica das normas, sob a lógica do silogismo jurídico fundamentado na subsunção legal.

Este novo² regime é concebido a partir das ideias iluministas de Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant, que apesar das variantes em suas ideologias, nutrem em comum, em suas doutrinas, o princípio da separação de poderes. Isto porque “essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida

¹ A sociedade burguesa da época se organizava com vistas a impedir a opressão estatal em face do indivíduo, em razão da forte influência do iluminismo racionalista e do liberalismo econômico.

² O termo “novo” é empregado intencionalmente para significar a superação do Feudalismo.

social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos ” (DALLARI, 2003, p. 216).

Locke foi o primeiro a sistematizar a teoria da separação de poderes em sua obra Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Em sua idealização constavam quatro funções fundamentais: a legislativa, atribuída ao Parlamento; a executiva, exercida pelo rei, que contava com um desdobramento, chamando-se de função federativa ao tratar de assuntos relacionados ao poder de guerra e de paz, ligas e alianças e de todas as questões que devessem ser compreendidas fora do Estado; e uma quarta função, também atribuída ao rei, traduzida pelo poder de cuidar das questões de interesse público (DALLARI, 2003, p.218).

É com Montesquieu no livro “Espírito das Leis”, já na segunda fase do Estado Moderno, que o Judiciário é concebido dentro da estrutura estatal juntamente com o Executivo e o legislativo, todos como poderes independentes. As funções passam a ser compreendidas da seguinte forma:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente “o poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 2006, p. 165-166).

Nota-se que esta definição reflete o liberalismo da época, que não admitia qualquer intromissão estatal a não ser o poder de julgar e punir. A maior preocupação daquele momento foi romper com todos os traços do absolutismo, com a criação de órgãos independentes, os quais não admitiam admitia interferências recíprocas em seu funcionamento, nem a transferência de poder entre eles (DALLARI, 2003, p.219).

O desenvolver da atividade jurisdicional era ligada a uma visão fortemente positivista, que buscava apenas a proteção do Estado contra qualquer ameaça à autonomia do indivíduo, ao direito de propriedade e ao livre exercício das habilidades individuais. O direito servia para garantir por meio da lei abstrata e geral, a vida, a liberdade e a propriedade dos sujeitos, considerados como pilares que erguem o Estado naquele momento histórico.

O Estado Liberal perdurou até o início do século XX, quando perdeu espaço para um modelo denominado Estado-providência (*Welfare State*)³ ou Estado de bem-estar social, que nos estudos de Cappelletti (1999, p.56) é decorrente de um determinado acontecimento histórico: “a revolução industrial, com todas as suas amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais”.

As transformações ocorridas na sociedade exigem que o Estado passe a tutelar direitos sociais antes ignorados no modelo não intervencionista liberal. Com isso, a produção legislativa passa a soterrar a estrutura social com a elaboração de diversas normas reguladoras e compensadoras.

Em que pese essa maior atuação do Poder Legislativo, o mero reconhecimento normativo já não bastava para nova configuração social. Naquele momento, o Estado precisava, além de dispor sobre esses novos direitos, efetivá-los. Razão pela qual esta nova realidade acaba por modificar a atuação do poder Judiciário, que passa a ser corresponsável na realização das finalidades buscadas pela política legislativa (AMARAL, 2008, p.20).

Registra-se que, com o advento do Estado Social, a igualdade passa a ser concebida materialmente, longe dos aspectos individuais e orientada pela realidade fática. “O Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. [...] Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia” (BONAVIDES, 2004, p. 378).

Assim, ocorre uma transformação significativa no papel do Judiciário que não se satisfaz na aplicação quase matemática da lei para resolver o conflito, mas que se utiliza do processo para cumprir as novas orientações constitucionais.

As consequências dessa mudança são vistas no direito, que passa a regular outras áreas antes afastadas do controle estatal. Isso porque há uma aproximação do Estado e sociedade, antes afastados, por intermédio do direito, em razão da

³ As diversas transformações sociais ocorridas durante o século XX, impactam diretamente no Estado Liberal. Seu declínio, no entanto, se observa a partir da 1ª Guerra Mundial, quando este modelo de Estado é substituído pelo Estado-Providência ou *Welfare State* (como ficou conhecido na Europa). Em razão disto a postura estatal se volta a promover o crescimento econômico e assegurar a proteção dos menos favorecidos, afastando-se da lógica não intervencionista e assumindo uma postura “social”.

autonomia privada do contexto liberal. Esse distanciamento foi substituído pela “(...) absorção da Sociedade pelo Estado, isto é, a politização de toda a Sociedade, pondo termo àquele dualismo clássico, àquela antinomia, bastante típica da idade liberal e das instituições que o individualismo produziu no século passado” (BONAVIDES, 2004, p.231).

De certo, as transformações do Estado liberal para o Estado social acabam por modificar substancialmente o papel do direito e, por consequência, do próprio Judiciário, em um movimento que ainda não está concluído. Se em determinado momento o Legislativo e o Executivo, ganharam especial protagonismo na construção da sociedade, na atualidade é o Judiciário que está sob os holofotes, assumindo importantes questões sociais e políticas.

1.2 O papel do Judiciário a partir da Constituição Federal da República

No sistema brasileiro, as condições para implantação do *Welfare State* diferem em certa medida das utilizadas na Europa, isto porque enquanto os países desenvolvidos do início do século XX se preocupavam com os direitos sociais, o Brasil ainda sofria com a herança negativa do período escravocrata, que perdurou de 1550 até 1888. Outro fator histórico, que retarda a promoção dos direitos humanos e a evolução dos direitos sociais, foram os períodos ditatoriais que assolaram o país, que representaram um momento de fragilização dos direitos da população e o enfraquecimento das instituições democráticas no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 surge após um desses períodos ditatoriais, motivo pelo qual ficou conhecida como Constituição Cidadã. É neste momento que o Estado social se apresenta novamente⁴ no cenário brasileiro. Apesar da inexistência de menção expressa a este regime, o preâmbulo da Constituição contribui para essa identificação, na medida em que destaca como objetivos do Estado: “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

⁴ Apesar das divergências sobre a existência do *Welfare State* no Brasil, entende-se que a partir da década de 30, devido a implementação da industrialização sob o modelo de substituição de importações, houve uma mudança na questão social, que passa a ser encarada pelo Estado como questão política.

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)."

No mesmo sentido, identifica-se como objetivos do Estado: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem a todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Traços que demonstram a preocupação com as questões típicas do modelo social.

Partindo do pressuposto que o modelo de Estado interfere no papel do Poder Judiciário, é possível afirmar que com o advento da Constituição Federal de 1988, este assume novas funções no ordenamento brasileiro. Para além de dizer o direito, o Judiciário é deslocado a garantir a efetividade das normas constitucionais e a afastar os atos que não estejam de acordo com o texto constitucional, por meio do controle de constitucionalidade.

Nesse novo contexto, o Estado passou a disciplinar um conjunto de normas programáticas de direitos e garantias fundamentais, com objetivo de suprir as deficiências do momento anterior e de observar os direitos humanos, é neste sentido que Alves (2012, p. 189) afirmou que "a redemocratização foi uma das primeiras grandes causas que ensejaram a judicialização da política, e teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1998".

A judicialização da política decorre da necessidade de pronúncia dos tribunais, devido as falhas do funcionamento dos outros poderes, ou seja, se verifica diante da atuação insatisfatória ou insuficiente do Legislativo e do Executivo (ALVES, 2012, p.187).

Assim, atribui-se ao Poder Judiciário uma nova função: garantir por meio do Direito o que o Estado não é capaz de solucionar por meio de suas políticas públicas, com a intenção de assegurar os valores fundamentais inscritos nas Constituições e de concretizar os princípios sociais abraçados pelo texto constitucional (WACHELESKI, 2007, p. 82).

Uma das respostas ao fenômeno da judicialização está na demonstração da fragilidade das instituições políticas e na falta de consenso quanto aos valores que a sociedade pretende garantir, fazendo necessário recorrer ao Poder Judiciário como guardião das promessas democráticas de igualdade. Os dois

modelos recentes de política, liberal e Estado-providência, estão esgotados e uma nova ordem está em formação (WACHELESKI, 2007, p.90).

Neste sentido, a expansão da atuação judiciária significa a infusão da tomada de decisão judicial dentro da arena política, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão judicial do legislativo ou dos servidores civis para os tribunais, ou, a expansão do poder de tomada de decisão judicial fora do contexto propriamente judicial (AMARAL 2008, p. 22), com o fito de manter a coerência da ordem constitucional.

No âmbito mundial, esse fenômeno se desenvolve a partir do término da Segunda Guerra Mundial, em épocas e países diversos. Ante a ausência ou omissão de outros poderes, as cortes e supremas cortes constitucionais precisaram se manifestar e decidir sobre questões de ordem política e moral com repercussão nacional. Barroso (2009) cita alguns exemplos importantes no contexto histórico, vejamos:

Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. (...) (BARROSO, 2009, p.11).

No Brasil, algumas decisões judiciais são igualmente responsáveis por ocasionar uma nova leitura constitucional e provocar um grande impacto social. Dentre as quais podem ser citadas: a criação das Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional 45/04; a regulamentação do casamento homoafetivo; a descriminalização do aborto no caso de anencefalia; e a possibilidade de cumprimento da pena após a decisão em segunda instância. Todas essas decisões demonstram, em certa medida, a transferência da questão do espaço político para o Judiciário.

Em Vianna (1999, p. 24), a concepção atual do Judiciário não é a que restringe sua função simplesmente à declaração do direito, mas aquela que inclui o papel deste em garantir a autonomia individual e cidadã, funcionando como instituição estratégica nas democracias contemporâneas.

Observando esta realidade, alguns autores afirmam que o Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal brasileiro, se tornou uma espécie de legislador implícito, ao afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais e as que ferem os direitos do povo por força da atuação dos agentes que o representam (HAMILTON, 2005, p. 472).

É neste aspecto que o sistema jurídico se aproxima muito mais das questões políticas, do que aquelas vinculativas ao próprio direito. Por consequência lógica dessa promoção, as instâncias são abarrotadas com diversos interesses a cabo do poder decisório do Judiciário. Fator que impossibilita sua atuação de forma célere e satisfatória, ante os recursos limitados que dispõe, afetando diretamente as questões relacionadas ao direito do acesso à justiça.

1.2.1 A judicialização das Relações Sociais.

Para além dos efeitos decorrentes da confusão do papel do Judiciário com a atuação legislativa e política, o déficit operacional que interfere em questões relacionadas ao acesso à justiça é também fruto da promoção da atuação do Poder Judiciário nas relações sociais.

Este movimento se intensifica com o surgimento de novos direitos decorrentes do *Welfare State*, bem como da invasão do poder Judiciário em espaços antes ocupados por atores sociais ou de predominância privada. Estas áreas, que antes não comportavam qualquer ingerência estatal, incorporam características públicas, exigindo maior atuação do Poder Judiciário e do Poder Legislativo (WACHELESKI, 2007, p. 118).

Com o surgimento do Estado social, o Judiciário assume uma postura proativa na promoção das normas constitucionais programáticas contidas em favor da sociedade civil, como forma de reparar os danos e as violações aos seus direitos. Em certa medida, age para compensar os déficits de outros atores políticos e sociais. Sua atividade é considerada, naquele momento, um instrumento de realização de justiça social; o que acaba por impactar diretamente no instrumento de realização do direito, que é o próprio processo.

As necessidades de maior intervenção do Estado na realidade social são decorrentes da materialização do direito burguês no Estado social e não são

unicamente decorrências do crescimento das prescrições jurídicas nas sociedades complexas. O Estado social atendeu aos reclamos por maior justiça e com isso partiu estrategicamente para conferir um sistema de compensações e regulamentações (WACHELESKI, 2007, p. 122).

Os movimentos sociais são, em grande parte, responsáveis por essa promoção do Judiciário na esfera social. Com o distanciamento das instituições tradicionais de representação da sociedade, ocorre um crescimento no número de organizações não governamentais na luta pela igualdade material e pela concretização por direitos básicos, movimento observado principalmente a partir dos anos 80 (WACHELESKI, 2007, p. 126).

Diante da crescente exigência por parte das entidades, organizações e movimentos civis, pela efetivação dos direitos sociais, o Poder Judiciário é provocado para atuar, resolver conflitos e garantir o acesso aos bens mínimos da sociedade, assumindo papel de destaque nessas demandas.

No cenário brasileiro, essa maior interferência do Poder Judiciário nos espaços sociais se deve em função do caráter público e coletivo, que assume alguns direitos no Brasil a partir da década de 30. Com a crescente industrialização e o desenvolvimento do capitalismo, o país reorientava-se para regulamentar as novas relações sociais.

Por consequência da intensificação da mão-de-obra livre e assalariada, durante o período de industrialização, as relações trabalhistas incorporam feições públicas e diversos problemas enfrentados no âmbito privado são expostos à apreciação do Poder Judiciário. É neste cenário que surge o direito do trabalho, com a instituição da Justiça do Trabalho, em 1941, e a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943.

Por conseguinte, o protagonismo da atividade judicial na esfera política e social não é sinônimo de sua intromissão em espaços reservados a outros poderes. Em verdade, sua atuação deve ser compreendida em caráter positivo, uma vez que se volta à efetivação dos direitos e garantias conquistados historicamente. Nesse sentido, Vianna (1999, p. 150) defende que o direito atua somente para preencher um espaço deixado pelos agentes públicos na implementação das políticas públicas estatais, não substituindo a figura da República.

Em outro ponto, o desenvolver dessas atividades de forma acentuada ocasiona o congestionamento do Judiciário, uma vez que o sistema precisa lidar com um grande número de processos sobre os mais variados temas, como aqueles referentes à educação, ao meio ambiente e as relações consumeristas. Com isso, fica evidente a insuficiência de recursos da máquina estatal e a impossibilidade de efetivamente cumprir as garantias constitucionais. Nesse sentido são necessárias as observações feitas por Wacheleski (2007):

A conflituosidade administrada pela justiça trouxe o congestionamento do Poder Judiciário com grande número de processo e logo demonstrou inevitáveis constatações: o Estado não detinha capacidade financeira para cumprir as promessas do *Welfare*, e uma das consequências, foi a incapacidade de investimento na administração da justiça. (WACHELESKI, 2007, p. 127).

Resta claro que as transformações sociais interferem no papel do Poder Judiciário, que expandi sua atuação com a provocação para atuar na esfera política e social, espaços antes reservados a outros atores. Neste sentido, sua atividade orienta-se com o fito de efetivar os direitos assumidos pelas novas configurações do Estado, bem como, de auxiliar na coerência da ordem constitucional. Resultado dessa expansão é o aumento considerável no número de demandas, o que evidencia que o sistema não possui recursos para lidar com tantas situações de forma satisfatória.

Disto também decorre a preocupação com a garantia do acesso à justiça, visto que o novo momento requer a materialização das garantias e direitos fundamentais. Assim, uma vez constatado os obstáculos a concretização do acesso à justiça, todo sistema deve-se orientar com o fito de disseminá-los.

Essa observação foi importante para desencadear o estudo sobre o tema em diversos sistemas jurídicos internacionais, o que provocou a ressignificação do direito de acesso à justiça. Ademais, esse novo enfoque é responsável por fomentar a adoção de outros métodos alternativos no sistema tradicional, os quais fossem capazes de contribuir com a prestação jurisdicional adequada.

1.30 Direito de Acesso à Justiça

A discussão a respeito do acesso à justiça é de grande importância para o Estado democrático de direito, visto que a preocupação com a efetivação desta

garantia é também, por consequência, a preocupação com a tutela de todos os outros direitos tidos como fundamentais. O tema, no entanto, só ganha relevo na ciência jurídica a partir de 1970 e 1980, quando alguns autores se ocupam em conceituá-lo e identificar sua abrangência, ante os obstáculos observados quando da sua concretização.

Na vigência do Estado Liberal, entre os séculos XVIII e XIX, o debate sobre o tema era inexpressivo, isto porque baseada na ideia de igualdade formal da época, todos os homens eram capazes de assumir seus direitos plenamente. Assim, bastava para o direito do acesso à justiça, a mera possibilidade de os indivíduos recorrerem ao sistema jurisdicional, dispensada qualquer preocupação com os obstáculos do mundo material.

Afastado do contexto individualista liberal, surge a preocupação com a efetivação de diversos direitos, dentre os quais se insere o direito de acesso à justiça. Essa inquietação leva à redefinição do seu conteúdo principal, substituindo a mera garantia de estar em juízo pela garantia de uma resposta efetiva. O procedimento e seus resultados passam a compor o tema do acesso e o Estado assume a responsabilidade de fornecer meios adequados e eficazes para sua concretização (MEIRELLES; MARQUES, 2013, p.2).

Sob as novas lentes, o acesso à justiça precisa ser sinônimo de direito real e tangível. Novos valores e princípios precisam ser abrangidos pelo termo. Reconhecendo essa realidade, Cappelletti e Garth (1988, p.23) pontuam na obra “Acesso à justiça”:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico- o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p.23).

Nesta linha, o autor discorre sobre certos aspectos materiais, relacionados ao princípio da igualdade e à satisfação dos usuários com os resultados obtidos por meio do sistema jurídico. Fato que evidencia a necessidade da universalização do acesso e da produção de decisões socialmente justas.

Nas lições de José dos Santos Bedaque (2003) o acesso à justiça corresponde:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo equo, correto, justo (BEDAQUE, 2003, p.71).

Em uma acepção jurídica formal, o acesso à justiça configura-se como a possibilidade dos indivíduos recorrerem ao sistema jurídico, diante de lesão ou ameaça a seus direitos, através da postulação de uma nova ação e para contestar demanda em curso. Em contrapartida, a acepção material inclui o direito fundamental de não apenas do “bater” as portas do Estado-Juiz, mas de ter acesso a uma ordem jurídica efetiva e justa.

Esse direito está consubstanciado como princípio inscrito no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal⁵, e nas lições de Watanabe (2011, p. 385):

(...) não assegura apenas acesso formal aos órgãos Judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

Neste cenário, os autores responsáveis pela mudança de enfoque dentro da temática relativa ao acesso à justiça preocupam-se com os procedimentos adotados, os meios utilizados e o produto extraído das decisões, na busca por corresponder a concepção material de acesso, em um movimento que não está finalizado, ante às inúmeras dificuldades que se perpetuaram na história.

Neste ponto, importa expor algumas discussões travadas pelo “movimento do acesso à justiça”, especialmente com a abordagem das ondas renovatórias da Obra Mauro Cappelletti e Bryant Garth, considerando as importantes contribuições destes autores na busca por soluções práticas aos problemas que impossibilitavam a concretização do acesso.

A preocupação quanto à efetivação do acesso à justiça é tema central da obra de Cappelletti e Garth. Suas contribuições proporcionaram um diagnóstico do

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

panorama existente e o despertar na ciência jurídica para o tema. Como pioneiras no desenvolvimento da pesquisa sobre a garantia do acesso, suas lições são consideradas no estudo sobre a temática, o que justifica a importância de trazê-las a este trabalho.

Quanto aos obstáculos apontados pelos autores como de necessária superação, destacam-se: as custas, a possibilidade das partes de estar em juízo, que se relaciona com a questão dos recursos e a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, e os problemas especiais dos interesses difusos.

Neste caminho, sugerem uma subdivisão metodológica, com três posições básicas que influenciaram nos projetos de reformas dos sistemas jurídicos, dos países ocidentais e posteriormente em todo mundo. São as denominadas “onda renovatórias”, apresentadas em momento distintos, mas que surgem em ordem cronológica e se encontram inter-relacionadas em seu conteúdo. A primeira voltada a assistência judiciária, a segunda preocupa-se em proporcionar representação jurídica aos interesses difusos, e a terceira onda denominada de “novo enfoque de acesso à justiça”.

Com o intuito de melhor explanação, passaremos ao estudo de cada uma das “ondas” de acesso, identificando as principais características, os problemas peculiares e os reflexos destes momentos nas reformas do ordenamento jurídico brasileiro.

1.3.1 Primeira onda: Assistência Judiciária aos pobres

Os primeiros esforços do movimento renovatório do acesso à justiça surgem em decorrência da necessidade de promover assistência jurídica aos mais carentes. Isto porque se reconhece a importância da representação por um procurador judicial para correta e utilitária interpretação das leis e formalização do pedido, sendo também o responsável por decifrar os melhores caminhos para obtenção dos interesses perseguidos.

O primeiro enfoque decorre dentro de um sistema jurídico fortemente marcado pelas ideias de processo, baseadas no paradigma racionalista, no qual bastava considerar o acesso como mero direito do indivíduo em propor ou contestar uma ação. Neste cenário, qualquer sujeito estava apto a cruzar as portas do Judiciário e reclamar

os seus direitos, desconsiderando a sorte do mundo material quanto às barreiras existentes e lançando a sorte à defesa dos menos favorecidos.

Assim, um dos primeiros obstáculos combatido por esse movimento é a dificuldade de assistência jurídica aos pobres. Ressalta-se que a pobreza é considerada de forma abrangente, pois transcende aspectos econômicos, incluindo questões linguísticas e culturais. É nesse contexto que o acesso é encarado sob uma nova perspectiva, reforçando a necessidade de sistemas de assistência jurídica disponíveis a todos os indivíduos, principalmente aos mais carentes.

Em que pese a assistência jurídica fosse um dos grandes obstáculos, não seria o único que carecia da atenção do Estado. O valor elevado dos honorários advocatícios e das custas processuais, somados a ausência de informação dos indivíduos acerca dos próprios direitos, também eram fatores de necessária superação.

A conscientização social quanto a esses obstáculos e a contradição existente entre o ideal teórico e prática, fez surgir sucessivos modelos estruturais adotados por alguns países ocidentais, organizados com o fito de promover o efetivo acesso à justiça.

O primeiro modelo é o denominado sistema “*judicare*”, voltado a proporcionar assistência jurídica de qualidade aos indivíduos de baixa renda, por intermédio de advogados remunerados com o orçamento público. Este modelo ganha revelos em países como Áustria, Inglaterra, Holanda e França.

Embora sejam evidentes os benefícios deste primeiro sistema, existem algumas desvantagens que precisam ser consideradas no seu estudo. Nesse sentido, Cappelletti e Garth pontuam:

O *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio; não encoraja nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos. É, sem dúvida, altamente sugestivo que os pobres tendem a utilizar o sistema *judicare* principalmente para problemas que lhe são familiares- matéria criminal ou de família- em vez de reivindicar seus novos direitos como consumidores, inquilinos, etc (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.38).

A defesa eminentemente individual dos assistidos desconsiderava a importância do enfoque de classe na conquista de mais direitos. A assistência prestada não se preocupava com a formação de uma consciência coletiva, capaz de fazer que os indivíduos pudessem identificar outros direitos, para além daqueles que lhes fossem mais comuns. Soma-se a estas desvantagens, as apontadas por Neto (2003):

A estas desvantagens acrescentamos outra, de ordem econômica: a variável capacidade financeira ou interesse político na sua realização dos Estados na quantificação do montante que irá recompor os serviços prestados, contextualizada com os custos de manutenção pessoal e profissional presentes especificamente em cada local, pode levar a um queda na oferta de advogados interessados neste seguimento, que poderão procurar outros mais vantajosos na iniciativa privada, deixando o serviço para poucos idealistas ou profissionais com dificuldades de inserção no mercado (NETO, 2003 p. 49).

Em outra fase do movimento, com o objetivo de solucionar os impasses do sistema *judicare*, um outro modelo é apontado, originariamente nos Estados Unidos e, logo depois, na Inglaterra. Neste, os serviços jurídicos deveriam ser exercidos por meio dos escritórios localizados dentro ou próximos das comunidades, voltados ao atendimento, promoção e conscientização da classe menos favorecida. Espaços nos quais os indivíduos seriam atendidos por servidores públicos com remuneração fixa, que assumem a responsabilidade de considerar os interesses individuais, sociais e até mesmo comunitários.

Apesar da evolução notada, se comparado ao sistema anterior, esse novo modelo também apresenta algumas desvantagens, dentre as quais se destacam, o problema de que os advogados subestimem seus clientes e os considerem apenas como sujeitos com menor poder aquisitivo, e outra que pode surgir na desconsideração dos interesses individuais.

Assim, os modelos apresentados apontam para a necessidade de um novo sistema, que se importe com as dificuldades de ambos, a fim de superá-las. Desse modo, sugere-se a adoção de um modelo combinado, com a criação de centros de atendimento comunitário, orientados pela sistemática estabelecida pelo *judicare*. Este novo modelo é adotado por reformadores em países como Suécia, Austrália, Canadá e Holanda.

Neste estágio importa a análise da legislação comparada, a fim de identificarmos como as ideias dessa primeira onda renovatória contribuem com as reformas no sistema jurídico brasileiro.

No sistema brasileiro, a obrigatoriedade da representação jurídica por um advogado decorre da própria legislação, conforme se desprende do artigo 1º, I, do Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o qual estabelece a capacidade postulatória como uma atividade, em regra, privativa dos profissionais de advocacia, devidamente cadastrados em seu órgão de classe e no gozo pleno dos seus exercícios de seus direitos funcionais⁶.

Assim, diante da obrigatoriedade legal, é importante que o Estado se organize, a fim de fornecer meios para que todos os cidadãos que necessitem tenham representação jurídica adequada, preocupação que recaí, principalmente, em relação à representação dos que não podem arcar com as custas dos serviços judiciais.

Neste sentido, o mandamento contido no LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1998). É nesse íterim que surge a Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, Lei de assistência jurídica aos necessitados, ainda em vigor, consubstanciando as ideias defendidas neste primeiro enfoque do acesso à justiça, cujo objetivo é disponibilizar representação jurídica aos necessitados.

O Código de Processo Civil revogou alguns dispositivos da referida lei. Procurando dar mais efetividade à questão da gratuidade processual, disciplinou no art. 98⁷ que, a pessoa natural ou jurídica com insuficiência de recursos para pagar as

6 O STF na Adin nº 1.127-8, reconheceu a constitucionalidade da norma citada, excluindo de sua aplicação as demandas postuladas perante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça do Trabalho e Justiça de Paz, casos em que a própria parte goza de capacidade postulatória.

⁷ Rol completo de isenções, conforme § 1º do art. 98 do CPC, corresponde: I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou

custas e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade da justiça, abrangendo as taxas ou as custas judiciais, os selos postais, entre outras despesas.

Outro avanço interligado a esse primeiro movimento no Brasil foi a criação das Defensorias Públicas, por meio da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com atividade voltada à assistência jurídica, à representação e à conscientização dos que comprovarem sua hipossuficiência.

1.3.2 Segunda onda: Representação dos Interesses Difusos

Se em um primeiro momento importava possibilitar assistência jurídica aos necessitados, o segundo movimento renovatório coloca em debate a representação dos interesses difusos e grupais. Decorre, principalmente, da necessidade de consolidação dos direitos de ordem social e coletiva, advindos de uma série de lutas sociais, econômicas e políticas.

A preocupação da segunda onda provoca uma mudança na postura do processo civil, substituindo as amarras individualistas do processo, que o considerava apenas como assunto entre duas partes, pela concepção coletiva, a fim de assegurar a realização dos interesses públicos.

A tradicional concepção individualista e liberal de sistema processual tem quebrada sua unicidade, vez que a pressão dos grupos sociais por reformas e por uma real, e não apenas formal, proteção aos direitos comuns, transcende os protestos e o embate direto para os campos de batalha no plano processual, descortinando problemas que o sistema tradicional não encontra soluções em si mesmo (NETO, 2003, p. 58).

Esse momento de reflexão crítica atinge conceitos básicos do processo civil, tais como citação, o direito de ser ouvido, legitimidade ativa e coisa julgada, bem como questiona o papel dos tribunais na aplicação da lei, de modo a permitir a proteção judicial efetiva aos interesses difusos.

A preocupação com a segunda onda resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesses difusos. É que o processo civil foi sempre visto como campo de disputa entre particulares (*Tício versus Caio*), tendo por objetivo a solução de

registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

controvérsia entre eles a respeito de seus próprios direitos individuais. De uma perspectiva equivocada, em que se pensava que se o direito ou interesse pertencia a todos é porque *não pertencia a ninguém*, percebeu-se que se o direito ou interesse não pertencia a ninguém é porque *pertencia a todos*, e, a partir desse enfoque, cuidou-se de buscar meios adequados à tutela desses interesses, que não encontravam solução confortável na esfera do processo civil (ALVIM, 2003, s.p).

Como forma de solução a representação dos interesses difusos e coletivo, os autores analisam e discutem o papel da “ação governamental” em defesa dos direitos de natureza pública. Neste sentido, observa-se algumas limitações nesta solução, que decorrem da ausência de treinamento específicos dos órgãos encarregados, a fim de lidar com os novos direitos, e da pressão política que eventualmente estejam sujeitos, considerando que, por vezes, as demandas poderão ser propostas contra o próprio governo. Soma-se a estas inquietações, o conflito de interesses que pode suscitado, em razão do caráter público dos direitos a ser tutelados.

Outra reforma é sugerida, com o objetivo de permitir a propositura de ações em defesa dos interesses públicos ou coletivos pelos cidadãos individualmente, agindo como uma espécie de “procurador geral privado”. Embora, esta reforma permita que os indivíduos possam impugnar e paralisar determinados atos governamentais, subsistem as barreiras à legitimação de grupos ou classes.

Por fim, analisa-se a técnica do advogado particular do interesse público, em três passos. O primeiro reconhece a necessidade de permitir ações coletivas no interesse público, demandas por grupos representativos diante da ineficiência da atuação governamental. O segundo passo se preocupa com a organização e com o fortalecimento dos grupos privados, como forma de melhor representarem os interesses difusos. E, por último, destaca-se a importância de uma solução mista.

É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos. Tal solução, naturalmente, não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 66-67).

A incidência dessa segunda onda no sistema brasileiro, edifica vários mecanismos aptos a proteger os interesses difusos e coletivos, tais como: ação popular, ação cível pública e o mandado de segurança coletivo.

A Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), possibilitou que as ações de natureza coletiva possam ser ajuizadas pelo Ministério Público, a União Federal, os Estados-membros, municípios, autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e, ainda, as associações que tenham sido constituídas há pelo menos um ano, desde que observem os objetivos específicos dispostos na lei.

Alguns dos legitimados citados foram incluídos posteriormente, com o advento da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, o que demonstra a preocupação do legislador com a conjunção de esforços dos órgãos estatais públicos e entes privados na defesa dos interesses metaindividuais.

Outras leis ordinárias também compreendem os direitos coletivos e interesses difusos no Brasil, a exemplo da Lei nº 8.078/90 sobre proteção de consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), projetando reflexos da segunda onda do acesso na justiça do direito brasileiro.

1.3.3 Terceira onda: um novo enfoque do acesso à justiça

A terceira onda reconhece a importância dos outros dois movimentos na ressignificação do termo “acesso à justiça” e vai além, ao sugerir uma perspectiva mais ampla ao tema. Desloca a preocupação para estrutura judiciária, para o processo e o próprio litígio, que são considerados, neste momento, como obstáculos a efetivação do acesso.

Se nos momentos anteriores, a preocupação girava em torno da representação legal dos mais carentes e com a efetividade da representação dos direitos individuais e grupais, o terceiro movimento renovatório considera o próprio processo e a estrutura do sistema processual, como impeditivos a realização dos direitos sociais, oriundos do *Welfare State*.

É neste ponto em que se discute a reestruturação do poder Judiciário, pondo em xeque a necessidade de simplificação de alguns procedimentos e de se

estabelecer novos mecanismos, por meio dos quais os direitos possam ser efetivamente tutelados.

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas legais ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de soluções dos litígios **(CAPPETELLI, 1988, p. 71)**.

Para romper com os obstáculos deste momento, admite-se a atuação de todos os órgãos e pessoas ligadas ao sistema, bem como a criação de novos tribunais e a utilização de mecanismos diversos da jurisdição. Estes devem ser capazes de não somente solucionar os litígios, mas de tratá-los de forma adequada, a fim de evitar sua ocorrência.

Os autores ainda mencionam a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil a cada tipo de litígio, uma vez que, ao considerar as particularidades de cada demanda será possível fornecer métodos mais adequados e eficazes de apaziguamento.

Ademais, considera-se, ainda a questão da simplificação dos procedimentos, por meio da relativização do formalismo, “propiciando o surgimento de novas formas de jurisdição, comprometidas com a solução efetiva das pretensões resistidas em um tempo razoavelmente suportável, em relação aos procedimentos ordinários” (NETO, 2003, p. 71).

A influência deste terceiro movimento no cenário brasileiro é percebida nas reformas ocorridas no sistema processual, voltadas à desburocratização do acesso e ao tratamento adequados dos conflitos. Dentre elas se encontra a criação dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais que, orientados pelos princípios da oralidade, informalidade e celeridade, tendem a simplificar o acesso e os procedimentos.

A Resolução nº 125 do CNJ também se observa como uma tentativa de tornar o acesso mais tangível, seguindo o enfoque dessa onda. Isso porque reconhece “que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos Judiciários, implica acesso à ordem jurídica

justa. (BRASIL, 2010). Daí decorre o incentivo aos métodos consensuais de solução de litígios, como a mediação e a conciliação.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2015, segue na mesma linha, dispondo que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, no mesmo sentido disciplina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

Com seu advento, ocorre também a mudança de paradigma do processo civil brasileiro, que passa a ser disciplinado e interpretado conforme os princípios, valores e normas consagrados na Constituição Federal de 1988. Uma dessas novas diretrizes, que contribui para solução dos empasses apresentados nesta terceira onda, é o princípio da efetividade, configurado pela necessidade de reparar os direitos violados ou ameaçados de forma adequada e com o menor dispêndio possível.

Em suma, os movimentos renovatórios contribuiriam substancialmente para que o acesso à justiça fosse considerado sob uma nova vertente, voltada a realização dos direitos individuais e sociais, por meio uma prestação jurídica adequada. Neste contexto, que a exposição realizada neste capítulo é de grande importância para compreensão do problema, que decorre da dificuldade encontrada em efetivar o acesso material à justiça, e da solução, advinda da utilização da mediação como forma de resolução de conflitos.

2 DOS MEIOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITO

Para uma melhor compreensão do objeto de estudo deste tópico, torna-se necessário uma breve conceituação do que venha a ser o conflito e das suas possíveis causas, pois é em razão deste acontecimento que decorre o estudo dos métodos de composição, voltados a conter sua nocividade.

Os conflitos existem desde os primeiros relatos de interação humana, sendo anteriores ao próprio surgimento do Estado e da sociedade civil organizada. Estes estão relacionados com uma crise nos relacionamentos interpessoais de qualquer natureza, decorrente da insatisfação humana quanto às suas expectativas, seja em razão da impossibilidade de possuir para si determinado bem ou da divergência quanto a fatos importantes nesse processo.

No conceito jurídico este termo costuma ser utilizado como sinônimo de controvérsia, compreendido amplamente como uma crise de qualquer natureza que se instala na interação entre os indivíduos, ou seja, como uma discordância que cobra uma solução do direito.

Na sociedade contemporânea esse fenômeno se observa com bastante frequência, culminando em um crescente número de desavenças envolvendo cada vez mais os seus integrantes, que decorrem não somente das insatisfações pessoais, mas são corroboradas pelo: “adensamento populacional, o caráter finito e consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos (...)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.33).

São múltiplas e heterogêneas as raízes do conflito, e retratam, sobretudo, a complexidade da vida social e das relações humanas. No entanto, independente da causa ou do grau de intensidade, essas situações são extremamente nocivas e devem ser abordadas de maneira adequada, com intuito de evitar ou conter a sua expansão natural.

Em que pese essas explanações, cumpre salientar que o enfoque deste tópico não é o conflito em sua gênese, mas considerar a potencial existência de situações controvertidas e a complexidade das suas causas, para que o sistema jurídico

contemple mecanismos adequados e eficazes a composição desses impasses sociais.

Nesta linha, importa discorrer sobre as estruturas mais clássicas de resolução de conflitos e técnicas alternativas, classificadas, em três grupos, quais sejam, a autotutela, autocomposição e heterocomposição. Apesar de a mediação estar inserida neste contexto, ganhará especial protagonismo no desenvolver da narrativa, visto que o objetivo deste trabalho é demonstrar como esse mecanismo serve ao tratamento do conflito e ao acesso à justiça.

2.1 Da Autotutela

Na sociedade moderna o Estado assume para si o dever de solucionar os conflitos, substituindo os interesses contrapostos por decisões com força coercitiva. Nesse processo, o órgão estatal se coloca entre as partes para decidir a controvérsia de maneira imparcial e autônoma, forma que é resultado da evolução histórica dos métodos de resolução de disputa, sendo a autotutela o mais remoto e primitivo desses.

A autotutela é comumente utilizada na inexistência de normas impostas pelo Estado ou até mesmo de um órgão estatal forte o suficiente para impor o direito acima das vontades particulares. Assim, por meio do emprego da força, exige-se a sobreposição de um interesse em detrimento de outro. É, em verdade, um instrumento precário baseado na coerção pessoal, que não está apto a garantir a justiça, “mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.42).

Destaca-se que o termo “força” não se refere somente aos aspectos físicos, mas a qualquer outro meio capaz de exigir o sacrifício integral de interesses de outrem. Assim, fatores econômicos, religiosos ou afetivos também podem ser utilizados como meios coercitivos (NEVES, 2018. p. 61).

Evidente que este método é uma forma inadequada de encerrar o conflito, tendente a reproduzir resultados que não correspondem à pauta de conduta aceita e aplicada às relações sociais não litigiosas. A autotutela provoca um clima de animosidade nas relações e mais acentua do que resolve o conflito definitivamente.

Em razão disto, a marcha da civilização tornou a sua utilização exceção, como intuito de provocar sua extinção (ASSIS, 2015, p.14).

Assim as sociedades contemporâneas, em regra, não admitem o exercício da autotutela como meio de resolução de conflitos. O ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a conduta voltada ao exercício arbitrário das próprias razões, que em breves linhas consiste em realizar justiça pelas próprias mãos, ainda que para satisfazer pretensão legítima ou que erroneamente considere legítima.

Não obstante, consciente da sua incapacidade de gerir todas as situações sociais, o Estado acaba por permitir a autotutela em circunstâncias específicas, quais sejam: na legítima defesa, desde que ocorra de maneira proporcional e diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão; no exercício regular do direito; ou quando configurado o estado de necessidade. A greve também é uma exceção admitida pelo direito do trabalho, para reclamação dos direitos coletivos trabalhistas.

Apesar do ordenamento jurídico comportar exceções, não há nenhum estímulo a essas práticas. A cultura ocidental, em verdade, busca fortalecer os órgãos encarregados de resolver os conflitos, para que o Estado consiga tutelar e pacificar todas as situações possíveis.

2.2 Da Autocomposição

Enquanto a autotutela requer o uso da força na resolução dos impasses sociais, a autocomposição dirige-se pacificamente ao problema apresentado, contando com soluções encaminhadas pelas próprias partes, as quais possuem maior autonomia para decidir sobre seus interesses.

O processo de pacificação da controvérsia se dá pelo sacrifício próprio em benefício alheio, por meio da renúncia ou desistência de quem induz a pretensão, da submissão ou reconhecimento a favor do adversário, ou ainda, com a transação através de concessões recíprocas. Para que ocorra a utilização desta técnica, é necessário, para além da voluntariedade das partes, que os interesses sejam disponíveis⁸, ou seja, com qualidade do que pode ser alienado ou negociado.

⁸ A definição de interesses ou direitos disponíveis, ocorre por exclusão, ou seja, considerando que são indisponíveis o direito à liberdade pessoal, o direito de punir (pertencente exclusivamente ao Estado-

2.2.1 Da conciliação

Embora não seja pacífico na doutrina, trataremos da conciliação como método autocompositivo, considerando os sujeitos envolvidos e a dinâmica processual utilizada, que coloca as partes como protagonistas na solução obtida.

Nesta perspectiva, a conciliação é técnica na qual um terceiro alheio à controvérsia e desinteressado no objeto do conflito, intervém para auxiliar a comunicação entre as partes. O desenvolver da conciliação se dará mediante utilização da escuta e investigação, tendo como objetivo a solução consensual da lide.

No procedimento estarão presentes as partes em disputa e o conciliador, que é o agente responsável por facilitar a comunicação. O conciliador não exprime juízos de méritos sobre a problemática, muito menos impõe qualquer decisão às partes, colaborando apenas com o bom desenvolvimento da conciliação. É das partes o maior protagonismo na solução da lide, as quais poderão, conforme sua conveniência, firmar ou não um acordo.

Em que pese o grande estímulo à sua utilização na via judicial, presente no ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação também pode ocorrer âmbito privado. A sua incidência na esfera judicial é estimulada pela legislação processual, que tornou obrigatória sua aplicação nas esferas cíveis e trabalhistas, casos em que o conciliador ou o mediador será um terceiro a serviço do órgão estatal, exercendo a função de auxiliar da justiça.

É recorrente a confusão doutrinária entre a conciliação e a mediação, o que leva alguns estudiosos a, por vezes, considerar esses mecanismos como sinônimos. De fato, existem semelhanças entre ambos, que se caracterizam pela ausência de uma decisão imposta por um terceiro, bem como pela possibilidade de atuação das partes e pela informalidade que é regra nesses procedimentos. Entretanto, são institutos diversos, razão que torna necessária a apresentação de algumas distinções, com intuito de obter uma melhor identificação de ambos.

jus puniendi), certas relações do direito de família e outras de interesse do Estado, os demais direitos são tidos como disponíveis, podendo ser transacionados.

Uma primeira distinção considera os papéis dos conciliadores e dos mediadores durante o procedimento. O conciliador pode interferir no litígio diretamente, sugerindo soluções. Já o mediador apenas facilita o diálogo entre as partes para que elas mesmas proponham saídas.

Uma segunda distinção o interesse em disputa a partir da relação entre as partes. Assim, a conciliação é indicada para os conflitos tidos como superficiais ou circunstanciais, ou seja, aqueles em que não há relação preexistente entre os sujeitos. Por outro lado, recomenda-se o uso da mediação para os conflitos subjetivos, que são aqueles com a existência de um vínculo anterior entre os envolvidos, o qual deve ser observado de maneira adequada.

Por fim, pode-se dizer que estes mecanismos diferem quanto a sua finalidade. Enquanto na conciliação o objetivo é o mero acordo entre as partes, a mediação objetiva a resolução integral da controvérsia, por meio da reconstrução do diálogo, tendo o acordo com mera consequência.

Outrossim, importa as diferenciações apresentadas por Didier (2017) em sua obra:

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos. O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito (Didier, 2017, p.308).

Em síntese, a mediação e a conciliação constituem métodos autocompositivos. Essencialmente na conciliação o interventor é mais ativo na resolução da controvérsia, tendo por finalidade o mero acordo entre as partes. Por outro lado, a mediação considera um conjunto de interesses, dentro os quais o acordo se coloca subsidiariamente, uma vez que primeiro busca-se o restabelecimento da comunicação e a preservação dos relacionamentos entre as partes.

2.3 Da Heterocomposição

Diante da proibição da autotutela e da constatação que a via consensual exige dos indivíduos uma posição altruísta, que nem sempre é inerente, decorre outro método em que a resolução da controvérsia resulta do juízo de mérito efetuado por um terceiro. Diferente do que ocorre no modelo autocompositivo, as partes não possuem nenhum protagonismo no resultado obtido, cabendo-lhes somente fazer cumprir o conteúdo decisório.

São duas as técnicas heterocompositivas: a arbitragem, que pode ocorrer pela opção das partes em atribuir a resolução do impasse a um terceiro; e a jurisdição, exercida por meio do monopólio estatal. De qualquer sorte, a decisão não é resultado da construção do consenso entre as partes, muito menos da imposição dada pelo exercício da autotutela.

2.3.1 Arbitragem

A arbitragem é técnica heterocompositiva que conta com a intervenção de um agente exterior ao conflito, escolhido por uma das partes ou por ambas em acordo, para definir o destino da controvérsia. Diversamente do que ocorre nos métodos autocompositivos, concede-se a um terceiro, através de convenção privada ou mediante a indicação do juiz da causa, o poder de decidir a controvérsia. Nas palavras de Carmona (2009), a arbitragem consiste:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia de sentença judicial (CARMONA, 2009, p. 31).

Este mecanismo encontra resquícios nos primórdios da civilização, como técnica configurada na escolha das partes por um terceiro de confiança, o qual ficaria encarregado de decidir sobre os interesses controvertidos. Buscava-se entre os homens sábios aqueles que poderiam ter suas decisões respeitadas, em virtude do status que possuíam, assim, o terceiro responsável para dirimir o conflito, geralmente eram escolhidos dentre os sacerdotes e anciãos da época (TROVILHO, 2014, p. 18).

É o modelo romano que fornece as raízes da arbitragem como meio de resolução dentro da ótica moderna. O método ocorria em duas fases, a primeira

denominada de *in iure*, responsável por enquadrar o conflito a lei e, a partir disso, fornecer uma fórmula de solução ao impasse, e a segunda fase chamada de *in iudicio*, quando o juiz privado proferia a sentença (CAPUCELLI, 2010, s.p).

No cenário brasileiro, a arbitragem está presente desde a época do Brasil Colônia, inserida no Código Comercial e na Constituição Imperial de 1824, para resolução dos conflitos de natureza comercial. Somente com o advento da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, o instituto foi disciplinado em legislação própria e passa a ser utilizado por decisão das partes, estabelecida mediante convenção privada a partir da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

A cláusula compromissória, segundo o art. 4º da Lei nº 9.307/1996, é “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Já o compromisso arbitral por conceituação do art. 9º da referida Lei, é “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (BRASIL, 1996).

Apesar da distinção legal apresentada, às duas formas contêm a mesma finalidade e ocorrem em razão da vontade das partes em ter seus conflitos resolvidos pelo juízo arbitral. Representando maior celeridade no tratamento do conflito, e uma redução dos custos se comparado com o processo judicial, além de possibilitar uma maior interação entre as partes, capaz de contribuir para o resultado mais satisfatório da demanda.

2.3.2 Jurisdição

No caminhar da civilização, o Estado assume para si o dever/poder de resolver os impasses sociais, na condição de representante da sociedade política. Essa atividade é desenvolvida por um órgão especial investido de poderes e garantias, que existe no propósito decidir de forma autônoma, sem qualquer influência externa ao conflito.

O Estado-juiz diz o direito no caso concreto, substituindo os interesses das partes por uma decisão com caráter coercitivo. A essa atividade atribui-se o nome de

jurisdição, que também corresponde a responsabilidade do órgão estatal de pacificar a lide por meio da estabilização do conflito.

Conquanto, a visão tradicional de jurisdição precisa ser complementada por outra que considere sua ocorrência no Estado moderno, ou seja, naquele preocupado com a efetivação de direitos e garantias fundamentais, que conta com uma série de princípios orientadores no processo de construção do direito. Assim a classificação apontada por Didier (2017) parece abarcar melhor o conceito:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g) (DIDIER, 2017, p.173)

No contexto moderno é o Poder Judiciário o órgão responsável por dirimir os conflitos, que tem a figura de um juiz, investido através de aprovação em concurso público de provas e títulos, como terceiro imparcial e equidistante para lidar diretamente com a tarefa da pacificação. Assim, este coloca-se entre as partes para avaliar a problemática e fornecer uma decisão por meio da adequação dos interesses aos fatos, observando os princípios e as normas legais.

Por fim, a jurisdição pode assumir duas formas, a contenciosa e voluntária. A primeira lida diretamente com o conflito, na busca por fazer valer uma decisão jurídica sobre os interesses particulares em disputa. Já a segunda é a forma pela qual o Estado regulariza situações privadas do seu interesse de fiscalização.

Superada a explanação acerca dos métodos tradicionais de resolução de disputa, passaremos a defesa de um sistema que possibilite a adoção de mecanismos diferenciados de tratamento das controvérsias, com múltiplas abordagens e diretrizes específicas a cada realidade conflituosa.

2.4 O modelo adequado de resolução de conflitos: Sistema Multiportas de resolução de Conflitos

Como já pontuado neste trabalho, com as transformações políticas e sociais ocorre também uma reformulação do conceito de acesso à justiça, que passa a ser considerado como sinônimo de acesso a uma ordem jurídica justa. Não obstante, esse

reconhecimento, os obstáculos a sua efetivação transpassam a história e são realidade no cenário jurídico brasileiro atual.

A jurisdição ainda é a forma de resolução de conflitos adotada por excelência no Brasil, o que, de certo modo, justifica a existência de obstáculos como: a defasagem de equipamentos e de pessoal, necessários à boa execução das atividades; a cultura do conflito; os custos e o aumento desproporcional das demandas, entre outros.

Segundo relatório anual “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, até setembro de 2018 estavam em tramitação no Judiciário brasileiro, cerca de 80 milhões de processos, um aumento de 44 milhões em comparação com o levantamento anterior (POMPEU, 2018, s.p). Os números só confirmar a urgência pela adoção de novas práticas para melhor administração da justiça.

A naturalidade em optar pelo Judiciário como principal meio de resolver os conflitos, demonstra a dependência cultural dos indivíduos por uma decisão adjudicatória, o que, em parte, explica o excesso de demandas pendentes de solução do Poder Judiciário. De certa forma, essa procura desenfreada pelo Estado não ocorre apenas em razão da sua autoridade e força, mas também por certo comodismo ao entregar de um terceiro, a solução de um impasse. Essa inclinação demonstra o modelo paternalista de relação entre cidadão e Estado, que faz como que métodos distintos da sentença judicial não se desenvolvam (LORENCI, 2013, p. 68).

Deixado de lado o caminho da negociação, a tendência é o fortalecimento da litigiosidade, vez que os sujeitos envolvidos dificilmente voltarão a discutir uma solução consensual por iniciativa própria. As consequências são notadas na dificuldade do Poder Judiciário em promover respostas céleres e adequadas aos conflitos. Outro fato interessante é que, por vezes, mesmo que as partes tenham o pedido inicial reconhecido nem sempre consideram ter vencido a demanda, seja em razão do tempo despendido para obter aquele pronunciamento, seja pelo valor das custas ou até mesmo pela perda, ou desgaste do vínculo existente entre as partes.

Há uma percentagem considerável de ações judiciais que terminam com respostas meramente processuais. O conflito continua e até mais acirrado, porque se adiciona à esperança de quem recorreu a juízo o desalento de ter despendido tempo e dinheiro, angústia e preocupação durante longo período e a resposta foi quase sempre inexplicável (NALINI, 2017, p. 29).

É notória a necessidade do uso racional da máquina estatal, com a adoção de novas práticas para melhor atender o jurisdicionado, diante de um cenário em que o Estado assumiu tantas responsabilidades e obrigações, principalmente diante da avalanche de direitos advindo do Estado Social. Neste sentir, considera-se extremamente positivo o uso dos mecanismos alternativos, na medida em que afastam a intervenção obrigatória, automática e excessivamente técnica do Estado por um ambiente de diálogo (NALINI, 2017, p. 31).

A vantagem mais significativa dos métodos alternativos é o potencial de efetivamente resolver problemas. A remoção do ritualismo e do formalismo exagerado, do procedimentalismo estéril, da burocracia ínsita ao sistema Judiciário, oferece o ambiente de coloquialismo em que as partes chegam mais facilmente a fazer concessões e a assumir compromissos, mantida a qualidade de relacionamento entre elas. Não é desprezível o fato de se manter um relacionamento saudável entre os envolvidos, mesmo depois de resolvida a pendência que os levou ao litígio e à tentativa de sua resolução (NALINI, 2017. p. 32).

No sistema brasileiro são três os métodos alternativos à disposição dos indivíduos, a mediação, a conciliação e arbitragem. A conciliação como uma técnica autocompositiva voltada diretamente a um acordo; a arbitragem como mecanismo heterocompositivo, que conta com a decisão de um terceiro escolhido pelas partes; e a mediação, que se preocupa em resolver o conflito e não somente a lide processual.

Todos esses métodos ajudam a proporcionar respostas adequadas aos conflitos, bem como, a desafogar o sistema processual. Ademais, estão igualmente aptos a resolver as pendências de maneira mais célere e satisfativa, dado o protagonismo na condução do procedimento, ao mesmo passo que geram menos custos.

É neste contexto que insere o sistema multiportas ou pluriprocessual. Expressões utilizadas para significar um sistema com diversas “portas” de resolução de conflitos, que a depender da natureza da controvérsia recomende a utilização da mediação, da conciliação, da arbitragem ou da própria jurisdição.

O “Sistema multiportas” (*Multidoor Courthouse System*) é uma idealização americana, citado pela primeira vez em uma palestra promovida por Frank Sander, professor de Direito da Universidade de Harvard, realizada na *Pound Conference*, em 1976. Nas palavras de Lorencini (2013, p. 58) consiste:

O Sistema Multiportas é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição, para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado.

Em complemento são importantes as palavras de Luísa Maria Moreira Solano (2018):

O Sistema Multiportas é um modelo alternativo para solução de conflitos que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sendo judiciais ou extrajudiciais. Por meio dele, o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolver o conflito, a melhor porta, dentre as já citadas. Assim, para cada tipo de conflito, deve ser adotada a via adequada à sua abordagem a partir da consideração de fatores como as intenções das partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades inerentes a cada meio. (SOLANO, 2018, s.p)

Este apresenta uma gama de opções para a solução do conflito, considera algumas particularidades frequentemente desconsideradas no sistema adjudicatório tradicional. O objetivo é proporcionar o tratamento e uma resposta adequada ao problema apresentado, por meio das diferentes “portas” de acesso à justiça, onde a decisão judicial passa a ser *ultima ratio*.

O *Alternative Dispute Resolution movement* foi o responsável pela realização do sistema multiportas no ordenamento jurídico americano, fruto dos movimentos sociais que preconizavam o realce da vida em comunidade e a necessidade de afirmação dos direitos civis. Surgiu a partir da necessidade de fornecer respostas adequadas aos conflitos e com o objetivo de desafogar o sistema Judiciário no país. Em um primeiro momento, o movimento identifica como positiva a participação da sociedade civil na resolução dos litígios, ao mesmo passo que enfatiza outros caminhos à composição das demandas (LORENCINI, 2013, p. 60).

É também responsável por fazer um mapeamento dos principais tópicos levados à apreciação do Poder Judiciário, identificando, a partir de algumas características, quais desses temas possuem uma predisposição a determinado método e quais não guardam nenhuma correspondência prévia. As palavras de Lorenci melhor exemplificam:

É verdade que há certas características do conflito e do direito em jogo que consagram determinado método. Há situações em se forma uma identidade entre os contornos do conflito e o método, a ponto de um desavisado pensar que determinado método é indicado apenas para aquela modalidade. É o

caso da mediação e as questões de direito de família. Como a mediação já mostrou sua eficiência neste campo do direito, o leigo pensaria que a mediação não caberia em mais nenhum outro ramo do direito. Não é verdade. A mediação é indicada para a solução de controvérsias de natureza diversas (LORENCI, 2013, p.68).

A pluralidade das causas conflituosas exige que o sistema jurídico consiga se organizar de modo a romper com os obstáculos à prestação eficiente. Para tanto, necessário admitir que o processo por si só jamais conseguirá atender a todos os conflitos sociais, quanto mais de forma adequada. Assim, o sistema multiportas serve para romper com alguns desses entraves, para garantir, de certo modo, o sucesso da prestação do serviço judicial e a satisfação das partes, em consonância com o que disciplina o movimento do acesso à Justiça.

Todavia, é oportuno salientar que a defesa por um sistema com múltiplas opções não serve para fundamentar a extinção da solução através de uma sentença. Em verdade, sua função é justamente defender a coexistência de todos os meios na busca pela melhor resposta da controvérsia.

Fernanda Tartuce (2018) ao tratar sobre o tema, aponta:

O enquadramento da solução estatal como uma das várias possibilidades de composição de controvérsias é importante por abrir um leque que permite diagnosticar e empreender uma escolha pertinente segundo diversos fatores. Assim, será possível, além de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, proporcionar canais aptos a gerar respostas adequadas à situação dos interessado (TARTUCE, 2018, p.74).

Destaca-se a existência de pelo menos dois modelos multiportas. O primeiro é voltado a construção de um sistema extrajudicial de resolução de controvérsias, afastado da atuação direta do Estado, que poderia apenas disciplinar sobre os métodos, sem interferir na liberdade das partes. Cumpriria ainda ao Estado a tarefa de encarregar pessoas e órgãos da administração, como responsáveis por orientar os indivíduos nas escolhas das portas existentes (LORENCI 2013, p. 72).

O segundo modelo considera a solução do conflito como uma atividade prioritariamente estatal, que se perfaz por meio da sentença ou pela oferta de outras formas de resolução de conflito. Nesse sentido, caberia ao Estado possibilitar essa diversidade de métodos, que seriam utilizados a depender das particularidades de cada conflito. Conforme defende Lorenci (2013, p. 78): “quanto maior o número de

características ou valores coincidentes com aquilo que as partes procuram, mais adequado será o método”.

O sistema Multiportas está devidamente integrado ao sistema brasileiro, pela disposição constante na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e no artigo 3.º do Código de Processo Civil, os quais tratam sobre o incentivo a mediação e a conciliação como formas alternativas de resolução de conflitos.

São diversos os ganhos obtidos com a utilização desse sistema. O mais evidente é que esse produz respostas adequadas, em razão forma como trata considera cada conflito. É nesse contexto que a mediação se insere como um dos meios possíveis de composição, a qual possibilita o efetivo acesso à justiça, além de outros ganhos a sociedade, como veremos a seguir.

3 DA MEDIAÇÃO

Realizada a análise dos métodos de disputas e das técnicas pertencentes a cada instituto, este capítulo se ocupará do estudo da mediação como forma adequada de resolução de conflitos. Em síntese, serão analisados o conceito de mediação, suas características, princípios legais, o procedimento da mediação e as vantagens e desvantagens em relação ao processo judicial.

Para tanto, passaremos à exposição da mediação a partir de uma abordagem histórico-cultural de alguns sistemas de direito internacional a fim de compreendermos como se deu o protagonismo da mediação não somente no ordenamento brasileiro, mas especialmente no sistema de países como Estados Unidos, França e Argentina. Os Estados Unidos, em razão da evolução sobre o tema, a França, para entender, ainda que resumidamente, como a mediação se realiza em um sistema europeu, e a Argentina, por se aproximar do modelo brasileiro.

3.1 Abordagem histórica

Em que pese o enfoque atribuído à mediação nas últimas décadas, são de longa data os registros da existência e aplicação desta técnica como forma de resolução dos conflitos humanos. Isto é, embora o termo “mediação” não fosse conhecido ou empregado em todos os momentos históricos, os elementos objetivos do método, comumente utilizados pelas civilizações antigas para pacificar os conflitos, refletem a prática da mediação desde a antiguidade, já identificada nas culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas (MOORE, 1998, p.32).

A cultura judaica e a cristã atribuem a prática da mediação aos seus líderes religiosos e políticos. Dentro da tradição cristã, até o Renascimento, a Igreja Católica no Ocidente e a Igreja Ortodoxa no Leste Mediterrâneo eram as principais instituições de mediação, quase sempre acionadas para os conflitos religiosos da época. Na tradição islâmica existia a figura dos *quads*, terceiros especializados que detinham a função judicial de aplicar a lei ao conflito, mas que antes tentavam a resolução da controvérsia pela mediação entre as partes (MOORE, 1998, p. 32-33).

Há registros de que os chineses, desde a antiguidade, praticavam a mediação como forma primária de resolução de controvérsias por influência dos ensinamentos do filósofo Confúcio. A autora Maria de Nazareth Serpa presta os esclarecimentos:

Os chineses, na Antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder (SERPA, 1999, p. 67-68).

Segundo Wolkmer (2008, p.34), a arbitragem privada utilizada em Roma na antiguidade, correspondia à moderna mediação, em razão da aproximação dos elementos utilizados na sua execução e da preocupação de resolver o conflito pela pacificação entre as partes e em promover o restabelecimento do vínculo eventualmente existente entre estas.

A preocupação em pacificar os conflitos por meio de um instituto capaz de preservar as relações e resolver as controvérsias possui registros em todas as culturas, seja por meio da intermediação de um terceiro ou pela negociação direta entre os sujeitos. No entanto, no decorrer da história estes meios são enfraquecidos, quando o Estado, por meio do Poder Judiciário, acaba por assumir a responsabilidade por dirimir a maior parte das controvérsias sociais e políticas.

Somente a partir do século XX é que a mediação passa a ser um sistema estruturado e, desde então, largamente utilizado por diversos países. Para melhor compreensão de quando e como ocorre o resgate da mediação como meio eficiente de enfrentamento dos conflitos, abordaremos brevemente a mediação em alguns três sistemas internacionais de direito: Estados Unidos, França e Argentina.

3.1.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos enfrentaram três momentos distintos na utilização da mediação no seu sistema de justiça. O primeiro ocorreu no período de Colonização do país, quando houve forte estímulo ao consenso comunitário em detrimento do individualismo. Um segundo momento, ocorreu no final do século XVII, quando em razão do aumento populacional e da dissipação do sentimento de comunidade, do

desenvolvimento da indústria e do comércio, entre outros fatores, houve um declínio em sua utilização. O terceiro momento iniciou-se no final da década 1970, com o retorno e fortalecimento da mediação como método de resolução de disputas (TARTUCE, 2018, p. 196-197).

Foi a *American Arbitration Association* que promoveu as primeiras diretrizes para fornecer mecanismos alternativos com fito de evitar judiciais no cenário americano e é, inclusive, a instituição que atualmente regula a mediação na esfera federal dos Estados Unidos, sendo líder global neste seguimento. Naquele país a mediação surge inicialmente para auxiliar nas demandas trabalhistas, e realizava-se nas Secretarias do Trabalho, instituídas pelo Congresso Americano em 1931 (TARTUCE, 2018, p. 197).

Em 1971 foi instituída a *Society of Professionals in Dispute Resolution*, com o intuito de treinar mediadores para desenvolver suas atividades em agências públicas e privadas. Neste momento, surgem também os fundamentos norteadores da mediação como método resolutivo dos conflitos. A princípio a técnica era utilizada em conflitos relacionados ao direito de família, posteriormente foi aplicada em outras áreas, sendo em 1980, atribuída a justiça criminal, com a preconização da justiça restaurativa (TARTUCE, 2018, p.198).

A partir de então, a mediação ganha um especial protagonismo no sistema americano e passa a ser estimulada no setor público e privado. Essa promoção ocorre no contexto americano, especialmente, em razão da necessidade de desafogar as instâncias jurisdicionais.

Em 2001, com o *Uniform Mediation Act*, um grande passo é dado com o intuito de uniformizar a aplicação da mediação em todo país. O sistema americano que contava com mais de 2.500 estatutos, passa a ter uma única norma regulamentando a aplicação do instituto em todos os estados.

Atualmente existem nos Estados Unidos a mediação judicial, a extrajudicial e a comunitária. A mediação judicial ocorre por meio do processo judicial nos tribunais americanos. Já a extrajudicial ocorre nos centros especializados em mediação de conflitos. E a mediação comunitária se realiza por intermédio de mediadores voluntários, com auxílio das entidades privadas sem fins lucrativos ou organização

pública dirigida pelo Governo. Todos esses modelos contribuem positivamente para a administração jurídica no país.

Apesar das dúvidas iniciais em relação à eficácia do método, ao longo de sua utilização percebeu-se uma redução nos custos e nos atrasos das resoluções das lides, bem como os juízes tiveram mais tempo para lidar com um número maior de casos que necessitavam de atenção judicial (DAVIS, 2003, p.25). Neste cenário, o sistema americano mantém um modelo que serve de exemplo para diversos países do mundo que pretendem implementar esse mecanismo em seu sistema judicial.

3.1.2 França

Na França antiga a prática da mediação era confiada aos líderes religiosos das comunidades, os quais tinham a missão de mediar as controvérsias entre seus fiéis. No entanto, a mediação só foi regulamentada na França entre a década de 1980 e 1990, e desde 1989 a capital do país conta com um local específico para realização de consultas e solicitações, denominada como Casa de Mediação (AMARAL, 2008, p. 114).

Em 1992 editou-se o chamado “Código de Mediação”, que descrevia o mecanismo como um recurso facultativo a ser utilizado anteriormente ao processo judicial, mediante o interesse e anuência das partes. O código ainda dispôs sobre os princípios norteadores da mediação, os direitos e deveres do mediador entre outras questões relacionadas com o desenvolvimento da mediação (MORAES, 2012, s.p).

Neste novo cenário surge também, em 1993, a Casa da Família e da Mediação, inserindo a mediação familiar como um serviço municipal a ser utilizado pela população em ações que versassem sobre interesses familiares, contando com apoio de outros profissionais da saúde (AMARAL, 2008, p. 114).

A mediação civil foi regulada pela edição da Lei nº 92.125, de 08 de fevereiro de 1995, e mais tarde inserida no Novo Código de Processo Civil francês, pelo Decreto nº 96.652, de 22 de julho de 1996, que introduziu no Código de Processo Civil francês um novo título, denominado *la médiation* (VIANNA, 2009, s.p).

Na prática Francesa existem duas espécies de mediação: a institucional e a cidadã. Na institucional os mediadores são funcionários do Estado ou de órgãos e

empresas governamentais que desempenham um trabalho específico no âmbito da sua instituição. Na cidadã, os mediadores são aqueles que surgem de forma voluntária nos espaços sociais para atender os interesses da comunidade, com a tarefa de auxiliar as pessoas a resolver seus conflitos de interesses com os recursos disponíveis. Em ambas a escolha do mediador é livre, não há obrigatoriedade para que este seja advogado ou para que tenha conhecimentos específicos em direito (VIANNA, 2009, s.p).

Ainda sobre o modelo Francês, Pinho (2011) destaca:

No modelo francês, essencialmente incidental, o que mais chama a atenção é a amplitude da intervenção judicial no processo de mediação. A lei permite, por exemplo, que o juiz coloque fim ao procedimento, a requerimento das partes ou mesmo de ofício; determina que o mediador o mantenha informado de todas as dificuldades que encontrar na mediação; e lhe outorga, inclusive, a responsabilidade de fixar a remuneração do mediador. O processo de mediação se desenvolve, assim, integralmente, sob os auspícios do Poder Judiciário (PINHO, 2011, p.223).

Pontua-se, ainda, que a mediação Francesa pode ser judicial ou extrajudicial, sendo a judicial um gênero da mediação institucional, na qual os mediadores são escolhidos segundo os critérios dos juízes, sem exigência de qualquer qualificação específica. Já a extrajudicial é a mediação cidadã e se desenvolve nas comunidades (AMARAL, 2008, p.119).

3.1.3 Argentina

É recente o movimento na Argentina pela implementação de métodos mais adequados de resolução de conflitos. Em 1991, juristas argentinos iniciaram estudos sobre o tema e inspirados pelo modelo americano desenvolveram o Plano Nacional de Mediação, voltado à implementação de programas consensuais em diversos seguimentos da sociedade, resultando no Decreto 1.480/92, no qual a mediação é caracterizada como um processo informal de resolução de controvérsias

Este Decreto foi responsável pela criação de Corpo de Mediadores e pela instituição de um projeto piloto de mediação, com vistas à obtenção de uma experiência prévia naquele sistema jurídico. Este modelo de teste foi realizado nos juízos cíveis de primeira instância, por meio da Resolução nº 983/93, responsável por

dar início à execução do Programa Nacional de Mediação, finalizado em dezembro de 1995.

É com o advento da Lei nº 24.573, de 25 de outubro de 1995, que a realização prévia da mediação nos processos judiciais torna-se obrigatória, comportando algumas exceções, a exemplo: das ações penais, ações de separação e divórcio, ações de declaração de incapacidade e reabilitação, causas que o Estado Nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte, habeas corpus, medidas cautelares e ações trabalhistas⁹.

Durante a vigência desta lei, a mediação realizava-se mediante requerimento entregue ao órgão responsável, que após o recebimento procederia o sorteio do mediador e a ciência da sua nomeação, a fim de que este no prazo de dez dias designasse audiência de mediação entre as partes.

Neste cenário, o mediador tem ampla liberdade sobre a condução da mediação, podendo marcar quantas sessões considere necessárias ao bom andamento do método. Sendo frutífera a mediação, o acordo deveria ser lavrado e assinado pelas partes, pelos seus advogados e pelo mediador. Por outro lado, nos casos em que não fosse possível o acordo, seria lavrada uma ata certificando o ocorrido, com uma cópia entregue às partes como forma de habilitá-las a demandar em juízo.

Salienta-se, ainda, que pela Lei 24.573 o mediador na Argentina seria, obrigatoriamente, o advogado com no mínimo dois anos de registro no órgão de classe, capacitado em curso específico de mediadores, registrado no Ministério da Justiça e aprovado por Comissão formada por profissionais dos poderes Legislativo,

⁹ O rol completo das exceções encontra-se disposto no art. 2º da Lei 24.573, *in litteris*: 1. Causas penales. 2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador. 3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación. 4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte. 5. Amparo, hábeas corpus e interdictos. 6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación. 7. Diligencias preliminares y prueba anticipada. 8. Juicios sucesorios y voluntarios. 9. Concursos preventivos y quiebras. 10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.

Judiciário e Executivo. Sobre esta obrigatoriedade convém destacar as críticas feitas por Munhoz (2014):

Em detrimento da preocupação social da proposta inicial da comissão que realizou os estudos argentinos, a tradução feita pelo regulamento instrumentalizou um procedimento duro e enrijecido. Nos salta à vista o rigor argentino no que tange especialmente às exigências técnicas de qualificação para o exercício da função de mediador. Não nos parece que na Argentina a mediação objetiva a realização de um entendimento, mas sim, prima pela consecução do direito, e para tanto conta com uma figura que conhece as normas e irá atuar para realizá-las, um advogado (P.MUNHOZ, 2014, p.3).

A Lei nº 24.573 foi a pioneira na implementação e regulamentação do instituto da mediação na Argentina, possibilitando um novo tratamento para os conflitos civis no país, ao mesmo tempo que serviu de modelo para outros países da América do Sul. Atualmente, o sistema de Mediação moderno é regido pela Lei nº 26.589, de 03 de maio de 2010, que surgiu na tentativa de amadurecer o instituto.

Este diploma dispõe sobre o objeto da mediação, os requisitos, os princípios norteadores, a mediação familiar, a prescrição e caducidade, a mediação gratuita, entre outros aspectos, que guardam uma certa relação com o sistema anterior, mas fornecem uma melhor abordagem.

O caráter obrigatório da mediação é conservado, inclusive, como um requisito de admissibilidade das demandas judiciais. No entanto, a nova lei dispõe sobre uma série de princípios inexistentes na legislação anterior, que só tratava acerca dos princípios da confidencialidade e da neutralidade.

Outro ponto mantido é da obrigatoriedade que o mediador seja advogado com no mínimo três anos de matrícula, capacitado e aprovado em exame de idoneidade e com a inscrição em dia no Registro Nacional de Mediação. Novidade neste campo é a permissão de assistentes formados em outras áreas do conhecimento, próximas a matéria do conflito.

Acrescenta-se que em virtude da promulgação da Lei nº 24.573, a mediação familiar passou a ser realidade no sistema Argentino, com as exceções já aduzidas no diploma anterior. Além disto, a mediação gratuita também foi introduzida, a fim de possibilitar o serviço para aqueles que comprovarem sua hipossuficiência.

Por fim, destaca-se que “a mediação foi estabelecida na Argentina como forma de desafogar o Poder Judiciário, propondo outros métodos à tradicional estrutura

Estatual, que se mostrava incapaz de atender de modo eficaz as necessidades daqueles que a buscavam ” (AMBROSIO, 2012, p.33).

3.2O modelo Brasileiro

Desde o período colonial é forte a cultura da sentença no Brasil. O Código de Processo Civil de 1973 é o primeiro sistema processual a introduzir no ordenamento processual brasileiro um método de composição de conflitos orientado pelo consenso entre as partes. Neste contexto, a conciliação é inserida como ato a ser realizado pelo juiz da causa em audiência preliminar. Mais tarde a arbitragem também passa a ser regulamentada e admitida como forma alternativa, com a publicação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Embora os primeiros registros da prática da mediação no país sejam do século XVI, naquele momento histórico essa técnica se dava em menor incidência e sem uma legislação específica capaz de orientar sua aplicação. As primeiras regulamentações surgem a partir da década de 1990, com o Decreto 1.572/95, quando a mediação é inserida em sede trabalhista. Posteriormente, surgiram dois Projetos de Lei na tentativa de expandir e consolidar a mediação nos demais âmbitos do direito, ambos infrutíferos. O primeiro destes foi o Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, e paralelamente, o Projeto de Lei de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), voltado a consolidar a mediação no âmbito processual civil.

Em agosto de 2006 o CNJ implementou o Movimento pela Conciliação, que contribuiu substancialmente para o avanço dos métodos alternativos no Brasil. Com objetivo de romper com a cultura do litígio e estimular a utilização dos métodos consensuais, foram promovidos encontros e debates sobre o tema, bem como foi estabelecida a Semana Nacional de Conciliação, a ser realizada em todos os tribunais do país.

O primeiro grande impulso para utilização da mediação como forma adequada de resolução de conflitos, se dá com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, implementada no âmbito do Poder Judiciário com o fito de fomentar a criação de centros especializados de tratamento de controvérsias. Com a publicação da Resolução restou implementada a Política Judiciária Nacional de tratamento dos

conflitos de interesses, “tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade ” (BRASIL, 2010).

A Política Nacional implementa mecanismos diversos, além da solução imposta mediante sentença, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação. No mesmo sentido, e buscando dar efetividade às diretrizes, determina aos Tribunais a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, locais destinados a realização de sessões de conciliação e mediação.

Em 2014 o CNJ publicou a Recomendação n. 50/2014, ante a necessidade de consolidar a política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de resolução e prevenção de litígios. Encarregava os Tribunais da realização de estudos e ações tendentes a dar continuidade ao Movimento implementado em 2006.

A mediação surge nesse despertar do sistema brasileiro por métodos mais adequados, sendo instituída e regulamentada com a publicação da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Nesta normativa a mediação é atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia a condução da mediação. A lei de Mediação, como ficou conhecida, dispõe ao decorrer dos seus capítulos sobre os princípios inerentes a mediação, papel dos mediadores, regras do procedimento, entre outros pontos pertinentes na execução da técnica.

Seguindo a tendência nacional, o novo Código de Processo Civil de 2015 reservou uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a mediação e a conciliação como procedimentos obrigatórios e primários no sistema processual. Neste sistema processual, preenchidos os requisitos da petição inicial e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, que não ocorrerá apenas quando ambas as partes se manifestarem pelo não interesse em compor o conflito ou quando não for admitida a composição em razão da indisponibilidade do direito.

Por fim, destaca-se que a legislação processual brasileira, foi além da mera obrigatoriedade e dispôs que o não comparecimento à audiência de conciliação ou

mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Assim, diante da falta injustificada a audiência designada para esse fim, a parte faltante arcará com uma multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

3.3 Conceito e características

Pelo caminho percorrido até aqui parece simples a tarefa de conceituar a mediação e de identificá-la como técnica autocompositiva. No entanto, há uma variedade de conceitos na doutrina, dos quais nos ocuparemos brevemente na busca pela conceituação mais abrangente. Ao mesmo passo serão apresentadas as características da mediação.

A raiz do termo “mediação” advém da expressão em latim “*mediare*”, que significa dar às partes aquilo que as pertence de forma igualitária ou simplesmente dividir pela metade. Contudo, a definição que melhor se aproxima da técnica da mediação, em sua concepção atual, é aquela que dispõe desta como forma adotada na busca por uma solução justa e adequada ao conflito, que não se perfaz apenas mediante a atribuição dos interesses igualitariamente as partes.

Assim, em concepção mais sucinta, a mediação é um procedimento pacífico de resolução de conflitos que conta com a participação de uma terceira pessoa, imparcial e independente, devidamente capacitada, com a função de facilitar o diálogo entre as partes a fim de que estas sejam levadas a entender o conflito e a buscar soluções que atendam a ambos.

Nas palavras mais completas de Christopher Moore (1998) a mediação é:

A interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos (MOORE, 1998, p. 28).

Interessa ainda a definição que apresenta a mediação como um “método não-adversarial no qual o resultado do conflito é o “ganha-ganha” e não o “ganha-perde” do processo tradicional. Na mesma linha, coloca-se o mecanismo como capaz “de

resolver a questão de forma integral e não apenas a lide processual, além de ser um método rápido, barato e eficaz, contribuindo para um efetivo acesso à Justiça” (AMARAL, 2008, p. 82).

Apesar dos conceitos apresentados considerarem a utilidade da mediação após a incidência conflituosa, é importante destacar a presença do caráter educativo e preventivo do mecanismo, na medida que representa um valioso instrumento de preservação das relações sociais e de conscientização dos indivíduos quanto à possibilidade de por si só resolverem seus conflitos de interesses de forma consensual.

A mediação não se confunde com um procedimento terapêutico, ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico. Conforme ensina Cachapuz (2006, p. 30), a finalidade é sinalizar para um novo contexto, o qual diante de situações e divergências possibilite a expansão de novos entendimentos sobre as relações humanas.

No cenário brasileiro, a mediação pode ser judicial ou extrajudicial, o que significa dizer será realizada dentro do âmbito do Poder Judiciário ou pelas instâncias da sociedade civil, como ocorre na mediação comunitária.

Em relação às características da mediação, pode-se destacar como premissa básica a voluntariedade. Isto é, as partes precisam se vincular ao procedimento por vontade própria, a fim de que a mediação inicie da forma adequada, caso contrário todo o procedimento estará maculado pela falta do elemento volitivo. A voluntariedade se fará presente durante toda as etapas do procedimento e garante que os sujeitos envolvidos possam chegar a uma resolução conforme lhes pareça mais favorável.

A segunda característica que merece destaque é a confidencialidade que existe para garantir o sigilo das informações obtidas durante todo o procedimento. Assim, busca-se fazer com que as partes se sintam confortáveis em expressar seus sentimentos em relação à controvérsia, e tenham a sua privacidade preservada por meio do compromisso prestado entre elas, qual seja: o de não compartilhar detalhes do procedimento com terceiros alheios a este. Aqui, importa trazer à baila que a privacidade do procedimento vai além, e atinge a própria natureza do processo que só se tornará público caso as partes autorizem.

Outra importante característica é a flexibilidade em relação à execução da sessão de mediação, o que significa dizer que as técnicas norteadoras do procedimento necessitam ser adequadas a cada caso concreto, a fim de garantir o melhor tratamento do conflito. Sobre o assunto, são importantes as considerações feitas por Daniela Monteiro Gabbay (2013):

Uma das características centrais da mediação é a sua flexibilidade procedimental, de forma que é o processo que deve se adequar ao conflito, e não o conflito ao processo. Entretanto, conforme destacado acima, a existência de flexibilidade não equivale à ausência de forma e à ausência de relações de poder na mediação, havendo garantias mínimas a serem resguardadas. Não é possível se pensar em uma mediação sem voluntariedade, sem que ambas as partes sejam ouvidas com igualdade de oportunidade (contraditório) e sem um mediador imparcial e independente, havendo um devido processo legal mínimo a ser seguido (...) (GABBAY, 2013, p. 24).

Assim, a autora ao mesmo tempo que defende a adequação da dinâmica procedimental à realidade conflituosa, julga necessária a existência de uma forma que minimamente resguarde as garantias inerentes a qualquer procedimento. Neste sentido, restará às partes e ao mediador definir o cronograma, o local e o tipo de reuniões, de acordo com a conveniência dos envolvidos e da observação do mediador em comparação com outras experiências.

A informalidade se apresenta como consequência da flexibilidade, ante a inexistência de um ritual engessado e de regras prontamente definidas por terceiros alheios ao procedimento. Tratando-se, em verdade, de um processo contínuo de negociação entre os sujeitos ali presentes. Disto advém a participação ativa das partes como quinta característica da mediação, sendo destas a responsabilidade pelas negociações e pela tomada de decisão.

A assistência de um terceiro imparcial é outra característica da mediação. A este cabe a tarefa de orientar a execução do procedimento e de facilitar a comunicação, uma vez que são as próprias partes que decidem o futuro do conflito. O terceiro, portanto, deve manter uma certa equidistância entre os litigantes, com o intuito de evitar que uma das partes se sinta mais ou menos favorecida em relação a outra.

Destaca-se que na mediação brasileira, conforme o art. 11 da Lei 13.140¹⁰, o terceiro será, em resumo, a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores.

Por fim, outras duas características merecem menção, uma que diz respeito a economia de tempo e recursos com o uso da mediação e outra relacionada à ausência do poder de decisão do mediador, que se relaciona diretamente com o fato das partes serem as protagonistas na resolução da lide.

3.4 Princípios norteadores

Os princípios que orientam a prática da mediação estão dispostos em lei e são essenciais para sua correta verificação. A existência de recomendações acerca do procedimento é direcionada principalmente ao mediador, que deve pautar sua conduta em técnicas e diretrizes básicas a favor do restabelecimento da comunicação e da eliminação da crise entre os indivíduos.

O Código de Processo Civil, no art. 166¹¹, dispõe sobre princípios aplicáveis à conciliação e à mediação, são estes: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

¹⁰ “Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

¹¹ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Na mesma linha, o art. 2º da Lei de Mediação¹² admite que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

A autonomia da vontade que consta nos dois sistemas normativos, está atrelada à liberdade que possuem os sujeitos no processo de tomada de decisão, verificada desde a opção pelo método até o resultado final da mediação. Relaciona-se, ainda, com a voluntariedade como característica primária da mediação e com a própria dignidade da pessoa humana, dado o maior grau de autodeterminação e responsabilidade assumidos pelos sujeitos envolvidos, em relação a seu próprio destino.

É basilar que o mediador apenas forneça elementos para eliminar os ruídos da comunicação entre as partes, assim, a autonomia se desenvolve como integrante da própria natureza do procedimento sem a qual não há razão para a utilização da técnica. Ao mediador cumpre gerar oportunidade para que as partes restabeleçam o diálogo e a elas cabe o rumo da controvérsia. Em que pese a existência do terceiro, este não decide o conflito e não induz o mérito das questões apresentadas, a sua participação é secundária, embora não menos importante.

Na perspectiva da sua atuação cumpre igualmente ao mediador observar o princípio da decisão informada, que é o dever do facilitador da comunicação de manter as partes cientes quanto aos seus direitos de forma ampla e contextualizada. Estes direitos, em verdade, dizem respeito às regras básicas do método. Não deve o mediador atuar juridicamente em favor das partes, na verdade, cumpre-lhe apenas verificar se estas possuem informações suficientes sobre a situação e sobre o direito envolvido, com intuito de evitar que decisões tomadas durante a mediação se tornem ineficazes posteriormente.

Outrossim, se torna necessário a transcrição das lições de Fernanda Tartuce (2018):

¹² Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

Como se percebe, os princípios da autonomia da vontade e da decisão informada são essenciais para que não haja comprometimento do proveito do mecanismo consensual para os interessados; estes precisam ser contemplados ao máximo em sua liberdade e contar com informações suficientes para que possam obter resultados satisfatórios. Violar tais diretrizes tende a ser fatal em termos de credibilidade e mesmo utilidade da autocomposição (TARTUCE, 2018, p.208).

Nada obstante a existência de regras voltadas à conduta do mediador, este goza de autonomia e liberdade na condução da mediação, em razão do princípio da independência. Deste modo, o mediador deve conduzir as sessões da melhor forma possível, suspendendo ou interrompendo as sessões quando, observando a técnica, reputar necessário, sem que sofra qualquer interferência interna ou externa ao procedimento.

Não há muito o que acrescentar da informalidade enquanto princípio do que já foi decorrido desta como característica da mediação. Em verdade, restou claro a inexistência de regras rígidas, o que facilita todo procedimento. Neste contexto, a informalidade é fator positivo na mediação e existe para promover o envolvimento das partes durante o procedimento, permitido o relaxamento, a descontração e a tranquilidade, que geralmente inexistem no método adversarial (TARTUCE, 2018, p.210).

O princípio da oralidade remete à informalidade, ao direcionar a realização do procedimento por meio de conversações e negociações a cargo das próprias partes, por condução do mediador. Neste caminho serão utilizadas técnicas específicas de comunicação com intuito de encaminhar as partes ao debate da questão de forma construtiva.

É por intermédio da conversação e da cooperação que se concretiza o princípio da busca pelo consenso. Para efetivação deste princípio é necessário que o mediador observe algumas técnicas, voltadas a intermediar a conversação dos sujeitos, quais sejam: separar a pessoa dos problemas, foco nos interesses e não em posições, geração de uma variedade de soluções de ganho mútuos e utilização de critérios objetivos (AZEVEDO, 2016, p.75).

O princípio da imparcialidade exige uma postura equidistante do mediador em relação às partes durante o procedimento da mediação. O Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores judiciais¹³ configura este princípio como:

O dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente. (BRASIL, 2016)

Seguindo a exposição principiológica, a isonomia se mostra como uma importante diretriz a ser observada. A mediação é técnica, com menos rigor normativo, mas isto não afasta a aplicação de regras básicas, como é a do tratamento paritário. Assim, a isonomia reclama que as partes tenham plena igualdade de oportunidades para se manifestarem durante o procedimento.

Este princípio exige ainda uma postura ativa do mediador, que ao constatar uma situação de desequilíbrio entre as partes, deve agir de forma a compensar esta deficiência. No entanto, esta intervenção deverá ser realizada de forma pormenorizada, sem favorecimento e afastada de qualquer juízo sobre o mérito da controvérsia.

Apesar da subjetividade que paira sobre o princípio da boa-fé, onde quer que esteja inserido, no processo de mediação alguns comportamentos são considerados objetivamente como indicativo da sua incidência. Neste sentido, considera-se boa-fé a real disposição das partes em resolver o conflito por meio do restabelecimento da comunicação, na cooperação durante as tratativas e posteriormente no fiel proceder do firmado na sessão de mediação.

A boa-fé está intrinsicamente ligada à confidencialidade, servindo para incentivar a participação das partes, sem inibições, com a abertura e a transparência necessária. Na mesma medida, assegura aos envolvidos o sigilo das informações obtidas durante o procedimento (TARTUCE, 2018, p.224).

3.5 O processo de mediação

¹³ O código de ética dos Conciliadores e Mediadores judiciais está descrito no Anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ.

Toda dinâmica procedimental da mediação é voltada para a prevenção de novos conflitos, por isso o acordo não é o resultado indispensável, embora seja o fim perseguido. Nesse caminhar a mediação é considerada um procedimento que visa o consenso, marcado pela ausência de formalismo e pela participação ativa das partes.

No modelo apresentado por Moore (1998), o processo de mediação pode ser dividido em algumas fases, separados em duas grandes categorias. Na primeira, denominada pré-negociação, o mediador realiza atividades antes do início das sessões formais, as quais são subdivididas em cinco estágios. Na segunda, o mediador já adentrou na resolução do problema e conta com sete estágios até o fim do procedimento.

No primeiro estágio cumpre ao mediador estabelecer relacionamento com as partes em disputa, por meio de contatos iniciais voltados a instruir os participantes sobre o processo, aumentar o compromisso destes em relação ao procedimento e construir uma relação de credibilidade. No segundo momento, o mediador se ocupará em escolher uma estratégia para orientar o procedimento, com fito de ajudar as partes a avaliar diversas abordagens de tratamento de conflitos e identificar qual poderá ser adotada para aquele caso específico.

O terceiro estágio é destinado à coleta, análise e verificação de informações importantes sobre as pessoas, a dinâmica e a essência do conflito. Já o quarto estágio é o momento de projetar um plano detalhado para execução da mediação, identificando estratégias e particularidades que possam levar as partes ao acordo. No quinto, e último momento desta primeira etapa, o mediador deverá trabalhar na construção da confiança e da cooperação, preparando “psicologicamente” as partes para as negociações. Assim, precisará lidar com emoções e verificar as percepções, como intuito de eliminar os estereótipos e estabelecer a comunicação de forma satisfatória.

Mediante o estabelecimento de regras básicas e diretrizes comportamentais, será iniciada a sessão de mediação. Neste momento, o mediador deverá delimitar as questões de discussão, ajudar as partes a expressar suas emoções e a explorar pontos relevantes de discussão. Em sequência, deve-se definir as questões e estabelecer uma ordem para tratamento destas com a concordância das partes.

No oitavo etapa, busca-se identificar a existência de interesses até então ocultos, estabelecendo uma comunicação entre as partes de modo que possam melhor compreendê-los.

Os dois estágios subsequentes se ocupam em gerar opções e avaliar o custo e benefícios destas. Assim, será o momento de desenvolver a consciência da necessidade de múltiplas opções, rever os interesses das partes e avaliar estes podem ser satisfeitos pelas opções disponíveis.

No décimo primeiro estágio, realiza-se a barganha final, empenhando os últimos esforços para obtenção de um acordo que favoreça ao máximo os interesses de ambas as partes. Se o resultado for favorável, no estágio seguinte identifica-se o procedimento para operacionalização do disposto entre as partes, estabelecendo uma forma de monitorar a execução deste acordo. Após, se for o caso, formaliza-se o que foi decidido, ficando as partes cientes da obrigação de observar a decisão obtida.

Muito embora a mediação seja um método considerado informal, a observância desses estágios de forma sequencial é necessária para que as partes possam superar os obstáculos que impedem a negociação. Desse modo, os resultados obtidos serão mais próximos da realidade apresentada, o que garante uma certa observância do que fora acordado.

Ademais, para além das fases aqui apresentadas, o mediador, como figura responsável por conduzir o procedimento, deve permitir que as partes expressem suas emoções, intervindo sempre que necessário com o uso das técnicas, para que essa exposição ocorra de maneira clara, positiva, e em respeito as diferentes posições apresentadas. Assim, a mediação caminhará para o estabelecimento de uma comunicação produtiva, a fim de que as partes por si mesmas obtenham saídas para a controvérsia e sejam autoras de qualquer decisão eventualmente tomada por elas.

3.6 Vantagens da mediação

Diferente da mediação o processo judicial ou adjudicatório é marcado pela lógica binária ganha x perde, assim as partes já se submetem a este mecanismo tradicional conscientes que haverá um perdedor e um vencedor da disputa. Este

sistema tradicional soluciona os conflitos pela atribuição da culpabilidade a um dos sujeitos da contenda.

De certo, o processo judicial apresenta vantagens e desvantagens em sua constituição. A morosidade e os custos são os fatores mais prejudiciais observados na atualidade, mas o formalismo do procedimento e a vinculação estrita do juízo aos fatos contidos nas peças dispostas no processo, também são desvantagens a serem observadas.

Isto porque o formalismo impõe etapas e prazos que dificilmente podem ser modificados, impossibilitando uma maior deliberação das partes. Na mesma linha, o processo decisório que considera apenas fatos e interesses descritos nas peças processuais desconsidera os reais interesses e pessoas envolvidas, além de fatores psicológicos, sociais e emocionais que podem estar em torno da lide. Ademais, essa resposta judicial será sempre baseada na assunção da culpabilidade, o que favorece a disputa (CARVALHO, 2018, p.316).

Na mesma medida, em uma demanda judicial as partes precisam cumprir uma série de obrigações sob pena de ter sanções aplicadas contra si, o que inibe muitas das vezes o desinteresse e a má-fé. Além disso, o resultado do processo naturalmente é uma sentença que deve ser observada, independentemente do nível de satisfação destas com o seu teor, resolvendo assim, ainda que superficialmente, a situação de incerteza entre as partes.

Muito embora a sentença possa assumir o condão de resolver a situação de incerteza, a mediação produz resultados mais efetivos para a controvérsia. Neste sentido:

A resolução do conflito através da mediação tende a apresentar um maior índice de efetividade, em comparação à sentença judicial, porque possibilita às partes exprimir melhor a realidade dos fatos e seus interesses, bem como a transformação do conflito, de sorte a promover uma corresponsabilidade e maior satisfação com o resultado consensual encontrado (SILVA, 2013. p. 161).

Em verdade, a mediação supre as deficiências do processo judicial, na medida em que garante a satisfação pessoal dos usuários, um procedimento mais célere e a economia processual. Ao mesmo passo que se preocupa com todas as nuances do conflito, substitui a aplicação coercitiva de uma decisão pelo consenso, engloba outros

interesses, incentiva a compreensão recíproca e a responsabilidade compartilhada. (CARVALHO, 2018, p. 311).

Dentre os mecanismos consensuais, a mediação, em específico, por privilegiar o estímulo ao diálogo, o (r)estabelecimento dos canais de comunicação, a manutenção das relações e o empoderamento dos cidadãos, constrói um cenário mais propício para a mudança do paradigma de solução dos conflitos e o rompimento com a cultura do litígio. (CARVALHO, 2018, p. 313)

É evidente a necessidade de métodos como a mediação para auxiliar o Judiciário na administração da justiça, uma vez que com a expansão do campo de atuação do poder Judiciário com o advento do Estado Social, o sistema passa a sofrer com a grande demanda que lhe é atribuída. Ademais, os ganhos com o uso da mediação não se restringem ao Estado, este mecanismo também fornece benefícios significativos a toda sociedade e, principalmente, as partes em conflito, uma vez que dissolve a controvérsia com foco no restabelecimento da comunicação e na preservação dos relacionamentos.

A mediação considera os obstáculos que não conseguem ser traduzidos em uma peça processual, ligados, muitas das vezes, a sentimentos negativos como raiva, mágoa, frustração, rancor ou desprezo. A incidência de cada um destes estados, ocorre em maior ou menor grau a depender da natureza do conflito, mas até que sejam trabalhados, a comunicação dificilmente será satisfatória e a disputa poderá não ser efetivamente dissolvida.

A estrutura da mediação volta-se para a preservação dos relacionamentos e por meio dela as partes poderão, conforme seja conveniente, melhorar suas relações interpessoais, gerando sentimentos positivos capazes de contribuir para um contexto harmônico. Além disso, durante o processo de abordagem das questões, as partes serão levadas ao conhecimento de formas proveitosas de diálogo e poderão utilizar esta aprendizagem para tratamento de eventuais conflitos.

A mediação amplia a abordagem do conflito, possibilitando que sejam discutidos todos os aspectos necessários para melhor elucidação da lide, por intermédio de uma lente cooperativa, o que se mostra necessário para aproximar a decisão da realidade do conflito. É o que observa Boaventura Santos (1988, p. 23) ao afirmar que somente a mediação “pode subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito

do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflitualidade social na sua expressão jurídica ”.

Diversos são os ganhos ocasionados pela escolha da mediação, “ainda que uma das partes possa ser mais vencedora que outra, o resultado nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido), que é hoje largamente dominante nos sistemas jurídicos oficiais dos estados capitalistas” (SANTOS, 1988, p. 21).

A sua utilização também gera o empoderamento dos indivíduos, ao afastar a ideia paternalista ligada ao processo, aqui já apresentada, e aproximar os sujeitos da independência necessária para romper com a ideia de que só a sentença pode fornecer respostas aos conflitos sociais. Com isso as partes também serão levadas a perceber que são capazes de provocar melhorias para a comunidade, instituindo a pacificação social.

Ao resolver os seus conflitos sem o auxílio do Judiciário, a comunidade torna-se menos dependente do assistencialismo estatal, aumenta sua coesão interna e promove o empoderamento de seus membros, pela noção de que eles mesmos podem resolver seus próprios conflitos. A pacificação social, uma das principais finalidades do Estado, é então exercida diretamente pelos cidadãos. Essa prática representa a possibilidade do exercício direto da cidadania, uma vez que garante aos membros da comunidade o direito de acesso à justiça ao mesmo tempo em que enseja o desempenho de seus deveres como cidadãos. (VEDANA, 2003. p.264)

Neste sentido, observa-se que a mediação não é apenas um meio de pacificação social, mas uma forma de exercício da cidadania, uma vez que o seu desenvolvimento permite a participação das pessoas envolvidas na administração e a solução de seus litígios, o que contribui com a democratização do procedimento, ao mesmo passo que viabiliza o acesso à justiça

Ao retomarmos ao discurso de Cappelletti apontado no primeiro capítulo deste trabalho, temos a mediação como método que serve fielmente à eliminação dos entraves daquela “terceira onda”, que se preocupava em romper com a burocratização e com o tratamento adequado das situações conflituosas. Ademais, naquele momento renovatório se observou que não importa apenas permitir que os indivíduos possam recorrer ao Judiciário para administrar seus conflitos, é preciso permitir que se realize a justiça no contexto em que as partes estão inseridas, e a mediação contribui substancialmente com este objetivo.

Cumprе salientar que o acesso à justiça implica em repensar os institutos processuais, ante a confirmação de que este não se restringe ao mero direito de ação. Assim, exige-se a adoção de ferramentas processuais menos burocráticas e que sejam capazes de fornecer um tratamento aquedados dos conflitos. A mediação é, pois, uma dessas formas, que dentro os inúmeros benefícios, possibilita diretamente a satisfação do acesso à uma ordem jurídica justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações sociais afetam diretamente a razão de ser do Estado e o papel do Poder Judiciário. Se no Estado Liberal a atuação do Judiciário é limitada a mera aplicação da Lei, em razão do excessivo rigor do princípio da legalidade, no Estado Social, atendendo aos reclamos sociais e políticos, este órgão se torna uma espécie de garantidor dos direitos tido como fundamentais, precisando ser proativo em suas intervenções.

A mudança do papel do Judiciário no cenário brasileiro ocorre, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que trouxe em seu corpo uma série de normas de direitos e garantias fundamentais a serem observados pelo Estado. Para além do respeito a essas normas, nesse momento que é também de redemocratização do país, exige-se a sua concretização.

É neste cenário que o Judiciário passa a exercer funções primordialmente pertencentes a outros órgãos, como é o de definir políticas públicas e garantir materialmente esses direitos, o que faz surgir dois fenômenos considerados neste trabalho, em razão de contribuírem com o aumento da litigiosidade e o inchaço do Judiciário, quais sejam: a judicialização da política e a judicialização das relações sociais. Aquele relacionado a intervenção do Judiciário em espaços políticos e este pela maior atuação em espaços sociais.

A transição do modelo do Estado, também interfere diretamente com as questões relacionadas ao acesso à Justiça, vez que se no contexto Liberal importava a mera garantia do indivíduo de bater as portas dos Tribunais, com o advento de um modelo social, a preocupação voltou-se em proporcionar o acesso real e efetivo a justiça. Neste sentido, foi preciso reconhecer que o acesso deve ser pautado a partir de um sistema jurídico capaz de atender a todos os indivíduos e interesses, de forma célere e adequada.

Com esse reconhecimento ficam mais visíveis os problemas que rodeiam a prestação jurisdicional e conseqüentemente o acesso à justiça. Mesmo ao fornecer uma resposta aos conflitos, nem sempre aquilo que foi dito com base na aplicação dos fatos ao direito, produz um sentimento de satisfação naqueles que utilizam o sistema. Isto porque o modelo tradicional adjudicatório não consegue englobar os diversos interesses que orbitam a controvérsia e muito menos em um tempo razoável.

Disto que surge a defesa por um sistema multiportas, na busca pelo tratamento adequado dos conflitos civis, permitindo a expansão dos mecanismos adequados de solução de controvérsias. Assim, a sentença deixa de ser regra e cede espaço para métodos considerados mais céleres, com menores custos, além de contar com a participação das partes no processo de decisão, o que certamente produz uma maior satisfação com a decisão e com o próprio sistema.

Neste trabalho foi possível identificar que a mediação surge neste cenário, sendo um dos métodos mais eficientes para solucionar os conflitos, considerando o grau de participação das partes durante a execução do método, o incentivo pelo restabelecimento da comunicação e o foco na manutenção dos relacionamentos. Por conseguinte, a mediação é um relevante instrumento de cidadania para a consolidação do Estado Democrático de Direito, possibilitando o efetivo acesso do cidadão à Justiça.

Destarte, mediar nos dias atuais serve não apenas para desafogar o sistema Judiciário superlotado em razão das pautas que assumiu nas últimas décadas, mas para obtenção da pacificação social, vez que esse mecanismo busca combater o conflito em todas com todas as suas nuances, bem como, é ferramenta capaz de romper com a litigiosidade, por meio da conscientização e empoderamento das partes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vanessa Porto. Judicialização da Política e democracia. In.: **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 6, Jan. – Jun. p. 186-216. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista7/judicializacaoVanessa.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2020.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1, maio de 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

AMARAL, Márcia Terezina Gomes. **O Direito de Acesso à justiça e a mediação**. Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach. 2008. 155 p. Dissertação (Mestre em Direito e Políticas Públicas) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>> Acesso em: 11 jun. 2020.

AMBROSIO, Cibeli Freitas Serafim. **Brasil e Argentina: Uma visão descritiva do instituto da mediação**. Orientador: Dr. Delton Ricardo Soares Meirelles. 2012. 64 f. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/8577>> Acesso em: 15 jul. 2020.

ARGENTINA. Lei nº 24.573, de 25 de outubro de 1995. **Mediacion y conciliacion**. Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>> Acesso em 24 de jul. 2020.

ARGENTINA. Lei nº 26. 589, de 03 de maio de 2010. **Mediacion y conciliacion**. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.

Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>> Acesso em 24 de jul. 2020.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil brasileiro, volume I** [livro eletrônico]: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos/ Araken de Assis. -1.ed.- São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Suffragium, Ceará, v. 5, n. 8, p. 11-22, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 22 maio 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de mar 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art334>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a Mediação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília, DF, set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm> Acesso em: 07 jun. 2020.

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: 09 jun. 2020.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. 1ª ed. (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez. **A arbitragem como forma de resolução de conflitos**. Jurisway, [s. l.], 10 nov. 2010. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4991> Acesso em: 20 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Thifani Ribeiro Oliveira de. **O papel da Mediação na Desconstrução da cultura do litígio**. In: LEAL, Ana Paula Lima; NETO, Pedro Camilo de Figueirêdo (org.). Diálogos Jurídicos III: Direito, justiça e respeito pelas liberdades individuais e coletivas. Salvador: Editora Mente aberta, 2018. cap. 24, p. 311-322. ISBN 978-85-66960-32-7.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. – 3.ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Atlas 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. 478 p. ISBN 978-85-392-0277-5

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 07 de ago. 2020

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 307 p.

DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. In: Mediação: um projeto inovador. Brasília: Séries Cadernos do CEJ, V.22, 2003. p.23-33

DIDIER JR, Fredie; Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.- 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. V.1.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário**: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Orientador: Professor Dr. Carlos Alberto de Salles. 2011. 273 f. Tese de Doutorado (Dotourado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/publico/Daniela_Monteiro_Gabbay.pdf> Acesso em: 15 jun. 2020.

HAMILTON, Alexander. (et. al.) **O federalista**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama; 2ª – Campinas: Russel Editores, 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SOLANO, Luisa Maria Moreira. A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos. **Revista Jus Navigandi**, [S. l.], maio 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66077/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos>> Acesso em: 16 jul. 2020.

LORENCINI, Marco Antônio Garcias Lopes. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**. 2013. São Paulo: Editora Gen Método. p. 58-85

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. **Reformas Processuais e a Mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: Uma busca pela efetividade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3dcc0806127ac687>> Acesso em 20 de jun de 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

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

MORAES, Tiago França. A mediação, a conciliação e a arbitragem como formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3346, 29 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22520>> Acesso em: 19 jun. 2020.

NALINI, José Renato. **É urgente construir alternativas à justiça**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 27-34.

NETO, José Mário Wanderley Gomes. **O Acesso à justiça em Mauro Cappelletti: Análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Orientador: FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI. 2003. 85 f. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito de Recife, [S. l.], 2003. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317007851_O_acesso_a_justica_em_Mauro_Cappelletti_analise_teorica_dest_a_concepcao_como_movimento_de_transformacao_das_estruturas_do_processo_civil_brasileiro> Acesso em: 30 abr. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único** – 10. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 219-235, abr/jun. 2011, pg 223.

POMPEU, Ana. Justiça em números: Judiciário brasileiro tem 80,1 milhões de processos em tramitação. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos-tramitacao#author>> Acesso em: 30 jul. 2020.

P.MUNHOZ, Elisagnela Penã. **A mediação de conflitos na sociedade argentina à luz da racionalidade comunicativa habermasiana**. In: INTERCOM- Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares de comunicação. XXXVII Congresso Brasileiro de Ciencias de Comunicação- Fpz de Iguaçu, PR-2 a 5/9/2014. Disponível em <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2014/resumos/R9-1058-1.pdf>> Acesso em: 12 de jul de 2020.

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

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 161.

SANOMYA, Renata Mayumi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Novos paradigmas da justiça: repensando direito por meio do efetivo acesso à ordem jurídica justa**. In: **Processo e jurisdição II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Eduardo de Avelar Lamy, Jeferson Dytz Marin, Marco Antônio César Villatore. –Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 372-399. ISBN 978-85-68147-31-5

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

TROVILHO, Octávio Henrique Betta Barbosa Correa. **A mediação como método adequando de solução de conflitos e forma de restabelecer as relações interpessoais**. Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, Curso de Bacharelado em Direito. São Caetano do Sul, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/652/2/oct%C3%A1vio%20trovilho.pdf>> Acesso em: 26.jun.2020.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação: volume 2**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p.263-278. Disponível em: <<https://direitoachadonasarjeta.files.wordpress.com/2008/11/estudos-em-arb-med-e-neg.pdf>> Acesso em: 18 de jul de 2020.

VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Marcio dos Santos. Mediação de conflitos: Um novo paradigma na Administração da Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009.

Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-de-conflitos-um-novo-paradigma-na-administracao-da-justica/>>
Acesso em: 10 de jul.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas: uma análise a partir do pensamento de Hannah Arendt**. Orientador: Professora Doutora CLÁUDIA ROSANE ROESLER. 2007. 183 p. Dissertação (Mestre em Ciência Jurídica) - UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI, Itajaí, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063596.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado do conflito**. Revista de Processo, v. 36, p. 381-389, 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>> Acesso em: 09 de jun de 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.