

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

ADRIANE DE OLIVEIRA NINGELISKI

**DO CONFLITO AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA PELOS
CAMINHOS DA MEDIAÇÃO**

CURITIBA

2016

ADRIANE DE OLIVEIRA NINGELISKI

**DO CONFLITO AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA PELOS
CAMINHOS DA MEDIAÇÃO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia.

Orientador: Prof.(a) Dr.(a) Laura Jane Garbini Both

CURITIBA

2016

ADRIANE DE OLIVEIRA NINGELISKI

DO CONFLITO AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA PELOS
CAMINHOS DA MEDIAÇÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Laura Jane Garbini Both – Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Rosalice F. Pinheiro - Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Marta Marília Tonin - Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Marcos Alves da Silva - Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Curitiba, 25 de fevereiro de 2016

A você meu Andrei, companheiro, parceiro de uma vida, e de muitas vitórias, dedico meu trabalho, pois é certo que sem seu suporte e apoio seria impossível hoje escrever essas palavras. Não poderia deixar de incluir você Ana Clara, minha menina manhosa, apaixonante e inteligente, que metade de sua vida, viu a mãe trabalhando ou estudando, distante de suas brincadeiras. Meus amores, minha família, meu tudo, é a vocês que dedico este trabalho, feito com tanto amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Saber reconhecer o que de bom nos fazem aqueles que passam por nossa vida é a maior das dádivas do ser humano. Agradecer, por si só, já é um exemplo de amor, o qual nos faz lembrar de todos os que contribuíram para a construção desse trabalho, deixando suas marcas e suas influências nestas centenas de linhas escritas.

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por ter me dado força e saúde para chegar até aqui, pois, por vezes me deparo com o passado, e vejo o quanto para mim esse curso era intangível e por vezes inimaginável. Mas Ele me ajudou a ter esperanças de que todo sonho em que se acredita é possível, obrigada Deus por tudo.

A meus pais, que muito me ajudaram, dando-me suporte naquilo que pequei constantemente, a falta de tempo para tudo. Obrigada por buscarem incessantemente proporcionar a minha filha um lar, uma segunda casa e muito amor.

Agradeço novamente a meu marido Andrei, pela paciência, calma e amor incondicional com o qual cuidou de mim e de minha filha, muitas vezes suprindo a minha ausência na vida da Clara, suportando calado as minhas faltas de tempo, de paciência e de calma. Obrigada, meu amor, por tudo.

Não poderia deixar de agradecer a Profa. Dra. Laura Jane Garbini Both, por ter aceitado o desafio da minha orientação no meio do caminho, e ainda assim, na sua doçura, gentileza, sensibilidade e inteligência, proporcionou-me viajar por mundos que antes não imaginava ao meu alcance, proporcionando-me conhecimento, que foi uma verdadeira peregrinação de quedas e sobressaltos. Mas com sua mão generosa conduziu-me até aqui, plantando em mim sonhos que nem imaginava sonhar. Só tenho a dizer muito obrigada, e pela vida não cansarei de lhe dizer, muito obrigada.

Os amigos, uns de mais tempo, outros de menos, mas personagens que marcam a trajetória desse curso, aos antigos e parceiros que foram roubados da minha companhia, em aniversários, festas, visitas e parcerias, muito obrigada pela compreensão e pelo carinho mantido. Em especial um agradecimento a Rosane de Fátima Moreira, pelo seu suporte, força e amizade; aos novos angariados nesses últimos dois anos, espero que se tornem antigos e presentes, e que apesar da distância essa amizade se mantenha viva, pois levo no coração sua honestidade e alegria e na mente seu exemplo intelectual. A você, Juliane Andrea de Mendes Hey Melo, gostaria de dizer que sua alegria contagiante, sua dedicação e prontidão em ajudar me serviram de exemplo; Ana Carla Werneck, seu amor pelo estudo e perseverança marcaram a minha vida; e você, Rosa Maria Alves Pedroso, encantou-me com sua doçura e disponibilidade incondicional, guardados em qualidades que não cabem em você de tão extremas. Agradeço a todos por tudo, e tenham certeza de que os levo como exemplos para minha vida.

Ao amigo Elizeu Luis Toporoski, companheiro de muitas madrugadas de viagem, das lamentações do cansaço, do trabalho e da academia. Foi difícil, mas chegamos até aqui, lembro que não foram poucas as vezes em que o desânimo nos abateu, e a percepção de que não conseguiríamos, ou ainda “o que estou fazendo aqui”. Felizmente com incentivo mútuo conseguimos, e aqui estamos podendo agradecer pelo apoio. Obrigada por tudo, obrigada mesmo.

Não poderia deixar de agradecer aos professores do curso, os quais de maneira apaixonante contagiaram a todos com seus estudos e com o seu amor pelo direito. De maneira especial, gostaria de agradecer aos professores Marcos Maliska, Paulo Ricardo Schier, Laura Jane Garbini Both e Marta Marília Tonin, que sem demoras aceitaram levar seus conhecimentos até mais de 160 quilômetros de distância do aconchego dos seus lares, para, sem nada em troca, compartilhar experiências no interior do estado, obrigada pelo seu desprendimento.

É com muita alegria que digo muito obrigada a todos que fizeram e fazem parte da minha vida.

“Procuro semear otimismo e plantar sementes de paz e justiça. Digo o que penso, com esperança. Penso no que faço, com fé. Faço o que devo fazer, com amor. Eu me esforço para ser cada dia melhor, pois bondade também se aprende. Mesmo quando tudo parece desabar, cabe a mim decidir entre rir ou chorar, ir ou ficar, desistir ou lutar; porque descobri, no caminho incerto da vida, que o mais importante é o decidir.”

Cora Coralina

*“Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!”*

Mario Quintana

RESUMO

No decorrer da história da humanidade, o conflito sempre foi presente ou latente, e tal situação faz parte da natureza humana. Nunca pode ser extirpado, mas sim tratado, pois vários foram os meios usados para tratamento, bem como sua efetividade. Dependendo do contexto temporal em que se apresentava, alterava o tipo e seus efeitos, no entanto, quando chegou no modelo da jurisdição estatal, forma perfeita segundo alguns doutrinadores, percebeu-se a sua inefetividade. Tal situação, começou a afetar de maneira direta e indireta o acesso à justiça e a garantia da cidadania, funções e objetivos do Estado, respectivamente, sem esquecer nesse contexto da afronta aos direitos fundamentais. Essas dificuldades reverberaram numa crise, com inúmeros fatores e consequências desastrosas, prejudiciais ao cidadão e a sociedade de modo geral. Nesse contexto, nasceram os meios alternativos à jurisdição, com a promessa de se não resolver, pelo menos minimizar os efeitos da crise do acesso à justiça vivida na sociedade. No entanto, dentre esses novos meios, surge a mediação, destacando-se das demais ao conferir tratamento adequado aos conflitos, humanizando-os, propondo a construção da solução da contenda através da autocomposição, ou seja, pelas próprias partes em conflito, de modo a satisfazer de maneira efetiva o litigante, que edifica a resposta para seu conflito, na paz. Assim, com essa proposta inovadora, a prática tem alcançado resultados extremamente satisfatórios e superiores a jurisdição formal, mostrando a que veio: humanizar a justiça.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONFLITO, JUDICIALIZAÇÃO, ACESSO, MEDIAÇÃO

ABSTRACT

In the course of human history, the conflict has always been either present or latent and this situation is part of human nature. It can never be uprooted, but rather treated because there were several means used for treating it as well as its effectiveness. Depending on the time frame in which it is presented, changed thenature and its effects, however, when it came on the model of state jurisdiction, perfectly according to some scholars, it was realized its ineffectiveness. This situation began to affect directly and indirectly the access to justice and the guarantee of citizenship, functions and state goals, respectively, not to mention in this context the affront to fundamental rights. These difficulties reverberated in a crisis, a number of factors and disastrous consequences, harmful to citizens and society in general. In this context, alternative means to jurisdiction were born, promising if not to solve but at least mitigate the effects of the crisis of access to justice presente the in society. However, among these new means, there is the mediation, standing out from the others by giving proper treatment to conflicts, humanizing them, proposing the construction of the strife of the solution by reaching na agreement without involving a third party, ie by the parties in conflict, so to meet effectively the litigant, who builds the answer to their conflict, in peace. So with this innovative proposal, the practice has achieved very satisfactory results and higher formal jurisdiction, bringing it: humanize justice.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS, CONFLICT, JUDICIALIZATION, ACCESS, MEDIATION.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------|--|
| ADR | Alternative Dispute Resolution |
| CEBEPEJ | Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, |
| CEJUSC's | Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CRFB/1988 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| FAPESP | Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo |
| IDP | Instituto Brasileiro de Direito Processual |
| MASC's | Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. |
| Mesc | Métodos ou Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos |
| NCPC | Novo Código de Processo Civil |
| NUPEMEC | Núcleo Permanente de Mediação e Conflitos – |
| ONU | Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas |
| PL | Projeto de Lei |
| RAC | Resolução Alternativa de Conflitos, |
| TJ/RS | Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – |
| UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul/RS |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| RESUMO..... | 07 |
| ABSTRACT..... | 08 |
| LISTA DE ABREVIATURAS..... | 09 |
| 1 INTRODUÇÃO..... | 14 |
| 2 O CONFLITO NA SOCIEDADE HUMANA E SUA GESTÃO NO TEMPO..... | 18 |
| 2. 1O Conflito no tempo: a natureza humana e as relações sociais..... | 18 |
| 2.1.1 A Dinâmica dos Conflitos e sua gestão..... | 21 |
| 2.1.2 A Construção da Lide: as relações sociais em conflito e o caminho trilhado até a jurisdição..... | 25 |
| 2.1.3 O Estado como Ente Regulador do Conflito: A justiça pública em substituição à Privada..... | 27 |
| 2.1.3.1 Autodefesa..... | 29 |
| 2.1.3.2 Monopólio do Estado..... | 31 |
| 2.1.3.3.1 Jurisdição..... | 37 |
| 2.1.3.3.2 Processo..... | 39 |
| 2.2 A intensa judicialização de conflitos: a porta aberta para os obstáculos ao acesso à justiça no Brasil..... | 41 |
| 2.2.1 Causas: As principais interferências no aumento da judicialização de conflitos..... | 42 |
| 2.2.1.1 Judicialização da Política..... | 43 |
| 2.2.1.2 Conflito, política e judicialização no Brasil: desafios ao acesso à justiça..... | 47 |
| 2.2.1.3 Explosão da Litigiosidade: Um desafio para a sociedade..... | 48 |
| 3 ACESSO À JUSTIÇA E CIDADANIA..... | 56 |
| 3.1 Acesso à Justiça..... | 56 |
| 3.1.1 Breve delineamento histórico..... | 58 |
| 3.1.2 Conceituação e aspectos gerais..... | 62 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.2.1 Ondas renovatórias ou movimentos de ampliação da justiça: resposta à crise do acesso à justiça | 67 |
| 3.1.2.1.1 Primeira Onda Renovatória | 68 |
| 3.1.2.1.2 Segunda onda renovatória | 69 |
| 3.1.2.1.3 Terceira Onda Renovatória | 69 |
| 3.2 Cidadania: O direito a ter direitos | 70 |
| 3.2.1 Conceito | 73 |
| 3.2.2 Cidadania e jurisdição: Possibilidades e entraves..... | 78 |
| 4 PROBLEMAS DO ACESSO À JUSTIÇA..... | 81 |
| 4.1 Obstáculos à efetivação do acesso no Brasil | 82 |
| 4.1.1 Obstáculos Econômicos | 79 |
| 4.1.1.1 Pobreza..... | 85 |
| 4.1.2 Obstáculos sociais e culturais | 86 |
| 4.1.2.1 Possibilidades das Partes e a sua defesa em juízo | 87 |
| 4.1.2.2 Ausência de informação | 88 |
| 4.1.3 Obstáculos judiciais. | 89 |
| 4.1.3.1 Duração do processo. | 91 |
| 4.1.3.2 Qualidade na prestação dos serviços e Inexistência ou ilegitimidade do direito material | 96 |
| 4.1.3.3 Volume de demandas e os grandes litigantes | 97 |
| 4.1.3.4 Problemas especiais dos interesses difusos | 99 |
| 4.1.3.5 Estrutura judiciária e formalismo | 100 |
| 4.2 A Crise..... | 103 |
| 4.2.1 Saídas para a crise | 106 |
| 5 MEIOS ADEQUADOS DE GESTÃO/SOLUÇÃO DE CONFLITOS..... | 111 |
| 5.1 Tratamento adequado dos conflitos: a humanização do direito | 112 |
| 5.1.2 Cultura da paz: do sonho à realidade..... | 116 |
| 5.2 Meios alternativos/adequados de gestão de conflitos: Paradigmas para a construção da cultura da paz..... | 118 |
| 5.2.1 Modelo americano: o precursor..... | 121 |
| 5.2.2 As Práticas mais utilizadas de gestão de conflitos no Brasil. | 123 |
| 5.2.2.1 Conciliação..... | 123 |

| | |
|--|------------|
| 5.2.2.1.1 Em defesa da conciliação: Resolvendo o conflito através da promoção paz..... | 125 |
| 5.2.2.1.2 Em oposição à Conciliação: O poder conduzindo o acordo | 126 |
| 5.2.3 Arbitragem..... | 128 |
| 5.2.4 Sistema Multiportas: o respeito à diversidade | 129 |
| | |
| 6 MEDIAÇÃO: uma resposta à complexidade dos conflitos | 130 |
| 6.1 Aspectos históricos da mediação | 132 |
| 6.2 Características | 135 |
| 6.3 Conceito. | 136 |
| 6.4 Escolas da Mediação | 137 |
| 6.4.1 Modelo de Harvard..... | 138 |
| 6.4.2 Modelo Transformativo..... | 139 |
| 6.4.3 Modelo Circular Narrativo..... | 140 |
| 6.4.4 Modelo Avaliativo (avaliação neutra, arbitragem não vinculante ou procedimento misto) | 141 |
| 6.5 Mediação, a garantia do acesso à justiça e efetividade da cidadania | 143 |
| 6.6 A Mediação e suas críticas..... | 146 |
| 6.7 Institucionalização da mediação: A novel legislação sobre o assunto | 148 |
| 6.7.1 Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação) | 149 |
| 6.7.2 Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil). ... | 150 |
| 6.7.3 A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça | 151 |
| 6.7.3.1 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC's | 153 |
| 6.8 Rumo ao acesso à justiça no Brasil | 155 |
| 6.8.1 Tribunal de Justiça de São Paulo..... | 156 |
| 6.8.1.1 Setor de Conciliação e Mediação da Comarca de Serra Negra/SP | 156 |
| 6.8.1.2 Setor de Conciliação e Mediação da Comarca de Patrocínio Paulista/SP .. | 157 |
| 6.8.1.3 Setor de Conciliação e Mediação da Comarca de Jundiaí/SP | 158 |
| 6.8.2 Ministério Público do Ceará..... | 159 |
| 6.8.3 Tribunal de Justiça de Distrito Federal | 159 |
| 6.8.4 Tribunal do Rio Grande do Sul | 159 |
| | |
| 7 CONCLUSÃO | 161 |

| | |
|--|------------|
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 164 |
|--|------------|

N714

Ningeliski, Adriane de Oliveira.

Do conflito ao direito fundamental do acesso à justiça pelos caminhos da mediação. / Adriane de Oliveira Ningeliski. – Curitiba: UniBrasil, 2016.

177 p.; 29cm

Orientadora: Laura Jane Garbini Both

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos Fundamentais. 3. Acesso à justiça. 4. Mediação (Direito). I. Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

1 INTRODUÇÃO

Duas características importantes da história da humanidade podem ser destacadas: a primeira delas é o agrupamento, o homem é um ser gregário, não vive sozinho, constitui desde que se conhece como tal, família, grupos, comunidades, cidades, estados; a segunda é o conflito, seja real ou latente, intrínseco ao relacionamento social e da condição natural do homem, que em seu estado de natureza é predisposto à “Guerra”.¹

Em resposta a essa condição natural, que solicita ao ser humano estar em grupo e manter-se nele, o tecido social busca medidas que possam manter o equilíbrio e a sintonia do grupo, a fim de que todos possam viver harmoniosamente no mesmo lugar, protegendo a si, uns aos outros e ao próprio grupo, e também para que se torne forte diante dos demais grupos.

Com essa perspectiva, mesmo nas primeiras sociedades tribais, já se apresentava de forma mesmo que embrionária, uma organização administrativa, não profissional, feita pelos próprios membros do grupo², com o fito de manter a coesão, e estabelecer a paz.

Por isso, a busca da paz, ou melhor, da pacificação social é tão antiga, quanto a própria história da humanidade. Por assim dizer, dá o conteúdo do direito, o qual no decorrer do tempo foi se transformando, conforme os reclamos sociais foram exigindo. Isso quer dizer, que a paz é um dos objetivos mais importantes do direito; mais que isso, é a sua finalidade, resume-se na pacificação da sociedade por meio de decisões juridicamente sustentáveis³, são normas que suprem a necessidade do hoje, sem afetar o amanhã.

A busca pela paz social é um tema de relevo que inquieta o mundo de ontem, de hoje, e provavelmente amanhã, dada a importância do assunto. Vem sendo pauta de muitas agendas globais, nacionais, estaduais e municipais, certamente uma preocupação de todos, pois a paz é um bem que deve ser preservado e equilibrado.

Nesse contexto, questiona-se qual ou quais seriam os meios mais eficazes de encontro dessa paz, de acesso à justiça e de sua efetividade, mas não só isso, o

¹ TERRA, Ricardo R. **A Política Tensa – Ideia e Realidade na Filosofia da História de Kant**. São Paulo: Iluminuras. 1995, p. 32-33.

² SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 38.

³ MALISKA, Marcos. Augusto. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 29.

que poderia ser feito para que esse acesso à pacificação seja garantido e efetivado, de maneira ampla e irrestrita.

Dessa forma, buscar-se-á a partir de uma análise histórica do conflito e suas formas de regulação, demonstrar que a conflituosidade é inerente à condição humana, e por isso é assunto de grande complexidade e subjetividade, dando justificativa para a pauta de discussão do acesso à justiça. Ainda, como a falta deste leva a outros problemas, como a inefetividade da cidadania dentro do Estado brasileiro.

O cenário internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas ONU)⁴ e nacional (Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988)⁵, têm apresentado legislações preocupadas com a garantia do acesso à justiça real, uma vez que, por muito tempo, ficou restrita a mero acesso formal ao Poder Judiciário, detentor da função precípua de dizer o direito.

Será demonstrado, a partir da doutrina pesquisada, que o processo é meio pelo qual os direitos são alcançados, pois é o meio que a jurisdição oferece aos cidadãos para o acesso formal ao Poder Judiciário.

A partir de um estudo sobre o tema acesso à justiça, será demonstrada a imbricação direta de sua falta na efetividade da cidadania no Brasil, demonstrando de forma não exauriente os obstáculos enfrentados pelo cidadão na busca do acesso à justiça no Brasil, uma verdadeira “*via crucis*” pela qual o brasileiro segue.

Nesse ponto, faz-se um parêntese para analisar os principais entraves encontrados pela doutrina no acesso à justiça, que por motivos óbvios em muitos pontos se entrelaçam com a atividade do Poder Judiciário. Esses entraves, os quais

⁴ Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15/10/2014

serão demonstrados, corroboram para o surgimento da crise do acesso à justiça no Brasil.

A partir da constatação de crise, serão propostas alternativas ao acesso à justiça, com o fito de que a satisfação do cidadão e a resolução do conflito devem ser a força motriz que impulsiona a justiça para algo além do fim da lide processual, para a construção real da paz a partir de uma participação conjunta das partes envolvidas.

Será demonstrado que a visão dominante no tempo de que o ritual do processo deve ser estático e formal, sob pena de se abrir caminho para uma justiça maternalista ou calorosa demais⁶, é equivocada.

Tal postura faz lembrar uma história de amor pela humanidade, a do médico Hunter Adams, retratada no clássico filme baseado em fatos. *Patch Adams – O Amor é Contagioso*⁷, remonta o apego à formalidade e intolerância da medicina na década de 1960, quando é revolucionada por um acadêmico de medicina, chamado Patch, que desejava interagir com seus pacientes, ou simplesmente ouvi-los, porque os enxergava como seres humanos e não como meros prontuários. A atitude que impactou a classe médica apegada às tradições levava-no a ser constantemente repreendido, fato que culminou na sua expulsão do curso de medicina às vésperas da formatura, por decisão da coordenação do curso, fundamentada na seguinte falta: apresentar “alegria excessiva”. A situação foi revertida pelo conselho de ética de medicina, em razão dessa alegria já ter contagiado boa parte do mundo acadêmico e médico, que já mostrava sinais da mudança.

Esse relato traz certa inquietação, pois quando na doutrina surge um termo como “calorosa demais”, tem-se a impressão de que a história de *Patch Adams* se repete, agora em outra seara, a do direito. Percebe-se claramente que as práticas alternativas à jurisdição encaixar-se-iam perfeitamente nessa descrição. Resta saber até que ponto os operadores do direito têm sido contagiados por esse calor, por essa sensibilidade, por essa “humanidade excessiva.”

Assim, a presente pesquisa questiona se o tratamento dos conflitos tem sido realizado de forma adequada e se isso tem proporcionado o acesso à justiça no

⁶ CARBONNIER, Jean. **Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual Judiciário**. In: _____ prefácio. GARAPON, Antoine. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 15.

⁷ PATCH ADAMS - O Amor é Contagioso. Produção de Tom Shadyac. Estados Unidos: Universal (UIP) 1998. DVD.

Brasil, tendo como significativa proposta, a realização da mediação como forma de tratamento adequado dos conflitos.

Derradeiramente, será demonstrado através da doutrina e de dados estatísticos que o sistema formal passa há muito por dificuldades e que as formas alternativas, hoje melhor descritas como “adequadas”, seriam meios mais eficazes de efetividade do acesso à justiça e garantia de cidadania, com vistas à humanização do sistema de justiça e com a preocupação com o indivíduo. Destacam-se dentre as práticas, o método da mediação que procura restabelecer o diálogo e fazer com que as próprias partes resolvam entre si o conflito.

Portanto, o presente trabalho divide-se em cinco capítulos:

O primeiro fala do conflito através da história e como a humanidade cuidou desses, buscando demonstrar que ao passar do tempo várias foram as formas e as entidades que cuidaram dessa resolução de contendas, trazendo alguns aspectos gerais quanto a sua judicialização e suas implicações na sociedade contemporânea.

No segundo capítulo, trata-se do acesso à justiça, bem como sobre cidadania e seu exercício, onde se tentará demonstrar que o significado de cidadania está muito aquém da mera escolha de representação política, está na base da vida social.

No terceiro, aborda-se a administração da justiça, traçando de maneira pontual os maiores entraves ao acesso à justiça que podem ser sociais, culturais, econômicos ou jurídicos, a possível base para a crise do acesso à justiça. Será demonstrado através de dados estatísticos que é crescente o número de demandas tramitando no Poder Judiciário já sobrecarregado, o que causa prejuízo ao acesso à justiça.

No quarto capítulo serão abordados temas como o tratamento adequado dos conflitos e será demonstrada sua importância para a efetivação dos direitos e a relevância do consenso no curso do processo como medida audaz e eficaz. Faz-se ainda de maneira sucinta uma explicação conceitual acerca de algumas práticas afins ao tema de estudo.

No quinto, abordar-se-á o tema principal da presente pesquisa, a mediação, a qual demonstrará ser um tratamento adequado para a resolução de conflitos, e que propicia garantia do acesso à justiça e efetividade da cidadania.

2 O CONFLITO NA SOCIEDADE HUMANA E SUA GESTÃO NO TEMPO

2.1 O Conflito no tempo: a natureza humana e as relações sociais

O ser humano, naturalmente ao agrupar-se com os seus iguais, estabelece relações perenes. Entretanto com o tempo e a convivência no grupo outros elementos são introduzidos nessas relações, e com isso percepções novas são criadas e conflitos são deflagrados⁸. É um processo que surge frente a qualquer situação de mudança,⁹ dando o tom da música que entoa a vida em sociedade, ou seja, mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança, todo o mundo é composto de mudança.¹⁰

A inteligência do ser humano leva à convivência em grupo, a qual é certamente o melhor meio para atingir seus objetivos e, por consequência, sobreviver, formando os diversos grupos sociais que nascem na família e passam por associações, grêmios, partidos políticos¹¹. É reflexo da condição humana, pois o ser humano é gregário e essa agregação com o passar do tempo, juntamente com todas as mudanças da sociedade, levam a transformação do pensamento, conduta, crença. Esse dinamismo faz com que a divergência principie, gerando o conflito.

A evolução social fez com que cada vez mais as pessoas tivessem acesso ao conhecimento e, a partir disso, aos direitos, alguns até então inimagináveis, proporcionando ao conflito algumas de suas causas¹². Esse pode ser caracterizado como divergência de opinião, ou interesse contrariado, algo inerente ao próprio ser humano que por sua natureza tem na disputa um caráter adversarial, defendendo sua opinião, e dificultando a percepção do interesse comum.¹³

Se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito – afinal, uma das mais vívidas interações e que, além disso, não pode ser exercida por

⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 05.

⁹ Idem, p. 05.

¹⁰ CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**. Direção Literária Dr. Álvaro Júlio da Costa Pimpão. P. 31. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000164.pdf>. Acesso em: 26 de jul. de 2015.

¹¹ CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 50.

¹² MACHADO, Anna Catharina Fraga. **A Mediação como um meio eficaz na solução de conflito**. In: _____ Mediação de Conflitos. Atlas: São Paulo, 2013, p. 26.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 21.

um indivíduo apenas – deve certamente ser considerado uma sociação. E de fato, os fatores de dissociação – ódio, inveja, necessidade, desejo - são causas do conflito; este irrompe devido a essas causas.¹⁴

Quando duas ou mais pessoas desejam um determinado bem que só pode satisfazer a uma, nasce o conflito, que não solucionado pelo acordo de vontades, leva a uma situação de desequilíbrio entre as partes¹⁵. Tal fato pode ser ainda mais claramente conceituado como a incompatibilidade, no sentido de que a satisfação da necessidade de uma das partes exclui ou limita a satisfação do outro, segundo Francesco Carnelutti¹⁶.

O crescimento populacional, a urbanização, as mudanças tecnológicas, políticas e sociais, a modernização, a internacionalização e a divisão de trabalho, são situações que levam ao aumento da interconexão entre os seres humanos¹⁷. Conseqüentemente, os desejos passam a divergir ou a convergir para um mesmo bem, e assim eclode o conflito.

Com toda certeza, vivemos os “tempos de kalyuga” que, na explicação dos hindus, é a era das máquinas, em que as pessoas se tornaram mecânicas; é a era da morte, em que presenciamos um sem-número de mortes súbitas e por acidente; é a era dos problemas e dos conflitos, notadamente no que concerne aos relacionamentos humanos, que se tornaram líquidos, fluidos, portanto, de fragilidade incomparável.¹⁸

Ainda no que tange a temática, o problema é quando o enfoque do conflito é adversarial. Há surdez para o que o outro fala, expressões de guarda e rebate para todos os argumentos, um verdadeiro movimento de ação e reação que agrava a situação em contenda, acirrando a polarização das posições em que cada parte se coloca¹⁹. Isto é, o indivíduo pressupõe uma determinada atitude do outro em relação a si (pressuposição que pode estar totalmente ou parcialmente errada), baseando-se nessa expectativa que orienta sua conduta, atitude propícia para o surgimento de

¹⁴ SIMMEL, Geog. **Sociologia**. (org.) (Trad.) FILHO, Evaristo de Moraes. (coord) FERNANDES, Florestan. São Paulo: Ática, 1983, p. 122.

¹⁵ CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr: 2001, p. 74.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: El Foro, 1997, 25

¹⁷ COLAIÁCOVO, Juan Carlos; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, Mediação e Arbitragem – Teoria e Prática**. Trad. Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense:, 1999, p. 29.

¹⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas alternativas de solução de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, p. 263, 2009. 30 de outubro de 2009, p. 264.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22.

consequências relativas ao desenvolvimento da ação e a forma de reação.²⁰ Portanto, são os interesses que motivam as pessoas, determinam as escolhas de posições, justificam as decisões tomadas, e ainda podem ser comuns, compatíveis ou conflitantes.²¹

A demanda por uma justa distribuição de bens materiais coloca e pauta a luta pela dignidade humana, pela integridade física e pelo reconhecimento do valor das diversas culturas e modos de vida²², pois o conflito está destinado a resolver dualismos divergentes. Para ele é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes, segundo George Simmel.²³

Todavia, estudos mais aprofundados das variáveis que geram, integram ou definem o conflito, determinam que devem ser analisadas a partir da relação de uma parte com a outra, da natureza da questão que dá origem ao conflito, do ambiente social em que ele ocorre, do público interessado, das estratégias empregadas pelas partes e das consequências para cada parte²⁴. Levando em consideração as variáveis apresentadas por Morton Deutsch, o conflito pode ser estudado por inteiro, e a partir disso tem-se um entendimento de por que ele nasce, como se desenvolve, e como pode ser resolvido.²⁵

No tocante às funções desempenhadas pelo conflito, podem ser consideradas positivas ou negativas. Isto significa que há um lado positivo, pois o conflito previne a estagnação do ser humano, estimula novos interesses e enseja a curiosidade, aprofundando a capacidade de cada um. Portanto, não permite que

²⁰ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 05.

²¹ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como Chegar ao Sim – A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p.59-60.

²² HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Traduzido por Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003,

²³ SIMMEL, Georg. **Sociologia**. (org.) (Trad.) FILHO, Evaristo de Moraes. (Coord) FERNANDES, Florestan. Ática: São Paulo, 1983, p. 122.

²⁴ DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes**. New Haven and London, 1973: Yale University Press. (Resenha) ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. In AZEVEDO, André Gomma (org). Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 432.

²⁵ Idem, p. 432.

homem pare no tempo, dando dinamismo à mecânica social e permitindo a transformação do ser humano.²⁶

Estagnação é antônimo de conflito, por isso este cumpre um papel fundamental na vida da humanidade, sobrevivendo em um mundo de recursos limitados que levam a entendê-lo como algo positivo. No entanto, ao dar esse viés hermenêutico ao tema, passa-se a ser mais adequada a utilização do termo gestão de conflitos, ao invés de solução de conflitos, como comumente se usa.²⁷

Com todas essas particularidades, o conflito não pode ser analisado somente sob a ótica da lógica do sistema²⁸. Ele é mais profundo, mais subjetivo, e deve ser tratado com cautela e de acordo com a sua especificidade, pois cada fato apresentado ao mundo do direito urge para algo além da norma. Por isso, não dá para reduzir o drama à lógica, sob o risco da falta de sensibilidade do julgador, potencializar a angústia do conflitante.²⁹

2.1.1 A Dinâmica dos Conflitos e sua gestão

O conflito não é algo novo na história da humanidade, esteve presente em todo caminho trilhado pelo homem desde a pré-história e certamente o acompanhará em tempos futuros. No entanto, essa temática transformou-se num constante motivo de inquietação, uma verdadeira “pedra no sapato” para a sociedade, que tem buscado incessantemente soluções para sua resolução/gestão. Estas já foram experimentadas com as mais variadas roupagens, mas no fundo todas se resumem em duas variações: *inter partes* (consenso ou força), ou através de terceiro (juiz ou árbitro).³⁰

O caminho trilhado pelo conflito na história do homem foi mudando de direção conforme a circunstância intersubjetiva, histórica, social, cultural e

²⁶ DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Construtive and Destrutive Processes**. New Haven and London, 1973: Yale University Press. (Resenha) ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. In: _____ Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 432.

²⁷ FIORELLI, José Osmir. FIORELLI, Maria Rosa. JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos. Teoria e Prática**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 6

²⁸ GESSINGER, Humberto. **Armas Químicas e Poemas**. Belo Horizonte: Coqueiro Verde Produções. 30 de Maio de 2014. Disco Insular. Estreia Produção e Canal Brasil.

²⁹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os Novos Direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar**. In: _____ Novos Direitos e Sociedade. São José: Conceito, 2010, p. 141.

³⁰ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 12.

econômica alterava-se. A história da humanidade foi vivenciada pelos ancestrais nômades que viviam da caça, da pesca e da coleta de mantimentos em um espaço ilimitado, onde os recursos eram maleáveis e os conflitos eram mediados pela comunidade coordenada em torno das lideranças comunitárias, numa sociedade de relações humanas pouco complexas e fortemente horizontalizadas.³¹

Contudo, essa vivência nômade do ser humano em um passado longínquo já demonstrava a existência de conflitos e que seus efeitos afetavam a harmonia do grupo, fazendo surgir a necessidade de se encontrar meios mais eficazes no restabelecimento da paz.

Essas contendas podiam ser familiares, de vizinhança, étnicas, comunitárias, governamentais e pelo seu caráter onipresente pautavam a resolução em meios que satisfizessem os interesses e minimizassem os custos³², uma “dupla perfeita”. Convém lembrar sobre esse período histórico que com o crescimento populacional da humanidade veio a escassez de bens, mola propulsora para o aumento desses conflitos, uns com consequências catastróficas, vide as guerras, extermínios em massa, enfim, violência e morte.³³

Passado um primeiro momento histórico, algumas comunidades passaram a sobreviver por meio da agricultura e da pecuária, a chamada revolução agrícola. Pouco depois, a história da humanidade conta que cabia à plebe somente os deveres e obrigações, inclusive os de guerrear em defesa de interesses alheios; aos nobres, eram destinados os direitos e privilégios. A partir disso a coercitividade difusa das sociedades primitivas foi sendo substituída por um direito tradicional, convencional, em que a norma era elaborada por um poder central, constituindo uma ‘ética da lei’, enquanto outorga de expectativa generalizada de comportamento.³⁴

No entanto, com a Revolução Industrial o comércio cresceu junto com a cultura escrita, expandindo-se através da imprensa e das atividades terciárias que fomentaram uma crescente concentração das populações em cidades cada vez

³¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. Modelos, processos, ética e aplicações.** 3ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 26.

³² MOORE, Christopher W. **El Proceso de Mediación – Métodos prácticos para la resolución de conflictos.** Ediciones Granica: Buenos Aires, 1995, p. 25.

³³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 15.

³⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. Modelos, processos, ética e aplicações.** 3ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 27.

maiores, numerosas e complexas. Ampliou-se substancialmente a complexidade e a conflituosidade das relações interpessoais e interinstitucionais.³⁵

Contudo, os conflitos fazem parte do processo de integração social do indivíduo, gerando as mudanças e transformações que estão diretamente ligadas às modificações do direito e sua aplicação na sociedade³⁶. Assim, depreende-se que o rompimento do equilíbrio pode parecer negativo para quem está em conflito, no entanto, é algo próprio da evolução humana.³⁷

As ideologias, imaginários, ilusórios, preconceitos e paradigmas sociais existentes são substituídos por outros de uma maneira tão rápida que as pessoas muitas vezes se surpreendem como dinamismo. Esta situação acaba por promover mudanças permanentes na forma de sociabilidade entre os indivíduos pertencentes à população de uma cidade, região, comunidade ou sociedade. Resulta em um convívio diversificado oferecido pelas múltiplas inter-relações entre os indivíduos e acaba por se constituir em uma fonte inesgotável de conflitos que exigem respostas imediatas para que a convivência seja baseada no respeito, reconhecimento do sujeito de direitos.³⁸

Desta feita, etimologicamente “a palavra conflito, derivada do latim *conflictu*, diz respeito a combate, discussão, discórdia”³⁹, ou melhor, a controvérsia é um elemento essencial da vida em sociedade⁴⁰, pois a noção de conflito não é uníssona, tem raiz etimológica na ideia de choque, contraposição de ideias, palavras, ideologias, valores, e é preciso que as forças confrontantes sejam dinâmicas, um verdadeiro sentido de ação e reação.⁴¹

O papel do conflito tem mudado de face. Antes era algo negativo e que devia ser exterminado, hoje já é visto de maneira sistêmica, pois, “a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o

³⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. Modelos, processos, ética e aplicações**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 30.

³⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.44.

³⁷ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 05.

³⁸ NETO, Adolfo Braga. **Direitos Humanos, Reconhecimento do Sujeito de Direitos e Mediação de Conflitos Individuais e Coletivos**. In: _____ Mediação e Direitos Humanos – Temas Atuais e Controvertidos. São Paulo: LTr, 2014, p. 21-22.

³⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 134.

⁴¹ Op. cit. p. 45.

conflito. O conflito, quando bem conduzido, evita a violência e pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo.”⁴²

Logo, o universo precisa de amor e ódio, do contraditório, das forças da atração e das forças da repulsão, como também a sociedade precisa de uma certa configuração com quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição.⁴³

Cuando los intereses pertenecen a personas distintas (conflicto intersubjetiva), su incompatibilidad constituye un peligro, pero no todavía un daño para la paz, ya que puede ocurrir o que uno de los interesados tolera la insatisfacción o entre ellos medie un acuerdo. El peligro se transforma en daño cuando, no verificándose ninguna de las hipótesis recién imaginadas, los interesados pasen a ser *contendientes*, en cuanto cada uno de ellos exige que se satisfaga su interés.⁴⁴

Os juízes decidem atendendo às formas do enunciado pelas partes (ou pretendido na demanda ou na contestação), atendendo às formas de enunciado (ou pretendido) e não às intenções, (intenções, desejos, querereres) dos enunciantes, pois nem sempre o que se diz revela o que se quer. Muitas vezes o que se diz esconde o verdadeiro querer.⁴⁵

Então, conflito é um choque de posições divergentes, ou seja, de intenções, condutas diferentes, que aparecem num momento de mudança na vida de uma ou de ambas as partes. E de forma simplista, pode-se dizer que o conflito é o resultado normal das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades.⁴⁶

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 24.

⁴³ SIMMEL, Geog. **Sociologia**. (org.) (Trad.) FILHO, Evaristo de Moraes. (coord) FERNANDES, Florestan. Ática: São Paulo, 1983, p. 124.

⁴⁴ Quando os interesses pertencem a pessoas diferentes (conflito intersubjetivo), sua incompatibilidade constitui um perigo, mas ainda nenhum dano para a paz, já que pode acontecer quando uma das partes tolera insatisfação ou entre eles um acordo é mediado. O perigo se transforma em dano quando não se verificar qualquer uma das hipóteses recém-imaginados, e os interessados tornam-se conflitantes, e cada um queira que seu interesse seja satisfeito. (Tradução livre) CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: El Foro, 1997, 25.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressões, 1999, p. 12.

⁴⁶ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 05.

O conflito é uma indústria em crescimento,⁴⁷ cada vez mais tem ficado evidente a dificuldade da sociedade em resolver as suas próprias divergências, levando a busca de soluções para além das partes, com a utilização da figura do terceiro negociador.

Essa sociedade conflituosa na sua trajetória histórica tem reinventado meios para resolver suas contendas, com o fito utópico de resolver a crise do Poder Judiciário⁴⁸ (órgão detentor do poder de dizer o direito, tema ainda a ser abordado no presente trabalho).

Por conseguinte, várias tentativas têm sido feitas nessa busca insana de criação do meio perfeito, da forma mais adequada, mais eficaz de pacificação social. Entretanto, a sociedade em seu dinamismo, recria velhos meios, aposenta novos, e vai se reinventando e deixando para trás novos velhos sistemas de resolução de conflitos e velhas novas formas de resolver suas contendas.

2.1.2 A Construção da Lide: as relações sociais em conflito e o caminho trilhado até a jurisdição.

O conflito é um dado sociológico que antecede a lide, e é relevante na medida em que nem todo conflito vai parar em juízo.⁴⁹

El conflicto actual de intereses se denomina litis. La terminología a este respecto no está consolidada todavía; ciertamente, antes de que se propusiese su empleo, con un significado científico preciso, la palabra se utilizaba en más de un significado, tanto para denotar el conflicto de intereses para cuya composición opera el proceso, como para denotar el proceso mismo; [...].⁵⁰

Consequentemente, o processo pode ser definido como um conflito de

⁴⁷ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como Chegar ao Sim – A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p.15.

⁴⁸ Nomenclatura empregada para a dificuldade do judiciário em solucionar os conflitos que chegam ao poder.

⁴⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 5. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009, iBooks. Disponível em <https://itunes.apple.com/WebObjects/MZStore.woa/wa/viewBook?id=085C56E9C2D0EABC77C6813D2781026B>. Acesso em 29 de jun. de 2015, p. 39.

⁵⁰ O atual conflito de interesse é chamado litígio. A terminologia, a este respeito ainda não está consolidada; certamente, antes de se propor seu emprego, com um significado científico preciso, a palavra é usada em mais de um significado, tanto para designar o conflito de interesses como para a composição que se opera no o processo opera, como para designar o próprio processo. (Tradução livre) CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: El Foro, 1997, 28

interesses avaliado por uma reivindicação resistida. Esse conflito de interesses é o elemento material, objetivo e a força o seu elemento formal, pois a natureza contenciosa do processo não se deve, em vista disso, ao conflito de interesses que reclama a função repressiva do direito. Deve-se ao estudo do processo contencioso do ponto de vista funcional, comprometendo-se com a investigação sobre não o que é o conflito de interesses, mas sua relevância.⁵¹

Lhamamos derecho (objetivo; ordenamento jurídico) al conjunto de los mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros. El derecho se constituye mediante la formulación de los preceptos y la imposición de las sanciones. Se *observa* mediante una conducta de los interesados conforme a los preceptos; se *actúa* mediante una fuerza que somete a las sanciones a los interesados rebeldes a su observancia.⁵²

É importante trazer à baila que os conflitos que levam aos litígios estão em todos os tipos de relacionamentos, para os quais vários fatores contribuem como a diversificação das aspirações de indivíduos e grupos, aumento de complexidade dos afazeres, conscientização das pessoas em relação a seus direitos, surgimento de tecnologias que despertam para novas possibilidades.⁵³

O conflito nasce no seio da sociedade e pode se transformar em uma lide. Por isso leva a ser visto somente sob a lente desta e não do conflito em si, e essa diferença deve ser levada em conta, quando da análise da divergência para um tratamento mais adequado.

O conceito jurídico de conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo. Os juristas pensam que o conflito é algo que tem que ser evitado. Eles o redefinem pensando-o como litígio, como controvérsia. Uma controvérsia que, por outro lado, se reduz a questões de direito ou patrimônio. Jamais os juristas pensam o conflito em termos de satisfação.⁵⁴

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: El Foro, 1997, 27-28.

⁵² Chamamos direito (objetivo, ordenamento legal) o conjunto de mandatos legais (preceitos sancionados) que consistem em assegurar, dentro de um grupo social (Estado), a paz ameaçada por conflitos de Interesses entre os membros. O direito é constituído pela formulação das regras e a imposição de sanções. Se observados pela conduta das partes interessadas, em conformidade com os preceitos; ele age por uma força que sujeita a observância dos rebeldes às sanções. (Tradução livre) CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: El Foro, 1997, 21

⁵³ FIORELLI, José Osmir. FIORELLI, Maria Rosa. JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos. Teoria e Prática**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 5-6

⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador**. V. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 61.

Nesse sentido, conflito deve ser tratado de maneira adequada, identificando-o, compreendendo-o, interpretando-o e utilizando-o para benefício de cada indivíduo, das famílias, dos grupos sociais, das organizações e, enfim, da sociedade como um todo.⁵⁵

Los desacuerdos y los problemas pueden originarse en casi todas las relaciones. La mayoría de los desacuerdos suelen resolverse informalmente. La gente a menudo se *evita* mutuamente, porque carece del poder necesario para obligar a un cambio, por que no cree en la posibilidad de un cambio para mejorar, o porque el tema no es tan importante.⁵⁶

As partes em conflito são ligadas ao processo pelo litígio, o qual é relevante enquanto meio de evolução/transformação social. Contudo, convém ressaltar que cada conflito envolve também uma relação de poder⁵⁷ (um ganha, outro perde), e é essa relação que deve ser analisada como pano de fundo durante a resolução da divergência. Uma vez deixadas as questões superficiais da contenda de lado, pode-se chegar ao seu fato gerador, e, assim, trabalhá-lo com o intuito de se chegar à verdadeira paz.

2.1.3 O Estado como Ente Regulador do Conflito: A justiça pública em substituição à Privada.

A história da humanidade tinha de início os conflitos solucionados pela atuação das divindades, quando os deuses por meio dos sacerdotes e suas relações místico-religiosas, resolviam as contendas⁵⁸. Porém mesmo nas sociedades primitivas, fazia-se necessário a existência de parâmetros que pudessem reger e organizar a vida comunitária, regras para a vida em comum, com fixação de direitos;

⁵⁵ FIORELLI, José Osmir. FIORELLI, Maria Rosa. JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos. Teoria e Prática**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 6.

⁵⁶ Desentendimentos e problemas podem surgir em quase todo relacionamento. A maioria das discordâncias são normalmente resolvidas informalmente. As pessoas muitas vezes evitam um ao outro, porque, carece-lhes o poder necessário para forçar a mudança, por que não acreditam na possibilidade de uma mudança para melhor, ou porque o assunto, não é tão importante. (Tradução livre) MOORE, Christopher W. **El Proceso de Mediacion – Métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Ediciones Granica, 1995, p. 30-31.

⁵⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59.

⁵⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 14.

assim, em cada variação significativa da ordem jurídica, o direito reconstruiu seus próprios princípios e expandiu sua diferenciação.⁵⁹

Quando nascem os grupos sociais também nascem as normas de organização de conduta dos indivíduos da sociedade, pois toda convivência gera algum tipo de perturbação e se faz necessária a existência de regras destinadas a fixação de limites de atuação das pessoas, para fins de conservação dessa própria sociedade.⁶⁰

Com o tempo e o crescimento populacional, foi surgindo o primeiro grupo que sobrevivia naturalmente, convivendo com os atritos rotineiros. Depois, as primeiras descobertas da inteligência: o fogo, o som, o artesanato... E novas necessidades... A preservação da vida, a convivência pacífica, a organização dos costumes, as leis.⁶¹

Nos primórdios da história, não havia a figura do Estado como ente centralizador do poder e das decisões⁶², pois em um estágio inicial as relações sociais mostravam uma unidade indiferenciada de forças convergentes e divergentes, passando a um futuro de maneira inteiramente distinta.⁶³

Até o século XIII havia grupos de fidalgos na Europa central que constituíam um tipo de conselho do príncipe, com interesses comuns ao do soberano, e vivendo como hóspedes da corte, como ocorria na Inglaterra, onde o parlamento não era diferente de um conselho ampliado do rei, o qual não gerava oposição.⁶⁴

Geralmente, na medida em que o problema é a cristalização de instituições, cuja tarefa é resolver o problema crescentemente complexo e intrincado do equilíbrio no interior de um grupo, muitas vezes não é claro se a cooperação de forças em benefício do todo toma a forma de oposição, competição ou crítica, ou de explícita união e harmonia. Existe assim uma fase de indiferenciação inicial que, vista de uma fase diferenciada posterior, parece logicamente contraditória, mas que está totalmente de acordo com o estágio não desenvolvido da organização.

As relações subjetivas ou pessoais se desenvolvem, frequentemente, de maneira inversa, porque é no início dos períodos culturais nos quais costuma ser relativamente grande o poder de decidir por amizade ou inimizade. Relações incompletas e equivocadas entre as pessoas – relações

⁵⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 13.

⁶⁰ CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 50.

⁶¹ Op. cit., p. 13.

⁶² WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 78.

⁶³ SIMMEL, Georg. **Sociologia**. (org.) (Trad.) FILHO, Evaristo de Moraes. (coord) FERNANDES, Florestan. São Paulo: Ática, 1983, p. 131.

⁶⁴ Idem, p. 131.

que têm suas raízes em condições duvidosas de sentimento, cujo resultado pode ser o ódio, quase tão facilmente como o amor, ou cujo caráter indiferenciado é às vezes revelado pela oscilação entre os dois – tais relações são encontradas com frequência maior em períodos de maturidade e decadência do que nos períodos iniciais.⁶⁵

2.1.3.1 Autodefesa

Desse modo, depois de uma sociedade sem Estado veio um período em que este apareceu timidamente uma figura ilustrativa, para o qual os conflitos no seio da sociedade eram resolvidos instintivamente. Quer dizer: a parte interessada em satisfazer seus direitos buscava sua satisfação através do uso da força, impondo sua vontade a do outro. Era a chamada autodefesa ou mais conhecida como autotutela, falava mais alto o peso da força, o poder de coação, ficando em segundo plano qualquer parâmetro de justiça ou, em outras palavras, era busca da justiça pelas próprias mãos.⁶⁶

Los hombres, que en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios; pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultanda otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia.⁶⁷

A autodefesa nada mais é do que quando uma das partes ou as duas intencionam resolver o conflito mediante ação direta ao invés de procurar o Estado,

⁶⁵ SIMMEL, Geog. **Sociologia**. (org.) (Trad.) FILHO, Evaristo de Moraes. (coord) FERNANDES, Florestan. São Paulo: Ática, 1983, p. 131,

⁶⁶ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 78.

⁶⁷ Os homens, em seu estado natural primitivo não reconhecem ninguém superior, que pudesse defendê-los de insultos, opressão e violência, estavam conseqüentemente, autorizados a fazê-lo por conta própria: a experiência os fez entender os graves danos que esses meios levavam; ou porque eles não podiam se defender, ou excedendo os limites adequados a serem preservados, agravavam-se os distúrbios, a que levavam a maiores desavenças, como lesões e mortes; buscando outros meios susceptíveis de melhorar a segurança dos seus povos, sem os riscos acima, concorda participar em parcerias, confiando em sua defesa e todos os seus direitos para uma pessoa que olhasse por eles de forma imparcial, distribuindo seus direitos e conservando-os, em paz e justiça. (Tradução livre) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposicion y Autodefensa – Contribución al estudio de los fines del proceso**. 3. Ed. México: Universidade Nacional Autonoma de Mexico, 1991, reimp. 2000, p. 51-52.

através do processo⁶⁸. É por esse motivo que surge a ideia de monopólio estatal, exatamente para delimitar o poder do mais forte, e com isso evitar abusos e a aplicação generalizada da autotutela no âmbito privado.⁶⁹

Os povos obtiveram uma formação étnica que levou a tornarem-se ultrapassados os conceitos primitivos, evoluindo a um patamar de costumes, os quais viriam a constituir as primeiras leis, as primeiras expressões reais de normas de procedimento. Com o passar do tempo, estas foram reunidas para que não existissem isoladamente, passando a fazer parte de sistemas harmoniosos e elaborados de codificação.⁷⁰

A disciplina das relações dos homens entre si data de muito tempo, pois os primeiros conjuntos de leis agrupadas, primeiros códigos, primeiras legislações teria sido a Legislação Mosaica, atribuída a Moisés; após, Código de Hamurabi, feito pelo rei da Babilônia; Código de Manu, que representa o Direito da Índia; Lei das XII Tábuas; Legislação Romana, fonte de todo o direito público e privado; Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁷¹

À medida que as sociedades foram se complexificando, produziu-se uma normatização mínima de condutas viabilizadoras e reguladoras do convívio harmônico entre os integrantes dos grupos sociais, implicando também a elaboração de instrumentos que as possam fazer valer. Assim, as primeiras manifestações do hoje nominado direito de agir antecedem ao próprio Estado, quando a justiça era obtida mediante a defesa privada dos interesses, reflexo da lei de Talião.⁷²

Ainda nas comunidades primitivas percebe-se um caráter embrionário de jurisdição, uma vez que determinados indivíduos, em detrimento de outros, tinham permissão para praticar atos coercitivos em certas circunstâncias, balizados pelo direito vigente da comunidade. Isso quer dizer que o sujeito ou o grupo cujo direito

⁶⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposicion y Autodefensa – Contribución al estudio de los fines del proceso**. 3. Ed. México : Universidade Nacional Autonoma de Mexico, 1991, reimp. 2000, p. 50-51.

⁶⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. BIANCHINI, Alves. GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

⁷⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 14.

⁷¹ Idem, p. 14.

⁷² MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 57.

foi violado é autorizado a empregar a força contra o responsável pela violação do direito.⁷³

Embora no direito primitivo predomine o princípio da autotutela, o ato coercitivo que não é considerado delito, como a vingança de sangue, tem o caráter de sanção e é interpretado como reação da comunidade jurídica contra o transgressor responsável pelo delito e seu grupo. Uma vez que a autotutela é reconhecida como princípio jurídico, que sua execução é concebida como ação da comunidade jurídica e sanção contra o delinquente, ela é o exercício do monopólio comunitário da força.⁷⁴

O direito não se realiza plenamente com a criação da lei, pois segundo Enrico Tulio Liebman, ela dita as regras de conduta da sociedade, mas com um conteúdo abstrato e geral que necessita de uma estreita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; ou melhor, é necessário sempre que falte a observação espontânea, e seja caso a caso aplicados os meios de coerção de condutas que transgridam essas regras.⁷⁵

Em um segundo momento histórico, surge o instituto da autocomposição, que apesar de ser uma forma autônoma de solução de conflitos, na qual os titulares do poder de decidir a lide são as partes e nesse sentido assemelha-se a autotutela, não há o uso da força, e sim maior eficiência no quesito comprometimento dos interesses. Isso porque a base da solução fica em fatores persuasivos e consensuais, em que as partes renunciam o seu direito em todo ou em parte, de tal forma que obtêm soluções mais duradouras por serem satisfeitas as suas vontades, mesmo quando a solução tem caráter parcial, como a desistência, submissão, transação.⁷⁶

2.1.3.2 Monopólio do Estado

Surge a figura ativa do Estado, a qual passa a resolver os litígios com base em critérios próprios, constituindo uma forma precária de solução de conflitos⁷⁷. Aos poucos, conforme as relações sociais foram ficando mais sofisticadas, a instituição

⁷³ KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 03-04.

⁷⁴ Ibid, p. 04.

⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. Trad. DINAMARCO, Candido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 03.

⁷⁶ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressões, 1999, p. 79.

⁷⁷ Ibid, p. 78.

estatal de monopólio da aplicação do direito (jurisdição) aparece, ainda que primitivamente, e mune-se do poder de coerção.⁷⁸

De maneira proporcional e gradual esse novo modelo vai tirando de cena a justiça privada, que na época era considerada a garantia e execução pessoal do direito, surgida pela falta de um poder central organizado. Contudo, tal justiça era um “poço de insegurança”, pois lhe faltavam garantias de imparcialidade e neutralidade no momento de sua aplicação.⁷⁹

A denominação de Estado com definição de situação permanente, ligada principalmente às formações sociais-políticas foi utilizada pela primeira vez em 1513, na obra de Maquiavel.⁸⁰

Já na idade média, o processo germânico conserva o caráter primitivo, ou seja, como meio de pacificação social, com a função de dirimir as contendas mais do que realmente decidi-las, fazendo a solução ser efetiva, dando ênfase a solenidade empregada ao direito, local onde o povo encontra uma expressão superior, ato imparcial divindade.⁸¹

É importante lembrar que o Estado busca garantir o exercício das liberdades fundamentais pelos cidadãos, promovendo o bem comum. Assim o Estado Social obtido na segunda metade do século XX, representou um avanço sobre o Estado Liberal, com ênfase à solidariedade como exigência de igualdade de todos os cidadãos no exercício das liberdades fundamentais.⁸²

O Estado moderno seria o tipo mais perfeito de ordem social, segundo Hans Kelsen, pois instaura o monopólio comunitário da força, perfectibilizando-se na centralização do emprego da força, pois no Estado a pacificação das relações entre os indivíduos, paz nacional, é alcançada no mais alto grau.⁸³

É da natureza humana buscar guarida no ventre dos grupos sociais por ela mesmo construída. Assim, com o pertencer a um agregado social surgiu a

⁷⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012, p. 57.

⁷⁹ Ibid, p. 57-58.

⁸⁰ BOTH, L. J. R. G. **A Polícia no Cotidiano Escolar: Um Estudo a partir da Patrulha Escolar do Paraná**. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2012, p. 67.

⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Trad. Jose Casáis y Santaló. Tomo I. 3 ed. Madrid: Editorial Reus (S.A), 1922, p. 01.

⁸² SILVEIRA, José Luiz Gonçalves. MELLO, Filipe. **Paz, um Direito do Cidadão: o Direito Humano à Paz**. Blumenau: Nova Letra, 2008, p.33.

⁸³ KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 04.

necessidade de elaborar normas de conduta que garantissem a harmonia, pois a vida em sociedade envolve a aquisição de conhecimentos, de hábitos e de sentimentos próprios, e a partir disso, os homens passam a criar conceitos de Direito, de Equidade e de Justiça.⁸⁴

Neste sentido, o Estado contemporâneo constitui-se da própria sociedade vivendo sob leis instituídas pelo poder soberano e pactuadas por aquela. Os indivíduos que constituem a ordem social sob determinadas regras, valores, costumes, tradições, transferem ao poder soberano – vontade geral, pessoa moral, coletividade livre, corpo político de cidadãos – a exclusividade para o uso da violência, da vingança contra os crimes, da regulamentação dos contratos econômicos, de casamento, de sucessão, assim como, da instituição jurídica da propriedade privada. Por meio de instituições públicas ao Estado é atribuído o poder de promulgar e aplicar leis, definir e garantir a propriedade privada, exigir a obediência incondicional dos governados. Os indivíduos constituintes da ordem social compactuam, sob a égide do contrato social, a perda da total liberdade para ganhar a solidariedade social, consolidando relações políticas que nada mais são do que a participação no poder ou a luta para influir na distribuição do poder.⁸⁵

A complexidade do relacionamento humano leva a sociedade formar a base da criação do direito, como ente formador de limites impostos por autoridades legisladoras, em que os agrupamentos sociais vão se organizando em grupos maiores, com governos e legislações próprias.⁸⁶

O Direito, porém, não é criado pela sociedade, e, sim, a sociedade é o meio que possibilita o desenvolvimento do Direito que procura manter sua organização, dirigindo os mecanismos para a preservação da paz e da harmonia comunitária, como sustento de um Estado democrático.⁸⁷

Quanto ao direito subjetivo em sentido próprio, pode-se definir como as normas que são dirigidas à conservação do indivíduo, a exemplo do direito à vida, honra, liberdade. Pode-se chamar de direitos subjetivos aquelas faculdades particulares, onde se manifestam os direitos gerais de liberdade, personalidade, cidadania, ou melhor, aquelas que são inerentes a todos os homens ou a todos os

⁸⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 14.

⁸⁵ BOTH, L. J. R. G. **A Polícia no Cotidiano Escolar: Um Estudo a partir da Patrulha Escolar do Paraná**. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012, p. 69.

⁸⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 16.

⁸⁷ *Ibid*, p. 15.

cidadãos.⁸⁸

No tocante, ao direito objetivo, Chiovenda o define em sentido amplo, como a manifestação da vontade coletiva encaminhada para reger a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos, sendo o próprio fim do Estado, qual seja: prover a conservação dos sujeitos do direito, assim como a sua organização política e seus bens próprios, e regular a atribuição de bens da vida dos particulares⁸⁹

El Estado puede asumir la distribución de estos bienes, o limitarse a reconocer la actividad del individuo en cuanto se dirige a Ellos y tutelar sus resultados, limitando en correspondencia la libertad de los demás; pero siempre el reconocimiento por parte de la voluntad del Estado confiere una eficacia especial a la inclinación del particular hacia aquellos bienes.⁹⁰

É relevante dizer que a característica essencial do direito como ordem coercitiva é estabelecer o monopólio comunitário da força⁹¹. Assim, o Estado veio como ente regulador do conflito, seja evitando-o ou eliminando-o⁹². Contudo, o conflito pode ser gerado por situações em que as pessoas desejam para si determinado bem e não podem tê-lo, seja porque aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque o próprio direito proíbe.⁹³

O homem vive em constante interação, estabelecendo relações de coordenação, subordinação, integração e delimitação. Estas nem sempre estão em conformidade com as normas jurídicas, ou com as regras de conduta editadas pelo Estado⁹⁴, justificando sua posição de ente regulador das relações conflituosas⁹⁵, ou

⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Trad. Jose Casáis y Santaló. Tomo I. 3 ed. Madrid: Editorial Reus (S.A), 1922, p. 01.

⁸⁹ *Ibid*, p. 43-44.

⁹⁰ O Estado pode assumir a distribuição desses bens, ou simplesmente reconhecer a atividade do indivíduo, enquanto se dirige a eles e proteger os seus resultados, limitando em correspondência a liberdade dos outros; mas sempre o reconhecimento por vontade do Estado confere uma especial eficácia a inclinação do particular aqueles produtos (Tradução Livre). CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Trad. Jose Casáis y Santaló. Tomo I. 3 ed. Madrid: Editorial Reus (S.A), 1922, p. 43-44.

⁹¹ KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 03.

⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25.

⁹³ *Idem*, p. 25.

⁹⁴ CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 74.

⁹⁵ A presente pesquisa pauta-se na busca de meios realmente eficazes para a solução de conflitos, entende que o Estado tem papel preponderante na colocação à disposição da sociedade esses meios, então se entendeu necessário somente trazer de maneira não exaustiva a doutrina que fala sobre a justificativa do papel do Estado como ente regulador dos conflitos sociais, mas sucinta e conceitual.

ainda que os homens em estado de natureza nascem iguais, mas com o tempo perdem esse status, que só é restabelecido pelas leis.⁹⁶

Pois, para Immanuel Kant, “o estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), que é antes um estado de Guerra, isto é, ainda que nem sempre haja uma eclosão de hostilidades, é contudo uma permanente ameaça disso.”⁹⁷

A paz é garantida pela natureza, pois através da divergência surge a harmonia, mesmo contra sua vontade, pois foi essa natureza que providenciou a vida, as condições primárias de existência, e pela guerra levou os homens a habitar regiões inóspitas, e constituir relações legais e a ascender ao reino moral.⁹⁸

Os homens são iguais e assim devem ser reconhecidos por natureza. Para a manutenção da paz é preciso reconhecer que certos privilégios podem ser dados a alguns em detrimento de outros (governo), contrariando a própria natureza do homem. Por certo é impossível todos fazerem o que bem entendem, isto é, devem renunciar algumas liberdades e manter outras básicas, como governar o próprio corpo.⁹⁹

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros) ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária [...] das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais, [...].¹⁰⁰

O indivíduo espera alguma atitude do outro, e nessa expectativa pauta sua ação, presunção tal que pode estar certa ou errada, gerando o conflito, o qual é consequência dessas presunções¹⁰¹. Assim, nasce a importância do direito, que surge como organizador das relações humanas predispostas à existência de

⁹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (1689-1755) **O Espírito das Leis**. Trad. Christina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 123.

⁹⁷ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução e prefácio de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008, p. 13.

⁹⁸ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. "As condições de possibilidade de efetivação da paz perpétua segundo Kant." *Revista Opinião Filosófica* 1.2 (2011): 118-133, p. 130.

⁹⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. (1588-1679) 2 ed. Trad. Rosina D' Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012. P. 126.

¹⁰⁰ Ibid, p. 136.

¹⁰¹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 05-07.

conflitos, constituindo fator preponderante para a realização de mudanças individuais e coletivas.¹⁰²

O direito é o meio encontrado pela sociedade para definir o comportamento entre os homens, segundo Rozane da Rosa Cachapuz, tornando previsíveis as condutas alheias, adequando as condutas próprias, proporcionando segurança, e, através dela, a colaboração interindividual necessária à consecução dos fins sociais.¹⁰³

O resultado da confrontação dos objetos que em diferentes povos e em diferentes épocas são designados pelo Direito, é de que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.¹⁰⁴

A formação do direito tem estreita ligação com a atmosfera social onde se encontra, e em interação permanente com a realidade que o sustenta, pois muitas vezes é resultante de fatores que lhe são estranhos, e não pode ser entendido isolado do contexto social, uma vez que favorece certas instituições e aniquila outras.¹⁰⁵

Nos EUA, houve um significativo envolvimento do Estado e, em especial, do Poder Judiciário, em reformas sociais e estruturais. O movimento dos direitos civis em 1940 se voltou às Cortes Federais, que foi sede de interpretações constitucionais que mudaram o percurso da história em relação a variadas questões, como a igualdade racial e dignidade humana.¹⁰⁶

A partir da judicialização dos conflitos as contendas passam a ser resolvidas pelo Estado, órgão detentor do monopólio de resolução, em que as partes envolvidas passam a ser sujeitos de direito, perdendo o reconhecimento do outro, no fenômeno chamado terceirização do conflito. Neste fica adstrito a um agente externo solucionador, que passa a geri-lo, impossibilitando as interferências das partes, que

¹⁰² LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense:, 2012, p. 05-07.

¹⁰³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 15.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1987, p. 34.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 15.

¹⁰⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA – Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 77.

perdem a liberdade de condução, agora sob pálio do Estado e dos representantes legais.¹⁰⁷

2.1.3.3.1 Jurisdição

O conceito de jurisdição diz que é a atuação do Estado-Juiz de dizer o direito, ou seja, aplicar ao caso concreto o direito adequado de acordo com o litígio trazido pelas partes¹⁰⁸. Entretanto, com a mudança do paradigma vigente, nasce a jurisdição vista a partir da concepção de que esta é parte do ente Estatal, sendo literalmente uma das funções do mesmo. Através dela (jurisdição) entra em cena como substituto dos titulares dos interesses envolvidos, com papel de gerenciador da disputa, firmando a vontade do direito objetivo regente da lide, imparcial e neutro.¹⁰⁹

Quando surge o conflito, a paz social é violada, e o restabelecimento desta cabe aos envolvidos e ao Estado, que assumiu o papel de ente regulador, através de atos que podem ser de uma das partes, de ambas ou por interferência de terceiro.¹¹⁰

O Estado coloca à disposição do cidadão meios destinados a restaurar a paz social, quando esta seja por qualquer forma rompida. Desde que chamou a si a função de compor os conflitos através de seu poder jurisdicional, paralelamente dotou o ordenamento jurídico de instrumentos capazes de propiciar a implementação de sua função.¹¹¹

A importância da função do Estado no monopólio jurisdicional, segundo Roberto Portugal Bacellar, está no fato de que assegura aos cidadãos a tranquilidade de não precisar se armar para a luta ou fazer valer seus direitos por meio do exercício da força, utilizando velhos meios como a autotutela. O Estado

¹⁰⁷ NETO, Adolfo Braga. **Direitos Humanos, Reconhecimento do Sujeito de Direitos e Mediação de Conflitos Individuais e Coletivos**. In JUNIOR, Antonio Rodrigues de Freitas. (Coord) JUNIOR, Marco Aurélio Serau (Org.) *Mediação e Direitos Humanos – Temas Atuais e Controvertidos*. LTr: São Paulo, 2014, p. 21.

¹⁰⁸ MACHADO, Anna Catharina Fraga. **A Mediação como um meio eficaz na solução de conflito**. (in) SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org). *Mediação de Conflitos*. Atlas: São Paulo, 2013, p. 26.

¹⁰⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

¹¹⁰ CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. LTr: São Paulo, 2001, p. 74.

¹¹¹ Idem, p. 74.

passar a compor conflitos e manter a convivência pacífica entre as pessoas que não mais precisam medir forças como faziam em tempos passados.¹¹²

No entanto, a dificuldade está quando o Estado, apesar de deter o monopólio, não consegue assegurar essa tranquilidade aos cidadãos, que passam a vê-lo com reservas e muita desconfiança.

A paz é um estado caracterizado pela ausência de força. Em uma sociedade organizada, entretanto, a ausência absoluta de força – a ideia do anarquismo – não é possível. O emprego da força na relação entre indivíduos é prevenido quando reservado à sociedade. Para garantir a paz, a ordem social não exclui todos os tipos de atos coercitivos; ela autoriza determinados indivíduos a praticar esses atos de acordo com determinadas condições.¹¹³

Ao assegurar o acesso à justiça, o Poder Judiciário promove o ajuste de interesses com a resolução da lide. Lembrando que a lide é proveniente do descumprimento da lei, abuso, desrespeito a convenções e quebra de princípios¹¹⁴. Infelizmente, esse ajuste parte do juiz interventor em conformação com o direito vigente através de uma sanção ao “mal” produzido, no caso da obrigação não cumprida, mediante a mudança de patrimônios das partes envolvidas.¹¹⁵

É oportuno ressaltar que a sociedade necessita de respostas concretas e efetivas para os litígios. No entanto, isso só será possível a partir da formação de credibilidade nas instituições jurisdicionais do Estado¹¹⁶, fato que hoje não ocorre.

Verifica-se que as ideias de conflito e de jurisdição possuem em liame bastante forte. Afinal, a jurisdição dirige-se, essencialmente, à eliminação (ou como veremos, neutralização) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre as partes. A jurisdição surge, portanto, como poder jurisdicional que, sendo função do Estado, cabe-lhe com exclusividade. A tarefa de dirimir conflitos de interesses passa, pois, a ser exercida por órgãos estatais separados da legislatura e da administração.¹¹⁷

Claro que num mundo ideal a sociedade devia autorregular-se e por esse motivo não haveria a necessidade de que o Estado fosse acionado, ou seja, não

¹¹² BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. BIANCHINI, Alves. GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

¹¹³ KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes:, 2011, p. 03.

¹¹⁴ Op. cit., p. 14.

¹¹⁵ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 14

¹¹⁶ Ibid, p. 74.

¹¹⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

existindo resistência de outrem, não haveria lide; não havendo lide, o Estado não seria acionado (hoje o Poder Judiciário, para atuar, necessita de provocação).¹¹⁸

2.1.3.3.2 Processo

O processo tem roupagem de instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, e não um negócio em família¹¹⁹. Ainda, o processo pode ser definido inicialmente como um ritual, e assim foi visto durante muito tempo, cheio de gestos, palavras, fórmulas e discursos, de tempo e locais consagrados, destinados a dar expressão ao conflito sem colocar em perigo a ordem posta e a sobrevivência do grupo¹²⁰, instrumento para o exercício da jurisdição, a mola do sistema, produtora de resultados externos na vida das pessoas.¹²¹

A justiça civil, em especial a tramitação processual, não pode ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista. Deve-se, sim, investigar as funções sociais por ela desempenhada, e em particular o modo como as opções técnicas no seu interior veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou contrários. Como exemplo, o interesse entre patrão e funcionários, consumidores e produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos.¹²²

A partir da concepção de processo urge ao direito uma teoria do conflito que mostre verdadeiramente como ele pode ser entendido, uma forma de produzir no outro a diferença, isto é, inscrever a diferença no tempo como produção do novo, tratando o conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo, como alteridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença.¹²³ A constitucionalização do processo civil proporcionou o *repensar do conceito de processo*, à luz dos direitos e garantias fundamentais: trata-se do neoprocessualismo. Atualmente, o processo não mais pode ser conceituado como uma mera relação jurídica processual. O processo deve ir além: primeiro, conceitua-se o processo pela

¹¹⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. BIANCHINI, Alves. GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.I. iBooks, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 714.

¹²⁰ GARAPON, Antoine. **Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual Judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 25.

¹²¹ Op. cit., p. 968.

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 146-147.

¹²³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador**. V. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 61.

observância dos direitos fundamentais a ele atinentes, aplicados a uma base procedimental; segundo, impõe-se desatar as amarras que o limitam à atividade jurisdicional, ou seja, é perfeitamente possível a existência de processo fora da jurisdição.¹²⁴

Desse modo, o Direito Processual deve ser entendido a partir de valores inerentes à Constituição, não apenas com base em conceitos clássicos, oriundos da própria ciência processual, sabidos como reais direitos fundamentais, como a inafastabilidade ao controle da jurisdição, o devido processo legal e seus corolários: razoável duração do processo, a inadmissibilidade de provas ilícitas e a motivação e publicidade das decisões judiciais.¹²⁵

É oportuno ressaltar que nessa perspectiva, o processo não pode mais ser considerado isolado do resto do mundo jurídico, pois se espera que ele seja um instrumento efetivo de concretização de direitos fundamentais, não cabendo mais no conceito as recorrentes sentenças antagônicas entre si (entendimento pacificado pelas Cortes Superiores).¹²⁶

Se o processo pode ser entendido como um instrumento de realização de direitos fundamentais, a efetividade consiste na potencialidade de um processo atingir melhor os seus objetivos, por intermédio do binômio segurança-celeridade. Logo, a efetividade torna-se, enquanto uma qualidade do processo, a potencialidade da maior realização possível dos direitos fundamentais.¹²⁷

Em vista disso, posicionar-se a favor do Estado de Direito reflete querer que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham rigorosamente por finalidade a garantia dos direitos fundamentais.¹²⁸

Partindo de uma análise superficial do assunto, entende-se que cabe à Justiça estatal reconhecer os conflitos puramente jurídicos, aprofundando, a partir disso, a análise do fenômeno de geração da norma, percebendo-se que, excepcionando as ações puramente declaratórias constantes do art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro CPC, os conflitos não ficam alocados somente na seara jurídica. Isso porque o Direito provém de fatos, e estes se apresentam marcados por

¹²⁴ HERZ, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição – Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo**. (Dissertação) Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis/SC, 2012, p. 20.

¹²⁵ Ibid, p. 85

¹²⁶ Ibid, p. 20.

¹²⁷ Ibid, p. 20.

¹²⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de direito – história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 05

vários aspectos, como ocorre em uma simples ação de despejo, em que, embora o pedido verse sobre a desocupação do imóvel, há o envolvimento do direito à moradia, com extensa carga sociológica.¹²⁹

Infelizmente, na sociedade moderna é comum a lide possuir vários pontos conflitivos periféricos, por assim dizer, questões secundárias que integram a disputa, e que passam despercebidas na via judicial. Esta, muitas vezes não é capaz de enxergá-las e muito menos de solucioná-las da maneira eficaz, tendo em vista a vinculação do Estado aos ditames legais.¹³⁰

2. 2 A intensa judicialização de conflitos: a porta aberta para os obstáculos ao acesso à justiça no Brasil.

Os conflitos são inerentes à sociedade e, com isso, a falta de consenso faz com que dia após dia as pessoas busquem no Poder Judiciário a solução de suas mazelas. É a chamada judicialização dos conflitos, ou seja, buscar o judicial, que nada mais é do que aquilo que é pertencente ao juízo ou nele realizado; atos ou coisas ligados à jurisdição.¹³¹

O direito se concretiza dentro do Poder Judiciário (órgão com poderes de intervenção no conflito), isto é, a materialização do direito é paradigma para a judicialização, monopólio do Estado através dos Tribunais, sendo que tal fato distancia cada vez mais o acesso à Justiça da realidade.¹³²

A intensa judicialização não é algo novo na história, vem de múltiplas instâncias, e principalmente das profundas transformações ocorridas após a Segunda grande Guerra Mundial, que afetou profundamente as sociedades ocidentais. Como exemplo, pode-se citar o Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos crimes contra os direitos humanos violados durante a guerra pelos dirigentes nazistas¹³³. Com isso, os poderes soberanos nacionais foram ultrapassados e surgiu um poder internacional com o fito de proteção dos direitos

¹²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

¹³⁰ SQUADRI, Ana Carolina. **Mediação Judicial**. In: _____ Arbitragem e Mediação – Temas Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 278.

¹³¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 15 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 402.

¹³² FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça – Da Contribuição de Mauro Capelletti à Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

¹³³ VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcell Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos judicialização da política**. Tempo social, revista de sociologia da USP, v19. n.2. Nov. 2007, p. 39.

mais básicos do homem, independente de soberania. O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza.¹³⁴

A preocupação da sociedade com o aumento crescente de processos tramitando no judiciário faz muitos pesquisadores e doutrinadores perderem o sono na busca de alternativas para solução do problema. Contudo, nada de novo tem aparecido, somente promessas com poucas ou sem mudanças significativas para o problema.

A realidade brasileira mostra que em nome do conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o resolva, aguardam que o Judiciário diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Ou seja, não é nada mais do que uma transferência de prerrogativas que, ao criar muros normativos, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.¹³⁵

A conhecida cultura brasileira caracterizada pela busca de um terceiro imparcial para resolução do conflito acaba legitimando o monopólio do Estado na administração da Justiça e dificulta a percepção de outras formas mais adequadas.

2.2.1 Causas: As principais interferências no aumento da judicialização de conflitos

A realidade é que no Brasil a intensa judicialização de conflitos e suas óbvias consequências tornaram-se um problema crônico com inúmeras causas¹³⁶, das quais podem ser destacadas algumas, entretanto, sem o devido esgotamento do assunto, uma vez que o que se busca nesse ponto da pesquisa é enumerar as causas que mais impactam na crise de acesso à justiça do Brasil.

¹³⁴ VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcell Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos judicialização da política**. Tempo social, revista de sociologia da USP, v19. n.2. Nov. 2007, p. 40.

¹³⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler. (Org.) **Mediação enquanto política pública**. O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 27.

¹³⁶ Para fins da presente pesquisa, foi proposta a enumeração e descrição, das causas mais recorrentes apresentadas na doutrina versa sobre o tema.

2.2.1.1 Judicialização da Política

O Constitucionalismo Social surgiu com o colapso da sociedade liberal, desgastada com promessas não cumpridas (igualdade, liberdade, cidadania, etc); o aparecimento do capitalismo (surgido a partir das revoluções industriais burguesas) e o aumento das demandas sociais e políticas, após a Primeira grande Guerra Mundial.¹³⁷

A partir desse novo paradigma é cediço salientar que a sociedade de massas do pós-Primeira Guerra, deixou de ser formada somente por indivíduos proprietários privados, em uma agora existente, sociedade conflituosa, repartida em vários grupos, coletividades, classes de partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus próprios interesses.¹³⁸

O Código de Napoleão teve grande influência nas codificações posteriores a ele. Essa doutrina individualista e voluntarista acabou influenciando diretamente o Código Civil Brasileiro de 1916, que tinha em si diplomas civis como verdadeiras constituições de direito privado, com segurança aos negócios e suas regras, sem intervenção estatal, principalmente na área econômica.¹³⁹

Com o passar do tempo essa estabilidade cai em declínio na Europa, metade do século XIX, e em 1920 aqui no Brasil (vários fatores sociais, como a Primeira grande Guerra mundial), levando a mudanças que balizaram a necessidade de uma maior intervenção estatal na economia.¹⁴⁰

Não existe mais aquele Estado liberal neutro, longe dos conflitos sociais, mas agora um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida plenas, concretas, impondo nas pautas públicas um estilo de vida adequado.¹⁴¹

O Estado-assistencial levou a expansão dos direitos sociais, bem como arrebanhou a classe trabalhadora para dentro da sociedade de consumo e com isso

¹³⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise.**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹³⁸ Idem, p. 20.

¹³⁹ SANTANA, Carla Rodrigues. **Os Efeitos Jurídicos da Boa-fé subjetiva nas Famílias Simultâneas.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2012, p. 143-144

¹⁴⁰ Idem, p. 143-144

¹⁴¹ Op. cit., p. 20.

houve crescimento sem número dos conflitos sociais.¹⁴²

Assim, o Estado liberal do século XIX, não interventivo, teria sido substituído pelo Estado social, com muitas obrigações a cumprir, gerando um indicativo de crise¹⁴³. Ou seja, sai o modelo estatal que não interfere nas relações, para um Estado que passa a agir efetivamente nas relações privadas.

Os novos direitos sociais levaram a novos conflitos, os quais conseqüentemente passaram a ser jurídicos, cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios versando sobre vários tipos de relações sociais, como a relação de trabalho, segurança social, habitação, consumo, além de que a integração da mulher no Mercado de trabalho aumenta a interação dessa classe trabalhadora.¹⁴⁴

Ainda nesse contexto, pode-se incluir como causa do aumento da litigiosidade a elevação da renda familiar e a mudança do comportamento dos entes familiares, levando ao número crescente de conflitos familiares¹⁴⁵. A exemplo disso estão as uniões homoafetivas, os novos arranjos familiares, a igualdade de gênero.

Além dos interesses conflitantes entre os cidadãos chegarem ao judiciário, outras questões também começam a surgir para seu crivo, como questões políticas, as quais saem do poderio legislativo, o qual deveria prevê-las, e passam ao Poder Judiciário.¹⁴⁶

Esse fenômeno tem sido chamado no mundo acadêmico de “judicialização dos conflitos sociais”, ou tomando uma amplitude que revele a problematização da atividade política, “judicialização da política”, a qual, muitas vezes, traz nela embutidas questões de ordem social.¹⁴⁷

Pelo processo de judicialização o Judiciário passa a exercer funções atípicas à sua atribuição, que em primeira instância deveriam ser exercidas pelo legislativo ou pelo executivo. Entretanto, estas acabam pairando nos Tribunais, os quais propiciam a expansão e a consolidação da cultura do “não deu certo, vá para a

¹⁴² SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um Caminho para a crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 100.

¹⁴³ FONSECA, J. P. **Problemas Estruturais do Judiciário**. 2011. 184 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011, p. 07.

¹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 145.

¹⁴⁵ Idem, p. 145.

¹⁴⁶ ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e Judicialização dos Conflitos Sociais. **REVISTA JURÍDICA da UniFil**, Londrina, Ano I - nº 1, p. 119

¹⁴⁷ Idem, p. 119

justiça”¹⁴⁸. Isso se deve ao fato de que o Judiciário tem uma função de destaque, no que tange a garantia de que o Estado Democrático de Direito, consolide-se e efetive-se.

O Poder Judiciário, um dos três poderes clássicos do Estado, vem assumindo (e a cada dia de forma mais acentuada) uma função fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito. É o guardião da Constituição, cuja finalidade, basicamente, repousa na preservação dos valores e princípios que a fundamentam – cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político (Art. 1º, CF/88).¹⁴⁹

Apesar de suas funções de destaque e de sua importância no contexto de aplicação da Justiça, essa confiança desenfreada fez com que se consolidasse a cultura do litígio na sociedade brasileira.¹⁵⁰

A nossa realidade é caracterizada por uma cultura demandista, uma vez que as pessoas se acostumam a confiar a decisão de suas contendas a um terceiro imparcial, como se fosse mais capaz do que os próprios conflitantes de promover a justiça no caso concreto. Além disso, o magistrado, em regra, adota uma postura direcionada para solução impositiva do conflito, através da sentença, e não para sua pacificação por meio da promoção do diálogo.¹⁵¹

Desse modo, é importante lembrar que as prerrogativas dadas ao juiz, não são privilégios, mas sim garantias, em última análise para a própria sociedade, que com um Juiz independente fica garantida a democracia e para o povo a aplicação da justiça.¹⁵²

O brasileiro se caracteriza pelo seu espírito demandista¹⁵³, o que por via de consequência faz com que a procura do Poder Judiciário seja uma constante ação

¹⁴⁸ FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça – Da Contribuição de Mauro Capelletti à Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 08.

¹⁴⁹ SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça**. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflitos.pdf. Acesso em : 19 nov. 2015, p. 01.

¹⁵⁰ NETO, Adolfo Braga. **Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos In: _____ Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

¹⁵¹ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação interdisciplinar: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In: _____. **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 161.

¹⁵² SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça**. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflitos.pdf. Acesso em : 19 nov. 2015, p. 01.

¹⁵³ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressões, 1999, p. 74.

que corrobora para um estado de crise de efetividade. É o fenômeno chamado judicialização da política, que nada mais é do que a invasão do direito sobre o social na regulação dos setores mais vulneráveis, em um processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais pelo judiciário.¹⁵⁴

Ainda em linhas conceituais, “esse fenômeno é definido como judicialização da política e pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais.”¹⁵⁵

O juiz torna-se protagonista do direito na questão social, onde sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.¹⁵⁶

Nas últimas décadas, o Brasil e outros países ocidentais, os quais também adotaram o constitucionalismo, vêm experimentando a transferência de parte do poder político para os tribunais, e em certa medida, pode-se dizer que este poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário.¹⁵⁷

Outro ponto relevante a ser analisado é o fato de que as sociedades contemporâneas ocidentais vivem um momento de transformação em relação ao Sistema de Justiça, em um fenômeno aparentemente contraditório. De um lado, o acelerado processo de urbanização e o desenvolvimento da sociedade de consumo, com o aumento da consciência em relação aos direitos individuais e coletivos (explosão de litigiosidade que judicializou o social); do outro, tem se visto um evidente processo de desjudicialização no que tange a resolução de conflitos¹⁵⁸, provavelmente em razão da ineficácia do Poder Judiciário em atender todas as demandas de maneira efetiva.

¹⁵⁴ VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcell Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos judicialização da política**. Tempo social, revista de sociologia da USP, v19. n.2. Nov. 2007, p. 41.

¹⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93

¹⁵⁶ Op. cit, p. 41.

¹⁵⁷ Op. cit, p. 93

¹⁵⁸ FOLEY, Glaucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma Justiça da Emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 66.

Assim, a redemocratização brasileira foi a porta pela qual os cidadãos brasileiros reprimidos pela Ditadura Militar encontraram guarida para seus anseios, protegidos, a partir de então, por vários princípios e garantias fundamentais.

2.2.1.2 Conflito, política e judicialização no Brasil: desafios ao acesso à justiça

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 CRFB/88 fundou-se em princípios e elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento, bem como, nasceu atenta as reclamações da sociedade, escolhendo se apresentar como uma tábua axiológica, com normas fundadas em valores que para serem efetivas devem encontrar respaldo no mundo jurídico.¹⁵⁹

Os direitos fundamentais têm íntima ligação com respeito, garantia e defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. O ser humano é fim em si mesmo, não podendo ser coisificado para servir de meio ao atingimento de qualquer fim. Têm direitos que decorrem desta condição e desta dignidade, que não é atribuída, posto que inerente, mas reconhecida.¹⁶⁰

O Brasil, após 1988, experimentou o sabor da democracia com a promulgação da nova Constituição, considerada cidadã. Novos direitos nasceram, outros foram legitimados, e a população sentiu na pele que era possível a garantia de seus direitos. Assim, o acesso à justiça tornou-se um princípio a ser respeitado e, conseqüentemente, uma vez dado o acesso, cresceu o número de demandas caminhando para o Poder Judiciário.

Em tempo, é importante ressaltar que uma imensa quantidade de ideais e direitos esculpidos na Constituição Federal de 1988 representaram um alicerce rochoso e firme para o engajamento dos grupos sociais na efetivação dos direitos, bem como, simbolizaram o caminho trilhado para que muitas questões políticas fossem levadas à apreciação do Judiciário.¹⁶¹

Um dos motivos da existência do Poder Judiciário é a sua função de aplicar o direito com independência, impondo a sua observância indistinta e na

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Francisco José de. **Famílias não legisladas: direitos fundamentais e normas constitucionais de inclusão**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2006, p. 121

¹⁶⁰ Idem, p. 121

¹⁶¹ POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. Apontamentos acerca da judicialização da política no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013, p. 725.

busca da pacificação social. As garantias que lhe foram atribuídas, na realidade foram outorgadas como prerrogativas para o imparcial, independente e seguro cumprimento de seu mister constitucional.¹⁶²

Ao longo da história institucional brasileira, o caminho trilhado pela democracia foi cingido por longas e profundas quedas, mas não pode olvidar-se que a CRFB/1988 tenha exercido um papel fundamental na mudança da realidade vigente.¹⁶³

O impacto causado ao Sistema de Justiça a partir da redemocratização foi significativo, em razão de que na ditadura militar a demanda por justiça ficou represada/contida. Quando do fim desse autoritarismo, uma avalanche de demandas, até então refreadas tomaram o Poder Judiciário.¹⁶⁴

Fica evidenciado que realmente houve a repressão e supressão de liberdades e garantias individuais durante toda a ditadura militar, ficando a população brasileira a mercê do lado obscuro do autoritarismo. Assim, com a redemocratização a esperança renasceu e o sentimento de confiança de que a partir de então, a justiça também renasceria, consolidou-se com a ideia de direitos efetivamente garantidos. Infelizmente, tal sentimento de esperança logo foi aniquilado pela descoberta de que esse reconhecimento esplêndido tinha ficado somente na letra da lei, não abrangendo a todos como houvera prometido.

2.2.1.3 Explosão da Litigiosidade: Um desafio para a sociedade

A sociedade é dinâmica e as relações humanas são cada vez mais complexas. Com isso, o direito tem tido a necessidade de renovação e atualização de acordo com esse fenômeno.

A par disso tudo, as novas situações emergentes engendraram dificuldades terminológicas e semânticas, porque o Direito, como ciência homotética (que se expressa por meio de enunciados), ao avaliar certas condutas e ocorrências, em ordem a recepcionar/estimular algumas e vedar/restringir outras, cria toda uma simbologia valorativa, e é natural que esses símbolos e esses valores se vão alternando, exigindo constantes atualizações e

¹⁶² SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça**. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflitos.pdf. Acesso em : 19/07/2015, p. 01.

¹⁶³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 05.

¹⁶⁴ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: Ministério Público. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14. nº 39, 1999, p.83.

reciclagens: assim a união estável, em face do casamento tradicional; a justiça distributiva, em face da retributiva ou comutativa; a composição justa dos conflitos, como fato legitimante de uma jurisdição compartilhada, em face do monopólio estatal da distribuição da justiça.¹⁶⁵

A jurisdição ligada pelo braço do judiciário ao Estado tem exigido profunda atualização e contextualização em seu significado, uma vez que em um modelo tradicional a sua aplicação ficava condicionada à mera aplicação da lei aos fatos apresentados pela lide¹⁶⁶, fato hoje não mais aceito pela sociedade.

Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado Social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.). A Suécia, que tem talvez ainda hoje o melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial. A Holanda é, também, um dos países com uma das mais baixas taxas de litigação na Europa. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação.¹⁶⁷

Assim, uma análise mais acurada do texto Constitucional brasileiro demanda uma discussão a respeito de paradigmas e, concomitantemente, de qual seria a melhor leitura do direito e também das práticas sociais, e por via de consequência das práticas jurídicas.¹⁶⁸

Com o aumento da litigiosidade latente, vindo da violência das grandes cidades e do campo, quando um cidadão não alcança o amparo do Estado contra a violação de seus direitos básicos pode recorrer a autotutela, e a partir do momento que essa ação se torna comum, o tecido social é esgarçado.¹⁶⁹

A própria democratização e o retorno ao Estado de Direito trouxeram à baila a necessidade de terceiros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado, ficando esta função a cargo do

¹⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

¹⁶⁶ idem.

¹⁶⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 17.

¹⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**.: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 05.

¹⁶⁹ BARBOSA, Ivan Machado. **Fórum de Múltiplas Portas: Uma Proposta de Aprimoramento Processual**. In: _____. Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 245.

Poder Judiciário¹⁷⁰. Entretanto, pode-se afirmar que esse modelo já está defasado e é insuficiente para resolver conflitos; pior, é capaz de agravá-los, uma vez que a concepção de direito deve ser atualizada para um modelo que realmente o realize, que não seja uma mera aplicação da lei, mas sim que o conflito seja efetivamente prevenido ou composto de forma justa, tempestiva, permanente, numa igual relação entre custo e benefício. Este fato pode ser alcançado tanto pela auto como pela heterocomposição, segundo Rodolfo Mancuso.¹⁷¹

Quando utilizada a heterocomposição, esta deve ser feita pela interferência de um órgão ou agente realmente qualificado, mesmo que não seja integrante dos quadros da Justiça oficial¹⁷², porque a interferência de um órgão desqualificado e/ou despreparado seria capaz de, além de não resolver a contenda, torná-la mais acirrada.

Resta claro que o Poder Judiciário deixou de suprir a demanda de litígios que chegam até ele, gerando uma preocupação diversa da época da ditadura, na qual o temor era a litigiosidade contida; hoje, a tormenta fica expressa na litigiosidade expandida¹⁷³, sem controle, desenfreada, e sem estrutura adequada para tratamento.

Esse renovado panorama teve dupla etiologia: por um lado, foi ensejado pela explosão de litigiosidade que se deflagrou desde o último quartel do século passado, a exigir uma releitura dos três pilares em que se funda o Processo Civil – Ação, Processo, Jurisdição, e por outro lado, registrou-se crescente afluxo de megaconflitos, que vão além de crises estritamente jurídicas, tocando outras searas de conhecimento, a par de empolgar segmentos expressivos da coletividade (interesses coletivos em sentido estrito), quando não ela própria como um todo (interesses difusos), tudo engendrando crescente dificuldade para a aplicação de tradicionais categorias e conceitos, concebidos e praticados em outros tempos.¹⁷⁴

Infelizmente a administração da justiça dificilmente conseguiria dar resposta a essa explosão de litigiosidade agravada no início da década de 70, período em que a expansão econômica terminava, e iniciava-se uma recessão. Esta, de caráter

¹⁷⁰ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: Ministério Público. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14. nº 39, 1999, p. 83.

¹⁷¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas.**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

¹⁷²Idem.

¹⁷³NETO, Caetano Lagrasta. **Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

¹⁷⁴Op. cit, p. 21-22.

estrutural com redução expressiva e progressiva de recursos financeiros do Estado, deixando clara a crescente incapacidade do mesmo em dar cumprimento às obrigações assistenciais e providenciais assumidas para com as classes populares na década anterior.¹⁷⁵

Com a transformação da sociedade veio também o aumento da litigiosidade, pois as pessoas não conseguiam mais resolver suas diferenças de forma pacífica e amigável e, com isso, passaram a buscar incessantemente o Judiciário.

Houve, certamente, uma transformação no Direito Positivo com a criação de novas figuras contratuais e o surgimento de novas formas de convivência social. As mudanças na *práxis* judiciária organizaram um novo modelo de ambiente processual, marcado pela tendência à sumarização dos procedimentos e pela busca de celeridade, muitas vezes a qualquer preço, fazendo surgir os institutos da antecipação da tutela, os julgamentos em bloco ou por amostragem, a projeção total do processo para a eficácia do direito sumular, dentre outros expedientes.¹⁷⁶

No entanto, apesar da preocupação com o aumento do número de litígios pairando no Judiciário, as causas dessa intensa judicialização não são investigadas ou diagnosticadas de forma eficaz, pois o foco da política judiciária está no ataque inflexível ao volume excessivo e crescente de processos (efeitos), mas não no que causa essa intensa judicialização.¹⁷⁷

É evidente que o viés utilizado no último quarto do século para a solução do problema de acesso à Justiça é a via legislativa, fato retoricamente ineficaz, pois o estoque nacional de processos continua a crescer e os Tribunais continuam sobrecarregados¹⁷⁸, demonstração clara de que as mudanças legislativas extremamente constantes não surtiram e não surtem os efeitos esperados.

Várias são as formas de tratamento, sem embargo. Duas devem ser destacadas: a primeira o trato com o fato, um diagnóstico preciso com estudo das alternativas de atuação, de modo a se ter escolhas idôneas, ou seja, a melhor forma de tratamento, pois leva a segurança de se chegar a ação concreta, claramente uma alternativa mais trabalhosa e complexa; a segunda forma de tratamento do conflito, leva a juridicização do fato pela Administração Pública através do Legislativo, com a

¹⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 145.

¹⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

¹⁷⁷ Ibid, p. 52.

¹⁷⁸ Idem.

criação de enunciados permissivos ou repressivos, dependendo do caso, mas que tendencialmente resolve problemas com mais e mais normas.¹⁷⁹

É evidente que a segunda forma de tratamento é mais atraente, porque impacta pouco e serve para administrar muitos casos ao mesmo tempo. Envolve a coletividade, que passa a ter a falsa impressão de que algo tem sido feito pelo legislativo (leis são criadas), impressão deveras, rapidamente perdida. Quando a população percebe que só a criação da norma não serve para resolver o problema, e pior, este pode até já ter agravado, uma vez que os destinatários da nova lei, já passam a encontrar remédios e novas formas de burlar a norma ou ainda de fugir de seus efeitos.¹⁸⁰

A exemplo disso estão os loteamentos clandestinos que avançam por todo o país, inclusive às margens dos mananciais, apesar da extensa produção legislativa repressora do ato; outro exemplo é o aumento do desmatamento, mesmo com incansável positivação de textos em matéria ambiental; a criminalidade cresce apesar da tipificação de novos delitos e da elevação do apenamento, evidenciado nos crimes de tráfico, colarinho branco¹⁸¹, e ainda nos casos dos crimes hediondos.

Nesse ponto, apesar do evidente recrudescimento da lei em relação aos crimes considerados hediondos, estes continuam sendo praticados de forma extensa na sociedade brasileira.

A explosão da litigiosidade se dá quanto à quantidade e à qualidade das lides que batem às portas do Judiciário, especialmente observando a existência de uma cultura do conflito. Em face de tal fato, a direção da política do direito deve ser no sentido de uma 'jurisdição mínima', contra uma jurisdição ineficaz.¹⁸²

O que se vê é um monopólio do Estado na administração da justiça, realizando o recebimento e a regulação da conflitualidade que cresce dia após dia, um aumento configurado pela explosão da litigiosidade que tem causas diversas. Infelizmente essas causas normalmente não são o objeto de estudo da doutrina, que

¹⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70.

fica tangenciando soluções paliativas para o problema¹⁸³. Esse fato não resolve o inconveniente, somente “apaga incêndios” com procedimentos “placebos”, os quais trazem melhora passageira ou a falsa impressão de melhora, mas a doença continua lá, crônica e sem cura.

Há certamente um dilema entre a cultura da sentença e a pacificação dos conflitos, pois o erro está em procurar a solução para o litígio na própria litigância, não se pacificam as partes. Por trás da sentença está o sistema de recursos perpetuando o litígio, uma vez que investe-se de forma equivocada na criação de meios mais eficazes para a continuação do litígio (recursos), proporcionando a famosa morosidade da justiça, sem se considerar a ineficácia e a pobreza dos meios utilizados.¹⁸⁴

No início do ano de 2014 o Poder Judiciário tinha um estoque de 70,8 milhões de processos e, conseqüentemente, uma Taxa de Congestionamento de 71,4% (de cada cem processos que entram no Poder Judiciário, 71,4 processos não são solucionados no mesmo ano), com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior. Outro índice relevante é o de atendimento à Demanda, que mede a relação entre os processos baixados e os novos processos. No Brasil, em 2014, ficou na faixa dos 98,7%¹⁸⁵, isto é, entraram mais processos para trâmite do que saíram do sistema.

O número dos casos pendentes de resolução no Poder Judiciário em 2014 ficou na casa dos 70,8 milhões e estão em escala crescente desde 2009. Como a entrada de processos hoje é superior ao de saída, a tendência é que esse número cresça, e muito, apesar do crescimento do número de processos baixados por ano, de 2009-2014, também ter crescido de 12,5%, Porém, a entrada casos novos também aumentou, sendo que no mesmo período aumentaram 17,2%¹⁸⁶. Isto é, não se precisa de vasto conhecimento de matemática para perceber que todo ano o estoque aumenta, e pior, a crise é tão grande, que se fossem sobrestadas todas as entradas de novas demandas, com a mesma estrutura que se tem hoje, seriam

¹⁸³ SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler. (Org.) **Mediação enquanto política pública**. O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 28

¹⁸⁴ NETO, Caetano Lagrasta. **Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11-12.

¹⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18/01/2016, p. 34.

¹⁸⁶ Idem, p. 34.

necessários quase dois anos e meio de trabalho para zerar o estoque.¹⁸⁷

Nesse contexto, a situação mais crítica é o da Justiça Estadual, a qual detém 70% dos casos novos e quase 81% do total de casos pendentes do Poder Judiciário; a Justiça do Trabalho representa quase 14% dos casos novos e apenas 6,2% dos pendentes, esta favorecida por não tramitarem em número significativo, processos criminais e execuções fiscais como ocorre nas Justičas Estadual e Federal.¹⁸⁸

A justiça Estadual deteve em 2014 uma taxa de congestionamento na faixa de 74%, enquanto a justiça Federal, 70%, tribunais superiores, 59% e justiça do trabalho, 50%.¹⁸⁹

Um fato interessante a ser levantado em conta é que se fossem analisados somente os processos de conhecimento que tramitam na Justiça Estadual, a taxa de congestionamento cairia para 66%, enquanto, na fase da execução tal taxa sobe para 86%, ou seja, o maior gargalo da litigiosidade está na fase de execução, que toma conta de 51% do acervo de processos.¹⁹⁰

O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peloso, no discurso de posse, proferido em 23 de abril de 2010, ao discorrer acerca da sobrecarga insuportável de processos em todos os âmbitos do Poder Judiciário, afirmou a necessidade de uma política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesses, tomando esta comum uma das diretrizes de seu mandato.¹⁹¹

Consequentemente, o que se pode concluir de tudo isso é que o grande volume de processos e seus longos prazos de duração constituem um entrave para a concessão de uma tutela efetiva e justa pelo Judiciário.¹⁹²

É fato que a intensa judicialização de conflitos gera a crise do Judiciário, e que causas e soluções devem ser analisadas sob outra ótica, talvez diferenciadas,

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18 jan. 2016, p. 34.

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18 jan. 2016, p. 34.

¹⁸⁹ Ibid, p. 35.

¹⁹⁰ Ibid, p. 34.

¹⁹¹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010** In: _____ *Mediação no Judiciário Teoria na Prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p.303.

¹⁹² SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação interdisciplinar: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In:_____. *Mediação de Conflitos*. Atlas: São Paulo, 2013, p. 161.

alternativas ou inovadoras quem sabe. Porém, ainda não foi apresentado um meio efetivamente eficaz para a garantia do acesso à Justiça.

3 ACESSO À JUSTIÇA E CIDADANIA

O tema acesso à justiça e cidadania tem sido nos últimos anos assunto recorrente nas pautas de discussão da sociedade em geral em razão da sua grande relevância.

3.1. Acesso à Justiça

Nancy Fraser quando trata da justiça a coloca em posição de destaque dentre as virtudes, lembrando que no passado ela era concebida como virtude mestra, tendo na cidade perfil semelhante à individual. No entanto, na cidade justa, as classes realizavam suas virtudes específicas conforme sua natureza, sem interferir nas demais. Isto é, a parte racional e sábia, governa; a irascível e corajosa, defende; e o resto, sem inteligência, mas equilibrados, cuida da terra e trabalha manualmente, sendo a justiça o equilíbrio harmônico desses três elementos.¹⁹³

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.¹⁹⁴

A justiça tem em uma das mãos a balança, e na outra a espada. A primeira pesa o direito e a segunda o defende, ou seja, a espada sem balança é força bruta e a balança sem espada significa debilidade do direito. A união das duas em plena complementação forma o estado de direito que só existe com o equilíbrio da força, com a qual a Justiça empunha a espada e a destreza com que maneja a balança.¹⁹⁵

Entretanto, ao mesmo tempo em que os direitos são garantidos, o litígio é encorajado, enquanto as normas legais unem a sociedade, a litigiosidade contribui para sua fragmentação. Uma menor coesão social faz com que o

¹⁹³ FRASER, Nancy. Sobre justiça: lições de Platão, Rawls e Ishiguro. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 15, p. 265-277, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300265&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141509>, p. 265

¹⁹⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 03-04.

¹⁹⁵ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 8ª ed. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

conceito de justiça pareça obscuro, definido apenas em função de regras procedimentais aplicadas indistintamente a todos os litígios.¹⁹⁶

Ressalta-se que do ponto de vista de uma revolução democrática da justiça, esta não deve ser somente rápida, mas acima de tudo deve ser uma justiça cidadã.¹⁹⁷

O conceito de justiça é bastante amplo, e pode ser definido como um fim social da mesma forma que a igualdade, ou a liberdade, ou a democracia, ou o bem-estar. Ainda sim, a melhor coisa é considerá-la como uma noção ética fundamental e não determinada.¹⁹⁸

Justiça - Conformidade com o direito, o preceito legal. Equilíbrio perfeito que estabelecem a moral e a razão entre o direito e o dever. Poder de julgar, de aplicar os dispositivos legais. A definição consagrada é de Ulpiano: "Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu". Sinônimo também de Poder Judiciário e de Juízo.¹⁹⁹

As situações próprias da vida e das instituições de cada povo, determinam as reações do sentimento de justiça dos Estados e das pessoas.²⁰⁰

A história da justiça e do direito judiciário não tem conhecido muita fortuna. A imagem que hoje temos de uma e de outro, como zonas adjetivas de ordem jurídica, contribuem fortemente para isso. Interessante - do ponto de vista teórico e do ponto de vista histórico - será sobretudo a atividade constitutiva ou substantiva de fazer a lei e não a atividade subordinada de a aplicar.²⁰¹

¹⁹⁶ AUERBACH, **Jerold S. Justice without law?** Resenha de VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In: _____ Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 439.

¹⁹⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Cortez: São Paulo, 2007, p. 24.

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. (Trad.) Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Vol. 1.11 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 660.

¹⁹⁹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 15 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 407.

²⁰⁰ IHERING, Rudolph Von. **A Luta pelo Direito**. 8 ed. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52.

²⁰¹ HESPANHA, Antonio Manuel. **Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução**. In: _____ Justiça e Litigiosidade: Histórica e Prospectiva. Porto: Orgal - Orlando e Ca. Lda, 1993, p. 383.

Diante da importância do tema acesso à justiça, fica claro que “o direito de todos os cidadãos à solução pacífica dos conflitos, à prestação jurisdicional, é um ideal fundamental do Estado de Direito, da democracia, e da paz social.”²⁰²

A luta pelo direito é um dever do titular interessado para consigo mesmo. A conservação da própria existência da lei suprema de todo o universo; na busca da autopreservação, ela está em todas as criaturas. Mas, para o homem, não se trata apenas da vida física, mas também de sua existência moral, cuja necessidade é a conservação do direito.²⁰³

Assim, no fim primeiro do direito está a pacificação social, para a qual há a existência de um ambiente de paz, que quando negativa gera as condições para o estabelecimento da justiça (paz positiva), sendo que sem aquela, não existe essa; sem essa, aquela não se mantém.²⁰⁴

3.1.1 Breve delineamento histórico²⁰⁵

A melhor experiência, a mais excelsa elaboração processual com rapidez e a mais equitativa distribuição de justiça, apesar da luta de classes, aconteceu em Roma, durante o período clássico. Lá o caráter marcante do Poder Judiciário, principalmente na República, foi surpreendentemente a ausência completa de unidade e hierarquia, ainda que o Poder Judiciário não estivesse separado das demais atribuições da soberania.²⁰⁶

A diferença estava no fato de que a soberania era popular, não somente formal, mas verdadeiramente popular, pois o magistrado era eleito pelo povo anualmente, era soberano em sua respectiva área de jurisdição. Também não existiam tribunais superiores capazes de reformar as decisões dos juízes inferiores,

²⁰² FALCÃO, Joaquim. **Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento**. In: _____ Justiça Promessa e Realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 272.

²⁰³ IHERING, Rudolph Von. **A Luta pelo Direito**. 8 ed. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

²⁰⁴ MALISKA, Marcos. Augusto. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33.

²⁰⁵ Para a presente pesquisa, foi realizado um reduzido levantamento histórico da preocupação com o acesso à Justiça, a fim de demonstrar que a preocupação com o assunto não recente na história da humanidade.

²⁰⁶ SURGIK, Aloisio. **O Judiciário e o Povo**. In: _____ Desordem e Processo – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 123.

ou seja, não existia sistema recursal, apesar de hoje entender-se necessária a existência desse sistema.^{207 208}

O problema do acesso à justiça não é novo ou moderno, pois já no início do século a Áustria e a Alemanha pereceram com denúncias da divergência entre a procura e a oferta de justiça. A par disso, várias tentativas foram feitas para minimizar o fato, quer por parte do Estado, quer por parte da sociedade, mas o assunto somente eclodiu sob a forma de problema a partir do pós-guerra.²⁰⁹

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.²¹⁰

Os pobres tinham dificuldade de utilizar plenamente a justiça, pois essa pobreza no sentido legal, não era uma preocupação do Estado. No sistema *laissez faire*²¹¹, a justiça só era garantida para aqueles que podiam arcar com suas despesas, enquanto os que não tivessem condições de pagamento eram relegados ao acesso formal de justiça da época, o qual não era efetivo, correspondendo somente à possibilidade de acesso, e não de garantia de justiça.²¹²

Impossível deixar de lado o fato de que após a Primeira grande Guerra Mundial tem início um novo modelo de Estado, o qual gerou a maior exploração do homem pelo homem na história da humanidade²¹³. Isto porque as jornadas de trabalho eram de 15 a 17 horas por dia, independentes de idade e gênero, num

²⁰⁷ SURGIK, Aloisio. **O Judiciário e o Povo**. In: _____ Desordem e Processo – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 123.

²⁰⁸ Surge então um paradoxo, sobre que a eficácia do sistema recursal como forma de garantia do acesso à Justiça.

²⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 146.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 09

²¹¹ Liberal (Tradução Livre)

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 09

²¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

sistema de rodízio nos postos de trabalho, caracterizados pela baixa remuneração levou milhões de trabalhadores à miséria completa.²¹⁴

Essa situação deplorável agravou-se pela repressão a qualquer tipo de manifestação, e pela criação de exércitos de mão de obra de reserva nas periferias, fatos que levaram a uma explosão incontável de questionamentos e movimentos sociais²¹⁵, em busca de melhores condições.

Nos séculos XVIII e XIX, mais precisamente no período dos Estados liberais burgueses, o direito de acesso à proteção judicial era sinônimo de acesso ao direito formal. Isto é, propor ou contestar a ação somente, todos eram iguais na teoria, ou por assim dizer, todos tinham direito à justiça, mas para que isso fosse materialmente concretizado deveriam providenciar, por si mesmos, uma maneira de efetivar esse direito, visto que o Estado não tinha o dever e a obrigação de garantir tal acesso²¹⁶, pois já proporcionava estrutura pessoal e física.

Cada um agiria da melhor forma para ver seus direitos assegurados perante o Poder Judiciário, devendo, para tanto, afastar a “pobreza no sentido legal”, ou seja, a incapacidade que muitas pessoas possuíam de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições. Portanto, só tinha acesso à Justiça quem podia financiá-la, de tal forma que os que não eram agraciados financeiramente eram largados à própria sorte, sem obter a proteção do Estado e, conseqüentemente, a proteção de seus direitos.²¹⁷

Portanto, o Estado estava lá dizendo o direito, para quem o quisesse usar, disponível, sendo atribuição da parte autora litigante buscá-la, demonstrando que se proclamava a existência, mas realmente não proporcionava o efetivo acesso à Justiça.

Para ilustrar o exposto acima, são oportunas as palavras de Ferdinand Lassale, quando retrata que o papel aceita tudo, e que a efetividade material das leis está muito longe da formal.

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “Esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de

²¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

²¹⁵ idem, p. 19.

²¹⁶ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um Caminho para a crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 96.

²¹⁷ Idem.

que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula produzindo maçãs e não figos. Igual acontece com as Constituições.²¹⁸

O direito ao acesso efetivo à justiça vem sendo cada vez mais reconhecido, em grau elevado de importância dentre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos perde o sentido na falta de mecanismos para sua efetiva reivindicação.²¹⁹

À medida que as sociedades do *laissez faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida “nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados.²²⁰

A preocupação com a efetividade do acesso à justiça é antiga, além disso há ainda a percepção de que não basta a previsão formal dos direitos, mas a sua efetiva aplicação no seio da sociedade.

[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”, e enfatiza que com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se não são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²²¹

²¹⁸ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição.** (1825-1864). Trad. Walter Stonner. Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933. Disponível: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>. Acesso em: 26 jul. 2015, p. 38-39.

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 11-12.

²²⁰ *Ibid*, p. 10.

²²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

Portanto, pode-se dizer que o conceito de acesso à justiça tem apresentado transformações significativas, principalmente no que tange ao estudo e ensino do processo civil.²²²

3.1.2 Conceituação e aspectos gerais

A grande maravilha da justiça no mundo contemporâneo é dar a Ela o verdadeiro sentido, de virtude mestra, não meramente formal, mas sim na prática²²³. Assim, o grande desafio é que para além do reconhecimento formal dos direitos, eles tenham efetividade, pois não há equivalência entre direitos não formalizados em diplomas legais e direitos formalizados mas não respeitados, urgindo a necessidade de busca de meios garantidores de aproximação desses direitos.²²⁴

O acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV e LXXIV, CRFB/1988 deve compor o mínimo existencial, porque na sua falta, os indivíduos não teriam meios de garantir seus direitos. Ou seja, sem quem faça as devidas garantias, (um Poder Judiciário não só acessível e estruturado, mas com ações que possam tutelar os direitos violados), o rol de direitos previstos na Constituição seria uma mera quimera.²²⁵

Assim, o processo, aparece como uma forma de controlar o exercício do poder e a manutenção do mínimo existencial capaz de conservar a dignidade da pessoa humana, como também os demais fundamentos da república brasileira, como o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania e o Estado Democrático de Direito.²²⁶

²²² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 09

²²³ FRASER, Nancy. Sobre justiça: lições de Platão, Rawls e Ishiguro. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 15, p. 265-277, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300265&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 jan. 2015, <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141509>, p. 277

²²⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.175.

²²⁵ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213

²²⁶ LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocesso: o que há realmente de novo no Direito?. **CAPA**, v. 18, n. 50, p. 18, 2015. Disponível em: <http://www.odireito.com/?s1=10&s2=1&s3=2&c1=307&e1=0&t=direito-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocesso:o-que-ha-realmente-de-novo-no-direito.html>. Acesso em 03 out. de 2015, p. 08

A promoção do acesso ao sistema de justiça leva à verdadeira transformação da igualdade jurídica e dos preceitos formais em materialidade e concretude. Lembrando que o rol de direitos constitutivos da igualdade depende da existência e da atuação das instituições que compõem o sistema de justiça para sua efetivação, pois de nada adianta a existência de direitos se não houver mecanismos de efetividade, ou seja, o caminho da vontade para a prática. Assim, acesso à justiça é muito mais do que acessar o Judiciário, é usar os meios de reconhecimento de direitos através das instituições que solucionam pacificamente as ameaças ou impedimentos dos direitos.²²⁷

Em aspectos terminológicos, o conceito de acesso à justiça sofreu especificamente influências diretas das modificações sofridas por esse processo civil de modo que o acesso à Justiça, atualmente, possui nova compreensão²²⁸. Sob esta, “o enfoque sobre o acesso — o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos, também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil.”²²⁹

Num entendimento mais amplo do contexto de acesso à Justiça, entende-se mais claramente a afirmação de que o Código de Processo Civil nada mais é do que a lei regulamentar que garante a justiça contida na Constituição.²³⁰

O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação de convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.²³¹

Desse modo, acesso à justiça é aquele tema que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, principalmente no

²²⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., (coord). Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.175-176.

²²⁸ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um Caminho para a crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 96.

²²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

²³⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. Trad. DINAMARCO, Candido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 328.

²³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

âmbito da justiça civil, onde se pode falar de procura real ou potencial da justiça²³². Isto porque até bem pouco tempo, com poucas exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente à realidade do sistema judiciário, pois questões como diferenças entre os litigantes em potencial, no acesso à disponibilidade de recursos para litigar, não eram sequer percebidas como problemas.²³³

Destarte, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, que dia após dia tem alcançado destaque, mas também o ponto central e de aprofundamento dos objetivos e métodos da atual ciência jurídica.²³⁴

O sentido de acesso à Justiça vem passando por constante transformação, pois o antigo modelo de monopólio estatal não tem mais espaço, e foi cedendo lugar a novas ideias e propostas aderentes à tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos.²³⁵

Assim, quando o assunto é acesso à Justiça, o objetivo direto é torná-lo efetivo, dada sua importância como um dos principais e fundamentais direitos do cidadão, garantindo sim o direito e não somente a propositura da ação²³⁶. Nesse sentido, CRFB/1988 foi o maior ganho da democracia na história do Brasil, e quis prever que todos indistintamente tivessem condições de acessar o judiciário, com extensa garantia de que nenhum direito sob ameaça fosse excluído de seu pálio.

Quando a CRFB/1988 em seu Art. 5º, XXXV proclama que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²³⁷, remontando uma previsão já elencada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declara que o acesso à justiça é um requisito fundamental, talvez o mais básico dos direitos humanos nos sistemas jurídicos modernos e igualitários, pretendendo garantir antes de só proclamá-los como direito de todos.²³⁸

²³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Rev. Crítica de Ciências Sociais**. N. 21. P. 121-139, Nov/1986, p. 18

²³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10.

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12-13.

²³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

²³⁶ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um Caminho para a crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 96.

²³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2014.

²³⁸ Op. cit., p. 12-13.

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais: tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.²³⁹

No entanto, apesar de seu caráter ufanista, o inc. XXXV do art. 5º da CRFB/1988, não marca o jurisdicionado como seu precípua destinatário, e sim o legislador; também não garante que sempre sejam examinados no mérito os históricos de danos temidos ou sofridos; lembra-se, ainda, que a solução do conflito levado aos Tribunais depende do atendimento das condições de admissibilidade da ação. O processo que lhe serve de instrumento deve atender aos pressupostos de existência e validade, pois não atendidos esses elementos a lesão ou ameaça ao direito, não terão guarida no judiciário.²⁴⁰

Esse fato demonstra a fragilidade da aplicação do princípio, bem como as inúmeras variantes que podem ser atreladas a sua garantia e aplicação, evidenciando o fato de que o acesso à Justiça é, muitas vezes, deveras inaplicável.

O conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se podem dizer ufanistas e irrealistas – atreladas à vetusta ideia de monopólio da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de universalidade/ubiquidade da jurisdição e, também aderente a uma leitura desmesurada da facilitação do acesso, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto e heterocompositivos.²⁴¹

O efetivo acesso à justiça vem cada vez mais sendo aceito como um direito social básico nas modernas sociedades. Todavia, o conceito de efetividade ainda é abstrato (efetividade perfeita), posto que no contexto de um dado direito substantivo poderia ser demonstrada como a plena igualdade de condições, ou seja, a plena certeza de que a condução final do processo dependerá somente de méritos jurídicos em relação às partes divergentes, e que nada estranho ao Direito possa interferir na relação processual.²⁴²

²³⁹ Arendt, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 335.

²⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

²⁴¹ Idem.

²⁴² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

Infelizmente essa igualdade perfeita fica adstrita ao mundo dos sonhos, pois as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas²⁴³.

A “igualdade de armas” seria equivalência na representação por profissional especializado como garantia da igualdade, assegurando o devido processo legal e a audiência justa entre as partes, uma vez que hoje o acesso à justiça é mediado pelo acesso ao direito, um conjunto de leis, doutrinas, decisões, estratégias processuais dominadas por um saber especializado.²⁴⁴

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença a uma comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados de seus direitos humanos. São privados não de seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes) bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer.²⁴⁵

O acesso à justiça equaciona diretamente as relações entre processo civil e justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, pois na seara da justiça civil, muito mais do que no da justiça penal, pode-se falar de procura real ou potencial por justiça. Isto se deve ao fato de que quando forem determinadas as suas características internas e medido o seu âmbito em termos quantitativos, é possível compará-la com a oferta da justiça produzida pelo Estado.²⁴⁶

Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos. Consequentemente, qualquer impedimento no direito de acesso à justiça provoca limitações ou mesmo impossibilita a efetivação da cidadania.²⁴⁷

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

²⁴⁴ SANTOS, Élide de Oliveira Lauris. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-) ivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal**. 416 f. Tese (Doutorado em Pós-colonialismo e cidadania global) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2013, p. 43.

²⁴⁵ Arendt, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 330.

²⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 146.

²⁴⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de

Portanto, o princípio fundamental do acesso à justiça vem estampado no rol de direitos fundamentais extremamente básicos, o qual não pode ser submetido a falácias ou propostas vazias ou aparentes, em razão de sua grande importância no mundo do direito e relevância social, pois não há segurança jurídica se as pessoas não conseguem garantir direitos que lhes forem ameaçados ou lesados.

3.1.2.1 Ondas renovatórias ou movimentos de ampliação da justiça: resposta à crise do acesso à justiça

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua clássica doutrina, apresentam os movimentos por acesso à justiça, retratando três frentes, as quais foram chamadas de ondas renovatórias, soluções práticas para os problemas de acesso à justiça.

Assim, a partir de 1965, despertou-se o interesse pelo assunto, e com isso três posições básicas foram apresentadas, as chamadas soluções para o problema do acesso à justiça, denominadas como formas de atacar as barreiras/obstáculos de acesso à justiça.²⁴⁸

Contudo, mesmo com as preocupações de se promover maior acesso à justiça datarem de longa data, as *ondas renovatórias* propugnadas pelo Projeto de Florença somente a pouco e pouco vêm conquistando *efetivo* espaço no processo. Há significativos avanços em relação às três ondas (assistência jurídica aos economicamente desfavorecidos, tutela aos direitos coletivos e ampliação do acesso à justiça pela reforma dos procedimentos judiciais em geral), mas muito ainda há que se fazer.²⁴⁹

Tais premissas nasceram da preocupação crescente sobre o assunto, justificadas pelo aumento de litígios indo parar no Poder Judiciário, atestando um fato assombroso: a humanidade estava perdendo a capacidade de dialogar entre si.

Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.173

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet.: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-32.

²⁴⁹ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 27.

3.1.2.1.1 Primeira Onda Renovatória

Na maior parte das sociedades modernas a presença de um advogado se tornou indispensável para decifrar a legislação cada vez mais complexa. Contudo, uma vez que o advogado passa a ser indispensável, como profissional que é, precisa receber por seus trabalhos, ficando a seguinte pergunta: como fariam aqueles que não pudessem custear o pagamento de um advogado? Num primeiro momento a resposta foi prestação de assistência judiciária gratuita por parte dos advogados particulares, sistema reconhecidamente ineficaz, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth.²⁵⁰

Desse modo, a pauta da primeira onda foi a concepção do necessitado, fundamentada na vulnerabilidade econômica, o hipossuficiente, ou cidadão pobre. No Brasil, a solução desse problema, só veio com a CRFB/1988, que atualizou e ampliou os efeitos do art. 134, e incumbiu a Defensoria Pública de fornecer orientação jurídica e gratuita na forma do art. 5º, LXXIV, que preconiza a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem ao Estado insuficiência de recursos.²⁵¹

Assim, para o acesso à justiça através do Poder Judiciário dos que podem pagar, basta procurar um advogado e diretamente pagar-lhe os honorários pelos serviços prestados, e aos que faltam recursos podem procurar a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado.²⁵²

A cidadania em seu sentido mais usual significa a possibilidade de se buscar os direitos perante os poderes da República. No entanto, num país como o Brasil, dificilmente uma pessoa comum poderá prescindir de um advogado que proporcionará os esclarecimentos necessários sobre seus direitos e deveres.²⁵³

²⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31

²⁵¹ CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. **A Tensão entre Modernidade e pós-modernidade na Crítica à Exclusão no Feminismo**. (Tese de Doutorado) Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, programa de pós-graduação em Ciência Política, São Paulo-SP, 2009, p.10.

²⁵² BUSCHEL, Ines do Amaral. **O Acesso ao Direito e à Justiça**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.151-152.

²⁵³ Ibid, p.15.

3.1.2.1.2 Segunda onda renovatória

A segunda onda cuidou da proteção dos interesses difusos e coletivos, protegendo de maneira mais ampla setores antes não atendidos,²⁵⁴ pois antes o processo era visto somente como assunto entre duas partes, ou seja, de caráter individual, e não coletivo, como se passou a propor.²⁵⁵

Visa à proteção do consumidor, do meio ambiente, entre outros, partindo do pressuposto de que o conceito de pobreza não fica restrito ao indivíduo pobre na acepção legal, mas abarca grupos e categorias, como o consumidor, os carentes organizacionais.²⁵⁶

3.1.2.1.3 Terceira Onda Renovatória

Por fim, a Terceira Onda foi respaldada pela oferta de técnicas, instâncias e agentes racionais, pois todo ser humano é um ser racional, também livre, e em razão e conhecimento, por sua vez, permite julgar e gerir a vida de modo autônomo.²⁵⁷

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.”²⁵⁸

²⁵⁴ CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. **A Tensão entre Modernidade e pós-modernidade na Crítica à Exclusão no Feminismo.**(Tese de Doutorado) Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, programa de pós-graduação em Ciência Política, São Paulo-SP, 2009, p.10

²⁵⁵ Ibid, p. 49-50.

²⁵⁶ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça.** Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense:, 2012, p. 57

²⁵⁷ CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. **A Tensão entre Modernidade e pós-modernidade na Crítica à Exclusão no Feminismo.**(Tese de Doutorado) Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, programa de pós-graduação em Ciência Política, São Paulo-SP, 2009, p.10

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 67.

Procura centrar sua atuação no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos usados para processar e até mesmo prevenir litígios.²⁵⁹

Apesar das propostas, ainda é difícil para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias e grupos, efetivarem seus direitos, restando uma demanda latente por meios que tornem os novos direitos efetivos. A partir dessa premissa, questiona-se a capacidade do sistema Judiciário e Processual suprir essa demanda, instando a necessidade de reformas, apontando para o direito substantivo, nas formas procedimentais, estruturais dos tribunais, partindo para o uso dos leigos e mecanismos privados e informais de solução de litígios.²⁶⁰

Após a abertura democrática e, sobretudo, após a edição da Lei 9.099/95 – que regulamentou os juizados especiais cíveis e criminais, tanto no âmbito estadual quanto federal-, iniciativas de ampliação da oferta de serviços judiciais vêm se multiplicando, ao espírito da “terceira onda”. Para além das iniciativas estatais de ampliação da oferta de serviços judiciais, a própria sociedade civil também desempenha um papel relevante na ampliação de oportunidades de administração de conflitos, seja através da aproximação da população à justiça formal – por meio de iniciativas voltadas à oferta de assessoria jurídica gratuita – seja através da criação e aplicação de práticas alternativas de administração de conflitos.²⁶¹

Desse modo, a imbricação do acesso à justiça e a cidadania, demonstram que uma vez não possibilitado o acesso à justiça, fica a garantia da cidadania prejudicada ou até mesmo impedida.

3.2 Cidadania: O direito a ter direitos²⁶²

O entendimento do conceito de cidadania é revestido por grande complexidade e dificuldade prática de aplicação, fato que não é novo na história da

²⁵⁹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense:, 2012, p. 57.

²⁶⁰ Idem, p. 57.

²⁶¹ PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 38-39.

²⁶² ARENDT, Hanna apud LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estud. av.**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, Aug. 1997. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>.

humanidade e que traz em seu cerne uma trajetória de lutas e buscas do reconhecimento de igualdade de direitos para todos.

Um primeiro esboço dos tipos de regimes políticos da história foi trazido por Heródoto. Apesar da doutrina julgar seus relatos eivados de veracidade duvidosa, o historiador apresenta teses que interessam à delimitação e entendimento do hoje conceito de cidadania. Tais teses foram defendidas pelos reis persas Otanes, Megabises e Dario em 552 A.C., baseadas nos regimes de suas cidades. Otanes defendia a abolição da realeza e exaltação da igualdade de direitos, a definição de democracia na essência, reconhecendo a capacidade soberana dos cidadãos adultos do sexo masculino; Megabises concordava com Otanes na extirpação dos vícios do soberano, mas defendia as oligarquias, pois dizia que os melhores conselhos era formados pelos melhores homens; Dario, acreditava que o melhor regime era a monarquia, pois a melhor forma de governo era aquela feita pelo melhor homem.²⁶³

Na cidade grega de Atenas, considerada o berço da democracia, “todos” governavam, no caso, “todos” os cidadãos, em que o conceito de cidadão não tinha a amplitude que se tem hoje, uma vez, que eram excluídos do conceito escravos, mulheres e metecos²⁶⁴. Logo, a cidadania só era reconhecida aos homens maiores de 18 anos, intrinsecamente ligada à ideia de espírito cívico, com representação pelo voto na assembleia do povo, um dever para os cidadãos.²⁶⁵

Apesar das diferenças entre a democracia antiga e a moderna, um aspecto fundamental a todas as democracias, legado da antiga Grécia permanece até os dias de hoje: ela há de ser o governo do povo (ou pelo povo). No entanto, ante a impossibilidade de adoção da antiga sistemática (todos os cidadãos discutindo e votando os assuntos públicos) na atualidade, em virtude não só das dimensões territoriais como também do incremento populacional, passou-se a adotar a sistemática da representação como forma de participação dos cidadãos na vida política do Estado.²⁶⁶

Já na Idade Média, pode-se afirmar que o status na sociedade feudal em âmbito nacional era o selo que distinguia as classes e a medida da desigualdade

²⁶³ GOYARD-FRARE, Simone. **O que é democracia?** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 16.

²⁶⁴ Ibid, p. 20.

²⁶⁵ SALES, Lília Maia de Morais. MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e Democracia: Novo Horizonte, Outros Caminhos para a Práxis Cidadã.** (org.)LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Morais. (in) Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Conceito: Florianópolis, 2008, p. 353.

²⁶⁶ Ibid, p. 354.

entre elas, num mundo sem códigos uniformes de direitos e deveres; não havia princípios de igualdade entre os cidadãos, contrastando com o princípio de desigualdade de classes. Na verdade, o que se tem constantemente repetido em relação à história da Idade Média é que a participação nos negócios públicos era mais um dever do que um direito²⁶⁷, sendo proveniente dessa época a percepção de que cidadania restringe-se à participação política.

A cidadania tinha intrínseca ligação com a participação política das pessoas na direção dos negócios e interesses estatais. Essa definição tem passado por gradativa ampliação nos últimos anos, principalmente a partir da Segunda grande Guerra Mundial, quando se passou a entender que a cidadania se expressa por outras formas, como através dos direitos e garantias fundamentais, ou da tutela dos direitos e interesses difusos²⁶⁸.

A cidadania é um caminhar para a participação ativa das pessoas “na vontade política e afirmação dos direitos e garantias fundamentais, sendo ao mesmo tempo um status e um direito”.²⁶⁹

Um conceito que fica estritamente ligado ao de cidadania é o conceito de igualdade, o qual certamente dá o seu conteúdo, lembrando que historicamente sua definição depende de cada realidade social. Ser igual no século XVII não é o mesmo que ser igual no século XXI, ou ainda hoje; ser igual no ocidente não é o mesmo que ser igual no oriente. Assim, a partir dessa premissa, não se encontra uma igualdade abstrata, pré-definida, mas uma igualdade variável, em tempo e espaço, resultante de movimentos políticos, ou seja, não segue um caminho linear. Entretanto, é certo que tem como objetivo o aumento do rol de direitos e da inclusão social²⁷⁰, ou seja, reconhecimento e ampliação.

Assim, nessa toada, pode se dizer que todos são iguais em direitos e oportunidades. No entanto, todos são iguais e diferentes também: iguais porque todos são seres humanos, mas singulares, pois cada histórica de vida é única.²⁷¹

²⁶⁷ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Zahar Editores: Zahar Editores, 1967, p. 64-65.

²⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Juspoivium: Salvador, 2014, p. 295.

²⁶⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Juspoivium: Salvador, 2014, p. 295.

²⁷⁰ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from Silo Books <http://books.scielo.org>, p.174.

²⁷¹ CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. **A Tensão entre Modernidade e pós-modernidade na Crítica**

Não obstante, a verdade é que a cidadania, mesmo em suas formas iniciais, constituiu um princípio de igualdade e que, durante aquele período, era uma instituição em desenvolvimento. Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direito, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de Mercado competitivo.²⁷²

O processo de extensão dos direitos de cidadania na história significou uma relevante redução nas escalas de exclusão social, sendo que o reconhecimento da igualdade diante da lei reverberou em um expressivo crescimento das chances de utilizar os bens coletivos.²⁷³

Os Tribunais ocidentais, dependentes do Poder Judicial, normalmente a única via possível para que os cidadãos possam apresentar seus direitos ameaçados ou já desrespeitados por outrem na procura de justiça, continuam a manter um procedimento que questiona não somente a igualdade frente à lei, mas outros direitos que fazem a dignidade humana.²⁷⁴

Portanto, os operadores jurídicos devem dar azo às modernizações no sistema processual devendo fundar-se no reconhecimento da cidadania individual e coletiva, bem como nos princípios de direito da ordem jurídica pátria, proporcionando a busca incansável de maior eficiência do Poder Judiciário e a satisfação das aspirações populares.²⁷⁵

3.2.1 Conceito

Cidadania é a qualidade de cidadão, pessoa que está no gozo de seus direitos e deveres civis e políticos garantidos pela Constituição, podendo ser natural,

à **Exclusão no Feminismo**. (Tese de Doutorado) Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, programa de pós-graduação em Ciência Política, São Paulo-SP, 2009, p.80

²⁷² MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Zahar Editores: Zahar Editores, 1967, p. 79.

²⁷³ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Acesso em: <http://books.scielo.org>, p.172.

²⁷⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana**. In: _____ Mediação de Conflitos. Atlas: São Paulo, 2013, p. 68.

²⁷⁵ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 73.

quando faz referência aos indivíduos nascidos no país, e legal, quando adquiridos por naturalização. Não se confunde com nacionalidade, ainda que essa seja pressuposto da cidadania.²⁷⁶

Nesse contexto, são oportunas as palavras de Max Weber, quando assevera que o Estado é considerado a única fonte do direito de usar a violência, e por via de consequência a política é a participação no poder ou a luta para influenciar na distribuição de poder, tanto nos Estados ou nos grupos dentro do Estado.²⁷⁷

Apesar de muitos dos direitos fundamentais serem de personalidade, estes não o são em sua totalidade, abarcando em seu bojo também os direitos de estado, incluindo-se o direito de cidadania.²⁷⁸

O marco brasileiro para a ampliação dos direitos cingidos pela cidadania foi a Constituição Federal de 1988²⁷⁹, que trouxe em seu bojo previsões até então não conhecidas ou não respeitadas. A cidadania está prevista em seu primeiro artigo, lançada dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, juntamente com a soberania, dignidade da pessoa humana, valores sociais, livre iniciativa e pluralismo jurídico.²⁸⁰

Apesar da garantia primeira na CRFB/1988, a previsão de cidadania não garante o recebimento de tratamento de justo, uma vez que fora das fronteiras do Estado o cidadão fica exposto às arbitrariedades dos demais governantes.²⁸¹

Em termos conceituais, a cidadania pode ser vista como o direito a ter direitos, pois prescindindo a cidadania não há que falar em igualdade, uma vez que esta necessita do acesso ao espaço público e os direitos são construídos no âmbito

²⁷⁶ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 15 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 176.

²⁷⁷ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. (org) H.H. Gerth e C. Wight Mills. Trad. Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 98.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 520.

²⁷⁹ SADEK, Maria Tereza. **Justiça e Cidadania no Brasil**. (org.) SADEK, Maria Tereza. SADEK, MT., org. SANCHES FILHO, AO., et al. *Justiça e cidadania no Brasil* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009. 224 p. ISBN 978-85-7982-017-5. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 07 Jan. 2016, p. 09.

²⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2014.

²⁸¹ IBANEZ, Franklin. **Nancy Fraser: Escalas de Justicia**, Barcelona: Herder, 2008, 294 pp. arete, Lima, v. 22, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1016-913X2010000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 03 jan. 2016, p. 306.

da comunidade política.²⁸²

Hoje a efetivação da cidadania e o seu exercício dentro do quadro socioeconômico desigual da sociedade brasileira é um desafio tanto para cada cidadão, como para as autoridades políticas do país. Ela é construída, não apenas mediante aspectos formais, como o voto, a avaliação de representantes eleitos e a defesa legal de seus direitos, mas também através da disponibilização de meios, debates comunitários, plebiscito, referendo, iniciativa popular e oportunidades para a efetiva participação do povo nas questões políticas.²⁸³

Nesse sentido, aumenta a possibilidade de ser numerosa a fatia da população que desconhece seus direitos, a qual combinada à percepção de que a justiça é cara, lenta e inacessível, potencializam a importância do surgimento de iniciativas que alarguem o acesso à justiça e, conseqüentemente, promovam a concretização dos direitos que compõem a igualdade expressa no conceito de cidadania.²⁸⁴

O conceito de cidadania pode ser apreendido a partir de dois ângulos — o individual e o social. Considerando-se o indivíduo, pode-se entender a cidadania como o conjunto de direitos que o habilita a participar de forma plena da vida pública. Do ponto de vista da sociedade, os direitos que compõem a cidadania representam os graus de tolerância com as desigualdades. Assim, cada direito formalizado expressa o reconhecimento de limites além dos quais as diferenças entre os indivíduos não podem ser justificadas. [...] Assim, tanto os direitos de natureza estritamente individual como os coletivos indicam os limites aceitáveis da desigualdade em uma dada sociedade.²⁸⁵

Ainda, no que tange a conceituação de cidadania, pode-se dizer que são os direitos e obrigações que não estão caracterizados logo de início, pois a cidadania

²⁸² ARENDT, Hanna apud LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estud. av.**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, Aug. 1997. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>.

²⁸³ SALES, Lília Maia de Moraes. MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e Democracia: Novo Horizonte, Outros Caminhos para a Práxis Cidadã**. (org.) In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 366.

²⁸⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.177.

²⁸⁵ SADEK, Maria Tereza. **Justiça e Cidadania no Brasil**. (org.) SADEK, Maria Tereza. SADEK, MT., org. SANCHES FILHO, AO., et al. Justiça e cidadania no Brasil [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009. 224 p. ISBN 978-85-7982-017-5. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 07 Jan. 2016, p. 09.

pode variar tanto para aprofundar, como para combater as desigualdades, cabendo aos próprios cidadãos a busca da afirmação e a amplitude do conteúdo e da sua abrangência.²⁸⁶

Em uma perspectiva clássica na literatura sobre o assunto, Thomas Marschall divide o conceito de cidadania em três partes ou elementos: civil (direitos necessários à liberdade individual e direitos à justiça - devido encaminhamento processual), política (direito de participar no exercício do poder político) e social (abarca desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico até a segurança ao direito de participar).²⁸⁷

A cidadania é um status dado aos membros integrais de uma comunidade, sendo que aqueles que têm status são iguais em respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao ele, não havendo um princípio universal que diga o que estes direitos e obrigações serão. No entanto, pode-se ter aspirações do modelo ideal, principalmente nas sociedades onde o conceito encontra-se em desenvolvimento.²⁸⁸

Um traço interessante em relação ao status de cidadania em termos democráticos é que as diferenças são aceitáveis, desde que sejam superficiais e que aconteçam em uma população coesa, numa civilização única, e não expressem privilégios hereditários, ou melhor, em uma sociedade igualitária as desigualdades não podem ser dinâmicas. Isto é, não incentivem a origem do descontentamento e o sentimento de desagrado, e sim busquem incentivos à mudança e melhoria.²⁸⁹

A cidadania moderna, assim definida e ampliada secularmente mediante o reconhecimento de novos direitos e de novos setores da população investidos com capacidade legal de usufruí-los, encontra-se hoje diante de uma encruzilhada de caminhos incertos. As condições que lhe outorgaram *viabilidade política* e *plausibilidade simbólica*, enquanto *status* universal, sofreram transformações profundas; transformações cujas implicações suscitam controvérsia quanto ao futuro da própria cidadania e aos eventuais rumos de sua reconstrução para se adequar às exigências dos novos tempos.²⁹⁰

²⁸⁶ NEVES, Raphael. **Transformações da Cidadania e Estado de Direito no Brasil**. (Coord) SILVA, Felipe Gonçalves e RODRIGUEZ, José Rodrigo. In: _____ Manual de Sociologia Jurídica. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 179.

²⁸⁷ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Zahar Editores: Zahar Editores, 1967, p. 63-64.

²⁸⁸ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Zahar Editores: Zahar Editores, 1967, p. 76.

²⁸⁹ *ibid*, p. 108.

²⁹⁰ LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, p. 75-93, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 07 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000200004>, p. 75.

É importante ressaltar a relação entre diferença e igualdade. No caso da filosofia política, refere-se à tensão entre a liberdade e a igualdade, cuja base responde os questionamentos quanto à desigualdade legítima ou tolerada, indispensáveis à plena realização do homem e à reprodução da sociedade. Tem-se a igualdade em seu premente potencial de integração, sagando-se como registro dominante para lidar concomitantemente com a desigualdade (contrário de equalização – integração material) e com a diferença (contrário de homogeneização – integração cultural), operando na delimitação do conjunto de iguais que formam a comunidade política, ou seja, da identidade.²⁹¹

A definição de cidadania está no exercício da democracia, implicando na participação em uma comunidade política a partir de uma perspectiva coletiva,²⁹² é a adesão às regras e práticas que conjugam o modo de coexistência humana, próprio da democracia pluralista.²⁹³

É oportuno ressaltar que a educação para os direitos deve ser prioridade, uma vez que até mesmo em países com cidadãos ativos como os Estados Unidos, há uma preocupação com a conscientização de crianças, adolescentes e membros de grupos sociais minoritários a respeito de seus direitos previstos na Constituição. Na América Latina, a Constituição colombiana apresenta essa mesma preocupação com o processo educativo²⁹⁴.

No Brasil não há sensibilidade e preocupação com a educação para os direitos e cidadania, pois a maioria da população desconhece seus direitos básicos. Nem por isso existem políticas ou previsão de criação de planos de educação e conscientização de direitos, uma vez, que a máxima alargada no sendo comum da população brasileira é a de que cidadania se resume ao direito de se fazer representado, através do voto.

²⁹¹ LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, p. 75-93, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 07 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000200004>, p. 87.

²⁹² MOUFFE, Chantal. **Liberalismo, Pluralismo Y Ciudadania Democrática**. Trad. Maria Dolores París Pombo. México: Instituto Federal Electoral: 1997, p. 15

²⁹³ Ibid, P. 47

²⁹⁴ CARVALHO, José Murilo. **O Acesso à Justiça e a Cultura Cívica Brasileira, Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento**. In: _____ Justiça Promessa e Realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 292.

3.2.2 Cidadania e jurisdição: Possibilidades e entraves

Uma democracia real entende que os cidadãos são ativos e conscientes de seus direitos, e que só se efetiva se os direitos fundamentais tiverem eficácia. Entretanto, para que haja essa cidadania ativa deve haver uma mudança de consciência dos indivíduos, os quais devem ver em si a figura de sujeitos de um novo processo de integração social e não só no papel de objetivo final das ações estatais. A efetividade da cidadania e a participação democrática deverão ocorrer não só através da eleição de representantes do povo, mas da existência e disponibilização dos meios e chances de participação.²⁹⁵

Desse modo, o processo jurisdicional contemporâneo assume o papel de via ou meio de participação do cidadão, um instrumento da jurisdição, de participação no poder, no alcance da realização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. É, portanto, um verdadeiro microcosmo da democracia, uma vez que concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como lugar da cidadania.²⁹⁶

Em outras palavras, a cidadania, ou o direito a ter direitos só é possível no âmbito do espaço público motivado pela ação como atividade própria do viver político de homens que se realizam como cidadãos, isto é, como agentes políticos. Somente a liberdade de agir que traz a possibilidade do novo vir ao mundo num espaço público, único espaço destinado aos feitos humanos, permite a construção e organização de uma comunidade capaz de garantir a efetivação dos direitos.²⁹⁷

O único meio para que os cidadãos possam apresentar seus direitos ofendidos ou em ameaça, em busca da justiça, é hoje através do Poder Judiciário²⁹⁸, pois cidadania necessita de instrumentos de proteção e garantia da ordem jurídica. Sem eles se vê impotente, mesmo sabendo que existem conflitos que podem e

²⁹⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e Democracia: Novo Horizonte, Outros Caminhos para a Práxis Cidadã**. In: Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito: 2008, p. 363.

²⁹⁶ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Tutela Constitucional do Acesso à Justiça**. Nubia Fabris: Porto Alegre, 2013, p. 80.

²⁹⁷ MELLEGARI, Iara Lucia; RAMOS, Cesar Augusto. Direitos humanos e dignidade política da cidadania em Hannah Arendt. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, [S.l.], v. 18, n. 29, p. 149-178, nov. 2011. ISSN 1983-2109. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/principios/article/view/1310/1018>>. Acesso em: 26 jan. 2016, p. 160.

²⁹⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana**. In: _____ Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

devem ser solucionados por instrumentos paraestatais ou privados. O Estado sem o processo e a jurisdição é uma instituição sem meios legítimos para o exercício do poder, ou em último nível, na busca da pacificação social.^{299 300}

A discussão entre o individual e comunitário, entre sistema legal e as alternativas para a resolução das disputas podem contribuir para uma melhor definição do papel do direito e de seus operadores na sociedade moderna³⁰¹. Portanto, para alcançar uma ordem jurídica justa, deve-se antes de tudo fortalecer a cidadania, pois o direito a ter direitos é a maior contribuição da nova ordem democrática.³⁰²

No entanto, a sociedade massificada produz conflitos de natureza coletiva ou difusa, intratáveis sob a luz dos esquemas clássicos processuais de caráter individual, em que a lentidão, o custo do processo e a burocracia da Justiça, afastam o detentor de interesses e distanciam o cidadão do poder público.³⁰³

A dupla: cidadania e acesso à justiça deve avançar lado a lado, pois o abandono de um desses elementos, traz sérios rebatimentos sobre o outro, prova disso encontra-se nas dificuldades de ampliar e usufruir os direitos civis, políticos e sociais, integrantes do conceito de cidadania, verificadas sempre que a ordem jurídica é rechaçada, e o acesso à uma ordem jurídica justa é obstaculizado, pois a grande derrocada da cidadania verifica-se, quando a estrutura estatal não permite a discordância, e institui o silêncio dos “cidadãos”, obrigando-os, aceitar muitas vezes o inaceitável.³⁰⁴

As reivindicações dos indivíduos em busca da justiça são abrangentes, e demonstram um expressivo grau de carências dos indivíduos em relação ao poder

²⁹⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, P. 249

³⁰⁰ Em sentido diverso, Rodolfo Mancuso, entende que a cidadania, vista a partir do acesso ao judiciário, seria um desserviço, uma vez que em um primeiro momento deveriam ser buscados os meios auto e heterocompositivos no âmbito extrajudicial, pois deixar a cargo do judiciário toda resolução de conflito, seria torná-lo um balcão de recepção e administração de conflitos, que em sua grande maioria poderiam ser resolvidos em outras sedes, como por exemplo nos departamentos de recursos humanos, comissões de conciliação prévia, etc. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 170.

³⁰¹ AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** (Resenha) VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In AZEVEDO, André Gomma (org). Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 440.

³⁰² NALINI, José Renato. **Acesso à Dignidade**. (org) YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide. In: _____ Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 257-258.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 205-206.

³⁰⁴ CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e acesso à justiça**. 1999, p. 02.

público. Assim, a abertura de uma via de acesso significa um desaguadouro para as mais distintas demandas, pouco importando a especificidade da instituição, pois o fato de se obter um registro de identidade ultrapassa a mera anotação, para um passar a existir na sociedade.³⁰⁵

Não há como dissociar o conceito de acesso à justiça e cidadania, uma vez que o primeiro promove a efetivação e a concretização dos direitos, e como anteriormente apresentado, cidadania é o direito a ter direitos; nesse caso, a jurisdição vem como o meio de garantia de que esses direitos sejam respeitados.

³⁰⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.179.

4 PROBLEMAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala em problemas de acesso à justiça, certamente é correto o uso do termo no plural, uma vez que não se restringe a um único problema, mas vários, pois estes sofrem muitas interpretações, sejam elas na seara jurídica, econômica, política ou sociológica. Além de ser um tema amplo e complexo conduz a doutrina na busca da identificação e análise destes problemas, a fim de produzir um diagnóstico que encontre a cura para a doença da falta de acesso à justiça. Assim, tal como na medicina, primeiro o médico examina (diagnostica) e depois propõe o tratamento adequado que levará à cura.³⁰⁶

[...] A farmacologia do acesso à Justiça, jurídico-dogmática e institucional, sem contar com o direito comparado, é pródiga, ainda que uso parcimonioso. Na verdade, não nos faltam remédios, mesmo grave sendo a doença. Falta é uma estratégia, digamos, uma política de mudança.³⁰⁷

Seria um tanto ingênuo acreditar que a presente pesquisa seria capaz de abarcar todos os problemas que afligem o acesso à justiça no Brasil, mas a proposta é desafiadora. Por isso, de maneira sucinta, traz os mais graves e conhecidos entraves a esse acesso, uma vez que a amplitude e complexidade do tema não permitem seu esgotamento em tão poucas linhas.

É fato que uma prestação jurisdicional de qualidade, ou seja, justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea, assegura o efetivo gozo do bem da vida, valor reconhecido no julgado, e não pode se concretizar enquanto o volume processos tramitando no judiciário³⁰⁸ for contado na casa dos milhões.

Por isso o Poder Judiciário brasileiro está fora do tempo e mesmo trabalhando muito produz pouco, se considerarmos que no seu caso o que se espera teoricamente é que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e como equidade os conflitos de direitos.³⁰⁹

Desse modo, o mau funcionamento, juntamente com o acúmulo de

³⁰⁶ FALCÃO, Joaquim. **Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento.** (in) Justiça Promessa e Realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 271.

³⁰⁷ Ibid, p. 271-272.

³⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 09.

³⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes.** Saraiva: São Paulo, 1996, p. 78.

processos e a paralisação da justiça, segundo Aloisio Surgik, não surge do nada, mas de vários fatores, como a burocracia e a extensa legislação sobre as mais diversas questões.³¹⁰

4.1 Obstáculos à efetivação do acesso no Brasil

A realidade brasileira tem mostrado que o acesso à justiça tem sido alvo de inúmeras reflexões e discussões, num turbilhão de vertentes, como a sua falta, as barreiras, descrédito, crise do Judiciário e reforma.³¹¹

Os problemas do acesso à justiça corroboram para o agravamento da distância entre o mundo da legalidade e da realidade, ou seja, a lei prevê, mas o cotidiano desconhece. Isso leva a um sério indicador de dificuldades no campo da efetividade das normas legais, uma vez que o reconhecimento desse fato não significa admitir que a CRFB/88 não tenha trazido mudanças; muito pelo contrário, o que são indiscutíveis são os problemas da justiça patrocinada pelo Estado, e de sua consequente crise.³¹²

4.1.1 Obstáculos Econômicos

A partir de uma perspectiva sociológica, três seriam os obstáculos para o acesso efetivo à justiça das classes populares, na perspectiva de Boaventura Santos, a saber: econômicos, sociais e culturais.³¹³

No que tange aos obstáculos econômicos percebeu-se que na grande maioria das sociedades capitalistas os custos da litigação eram muito elevados e aumentavam conforme baixava o valor da causa.³¹⁴

³¹⁰ SURGIK, Aloisio. **O Judiciário e o Povo**. In Desordem e Processo – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho. (org.) LYRA, Doreodô Araujo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 119.

³¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 01

³¹² SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coo. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p. 178-179

³¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 147.

³¹⁴ Idem.

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.³¹⁵

Nesse contexto, tomando como exemplo a Inglaterra, percebeu-se que em um terço das ações que tiveram contestação, os custos globais do processo superaram o valor da causa.³¹⁶

Na Itália verificou-se que os custos da litigação podiam atingir 8,4% do valor da causa em demandas com valor elevado, enquanto nas de baixo valor, o custo podia chegar a 170%.³¹⁷

No Brasil, em 2014, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 68,4 bilhões, ou seja, 1,2% do Produto Interno Bruto-PIB, representado em R\$ 337,00 de gasto com os serviços da justiça por habitante.³¹⁸

A partir dessas experiências, pode-se concluir que a justiça civil é cara para a sociedade, e pior, é proporcionalmente mais cara para os mais pobres, por serem os atores principais e os mais interessados nas ações de menor valor.³¹⁹

De fato, verificou-se que essa vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.³²⁰

Estas verificações tem conduzido a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo com o intuito de fazer baixar os custos econômicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma solução para todos os males, pois é necessário levar em conta vários fatores e submeter o problema a uma análise mais sistemática.³²¹

Nos Estados Unidos, percebeu-se na legislação e na litigância judicial altos custos e incertezas, fato reforçado pelo crescimento do mundo comercial e de

³¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 19.

³¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 147.

³¹⁷ Idem,.

³¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em: 18 jan. 2016, p. 29.

³¹⁹ Op. cit, p. 147.

³²⁰ Idem.

³²¹ Op. cit, p. 148.

negócios. Tal fato conduziu à reforma das regras de responsabilidade civil, as quais, a partir de 1976, passaram a estabelecer uma série de restrições à responsabilidade da empresa e às possibilidades de demandá-la em juízo, entre outras críticas.³²²

A resolução formal de litígios, principalmente nos tribunais, é muito cara na maior parte das sociedades modernas³²³. Assim, o Estado paga os custos com salários de pessoal, conduz o andamento da máquina judiciária, como o juiz e auxiliares, e ainda cuida da infraestrutura para que esses Tribunais se mantenham. Neste sentido, é lógica a máxima de que os demais custos do processo sejam arcados pelos litigantes, como os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.³²⁴

Desse modo, um exemplo de sistema judiciário de valor elevado é o Sistema Americano, em que o vencido não fica obrigado a pagar honorários ao seu advogado, mas fica condicionado a custos excessivos do processo, pois deve-se lembrar que sistemas desse porte formam uma barreira poderosa sob o sistema mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência.³²⁵

Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo — ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior — ele pagará os custos de ambas as partes. Além disso, em alguns países, como a Grã-Bretanha, o demandante muitas vezes não pode sequer estimar o tamanho do risco — quanto lhe custará perder — uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito.³²⁶

Assim, é possível questionar-se se realmente a sucumbência poderia ser considerada uma barreira substancial, caso comparada ao caro sistema americano³²⁷, pois esse sistema, claramente acaba se tornando uma barreira ao acesso à justiça, quando apresenta altos custos a serem suportados por uma das partes³²⁸. Em alguns casos, ao impetrar ação, o juízo precisa ser segurado para

³²² GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA – Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 78-79.

³²³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

³²⁴ Ibid, p. 15-16

³²⁵ Ibid, p. 16-17

³²⁶ Ibid, p. 17.

³²⁷ Ibid, p. 18

³²⁸ Idem.

pagamento de despesas processuais necessárias ao curso do processo, mesmo antes de propor a ação.³²⁹

As barreiras ao acesso à justiça podem ser originadas pela organização judiciária, pela forma de distribuição dos juízes no território, pela distribuição dos custos e pelos benefícios decorrentes da lentidão da justiça (como uma parte da advocacia tem tirado proveito desse problema).³³⁰

Um primeiro equívoco ocorre quando se evidencia que o desejo e o objetivo das partes em alguns casos, não é “ganhar” a causa, mas sim ganhar tempo, posto que já se tem o conhecimento do direito da parte contrária; entretanto, precisa-se retardar o procedimento de reconhecimento desse para evitar a condenação precoce, fato que dá azo à morosidade³³¹ cada vez mais especializada.³³²

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.³³³

Assim, os obstáculos ao acesso de justiça estão mais ligados a pequenas causas e autores individuais, principalmente o mais pobres, do que litigantes organizacionais que obtêm vantagens particulares no uso do sistema judicial.³³⁴

4.1.1.1 Pobreza

Embora, o direito ao acesso à justiça no Brasil, como em outros países, seja direito constitucional inafastável, apresenta-se em alto custo, contrapondo-se à

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 17-18

³³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 148.

³³¹ FONSECA, J. P. **Problemas Estruturais do Judiciário**. 2011. 184 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011, p. 31.

³³² “Certa vez em conversa com uma secretária antiga de escritório de advocacia, essa com muito alegria, aplaudia as atitudes de seu empregador, dizendo que admirava a perspicácia dele, em nunca desistir, poderia estar perdido, mas ele iria até o fim, em garantia do direito da parte, nem que fosse para retardar a perda, pois ela ainda estaria ganhando”. Isso demonstra, que a cultura popular, diz que aquele profissional que retarda ao máximo o processo, o faz em garantia ao direito da parte propensa a perda, e mais, existem hoje escritórios especializados em recursos, a fim de que possam achar meandros cada vez mais eficazes para que o processo seja postergado.

³³³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 20.

³³⁴ *Ibid*, p. 28.

realidade social brasileira de pobreza, sendo esse, um grave entrave ao efetivo direito ao acesso à justiça. É ainda piorado pelo princípio constitucional da igualdade a ser aplicado diretamente entre as partes, numa leitura meramente formal da lei, esquecendo-se da isonomia, não se levando em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes.³³⁵

De um modo ou de outro, a mais censurável omissão do Estado é a do Judiciário que, infelizmente, também caiu na armadilha da mencionada linguagem econômica. E, na verdade, um dos piores exemplos de conduta contra as ações afirmativas tem partido do próprio Judiciário, incidindo sobre a condenável discriminação decorrente da condição social do cidadão. Ora, a Justiça deve resolver conflitos entre pobres e ricos indistintamente. No entanto, continua a Justiça Civil sendo domínio dos ricos, enquanto a Criminal perseguidora dos pobres. Tem, pois, o Judiciário exigido prova cabal de ser o pobre que pleiteia assistência judiciária gratuita realmente miserável, não se contentando com sua declaração nesse sentido, como faculta a lei. E manda cancelar a distribuição caso não recolhidas as custas. Quando o requerente consegue os recursos emprestados e recolhe as custas, é acusado de incidir em litigância de má-fé. É a própria Justiça negando acesso dos pobres ao Judiciário, quando se sabe que convenções internacionais definem como direito humano o acesso de todos à Justiça de seu País.³³⁶

Para que ocorra a efetividade perfeita no contexto de um dado direito substantivo, deve haver completa “igualdade de armas”, traduzida na garantia de que a finalização do processo só dependerá dos méritos jurídicos das partes litigantes, abominando qualquer diferença alheia a isso. Infelizmente, é claro que a perfeita igualdade, naturalmente, é utópica.³³⁷

4.1.2 Obstáculos sociais e culturais

Quanto ao obstáculo social e cultural estudos revelam que o distanciamento dos cidadãos em relação à administração da justiça, é na proporção inversa ao

³³⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves.** (org.)LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, P. 252.

³³⁶ BUSCHEL, Ines do Amaral. **O Acesso ao Direito e à Justiça.** (coord) LIVIANU, R., Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.149.

³³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

estrato social em que se encontram, ou seja, quanto mais baixo o estrato social, maior a distância da administração da justiça.³³⁸

4.1.2.1 Possibilidades das Partes e a sua defesa em juízo.

A distância entre o cidadão e a administração da justiça deve-se não só a fatores econômicos, mas sociais e culturais. Mesmo que uns e outros possam estar mais ou menos relacionados com as desigualdades econômicas, os cidadãos de menores recursos tendem a ignorar seus direitos. A partir disso, têm mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico. Com isso, ignorando direitos, acabam desconhecendo as possibilidades de reparação jurídica.³³⁹

Ainda, alguns cidadãos com menores recursos apesar de reconhecerem um problema como jurídico, como violação de um direito, necessitam de disposição para interposição da ação, o que normalmente não ocorre nos estratos mais pobres, pois a excitação em recorrer aos Tribunais é comum, até mesmo quando reconhecem estar perante de um problema legal.³⁴⁰

É cediço dizer que a identificação do problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para resolvê-los, não são suficientes para que a iniciativa seja de fato tomada, pois quanto mais pobre o cidadão, menos provável que tenha contato com os advogados.³⁴¹

Dessa forma, fica claro que os indivíduos têm maiores dificuldades para afirmar seus direitos, quando essa reivindicação envolve ações judiciais por danos relativamente pequenos contra grandes organizações.³⁴²

Relevante é o fato de que mesmo com todas essas dificuldades a presença de advogado em todo e qualquer processo é importante para a consubstanciação do efetivo acesso à justiça.³⁴³

³³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Afrontamento: Porto, 1994, p. 148.

³³⁹ Idem, p. 148.

³⁴⁰ Idem, p. 148.

³⁴¹ Op. cit, p. 149.

³⁴² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 28.

³⁴³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. (org.)LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 259

Com a obrigatoriedade constitucional de que o Estado deve proporcionar a defesa dos hipossuficientes, surgem as defensorias públicas, as quais possuem o condão de atuar em juízo na defesa dos interesses daquele cidadão sem recursos para a contratação de um advogado.

Depreende-se que a assessoria jurídica pública atua não só perante os tribunais, mas muito além deles, mediante a construção constante de uma verdadeira cidadania popular, ou seja, não faz apenas a defesa, em todos os graus, dos necessitados, mas oferta orientação jurídica.³⁴⁴

No entanto, apesar da previsão constitucional, não são todas as cidades que possuem defensorias públicas instaladas, o que é assustador, pois os números da relação de existência de fóruns de justiça e a Defensoria Pública demonstram que poucas cidades são sede de comarcas ou têm instalada a Defensoria Pública. Em Goiás, 49,2% dos municípios, não têm fórum e nem Defensoria Pública; em Minas Gerais, esse número fica na casa dos 38,5%; no Rio Grande do Sul, 48,6%; em Pernambuco, 11,9%; Pará, 11, 3%; e Rio de Janeiro, 8,7%.³⁴⁵

Dessa forma, o problema trazido pelo acesso à justiça não é, de maneira alguma, a permissão de que se possa recorrer aos Tribunais, mas implica em se procurar realizar a justiça no contexto em que se colocam as partes³⁴⁶. É a verdadeira aplicação do direito, o verdadeiro acesso à justiça.

4.1.2.2 Ausência de informação

Para que o acesso à justiça seja efetivo, há que existir conhecimento dos cidadãos de seus direitos, pois caso contrário seriam inefetivos³⁴⁷, pois não existem Defensorias Públicas em todas as comarcas do Poder Judiciário. Para dirimir

³⁴⁴ GOMES, Lilian Cristina Bernardo. TORRES, Ana Paula Repolhes. GOULART, Paloma. **Desigualdades no Acesso à Justiça e Atores Recorrentes nos Tribunais no Brasil**. (org) Leonardo Avritzer, Marjorie Marona, Vanderson Carneiro. In: _____ Cartografia da Justiça o Brasil, uma análise a partir dos atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

³⁴⁵ AVRITZER, Leonardo. MARONA, Marjorie. CARNEIRO, Vanderson. **Cartografia do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos no Brasil**. (org) Leonardo Avritzer, Marjorie Marona, Vanderson Carneiro. In: _____ Cartografia da Justiça o Brasil, uma análise a partir dos atores e territórios. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 103.

³⁴⁶ GALANTER, Marc. **A Justiça não se Encontra Apenas nas Decisões dos Tribunais**. In Justiça e Litigiosidade: Histórica e Prospectiva. HESPANHA, Antonio Manuel (org) Porto: Orgal -Orlando e Ca. Lda, 1993, p. 75.

³⁴⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. (org.)LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito., 2008, P. 255.

dúvidas sobre determinadas situações, muitas vezes estas pessoas buscam nos balcões dos fóruns informações jurídicas, e de outra sorte, com servidores e estagiários despreparados, os quais muitas vezes desconhecem de direito, ou se prestam a dar informações rasteiras e superficiais, em razão do acúmulo de trabalho que possuem.

As pesquisas efetuadas no país sobre essa temática demonstram um nível de desinformação muito grande em relação à legislação vigente, sendo que muitas pessoas simplesmente desconhecem seus direitos mais elementares. Do mesmo modo, desconhecem por completo os instrumentos processuais existentes para garantir esses direitos.³⁴⁸

A temática falta de informação está melhor abordada, no tópico cidadania.

4.1.3 Obstáculos judiciais

A crise do Poder Judiciário brasileiro é reflexo da crise do Estado, cuja promessa de concretizar a felicidade humana não foi cumprida, sendo que a descrença na justiça não poderia deixar de ocorrer também.³⁴⁹

O Judiciário, ao lado dos demais poderes do Estado, é tão responsável quanto eles pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte e não tem o direito a sentir-se alheio ao grande projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária.³⁵⁰

Na década de 1970, quando da promulgação do novo código de processo civil, a tônica que embalava o processo civil era de que este era um meio que o Estado colocava à disposição dos litigantes para administração da justiça, não tendo como fim a simples definição de direitos na luta entre as partes em conflito, mas sim o interesse de ambas. Seu desejo era o de ter razão, enquanto o objetivo do processo era dar razão a quem realmente tinha, sendo essa finalidade na verdade não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda

³⁴⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves.** (org.) LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 253.

³⁴⁹ NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga.** Millennium: Campinas, 2006, p. XIII.

³⁵⁰ Ibid, p. 253.

sociedade³⁵¹. Esse fato hoje não tem mais suporte na doutrina, a qual busca a satisfação do cidadão, tendo o novo Código de Processo Civil que entra em vigor a partir de março de 2016. O paradigma da conciliação e mediação como prioritárias, é o ressurgir da autocomposição como política adequada de tratamento.

O juiz resolve o conflito conforme a legislação em vigor, em uma intervenção que visa à compensação econômica como punição pela afronta ao direito, decidindo os conflitos obrigacionais, com mudança de lugar de uma parte dos patrimônios discutidos.³⁵²

As práticas preponderantes no Poder Judiciário e, em geral, na atuação dos operadores do direito no país manifestam-se de acordo com princípios como formalismo, linguagem técnica, monopólio de atuação por advogados, controle pelo Poder Judiciário, modelo hierárquico de gestão de conflitos.³⁵³

As práticas judiciárias - a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história - me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.³⁵⁴

Resta evidente que não é possível reduzir a questão do acesso à justiça somente a instrumentos processuais adequados à efetivação dos direitos reconhecidos, mas também não se pode afastar a ideia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário, através do processo³⁵⁵, que necessita ser capaz de dar resposta aos anseios das partes, e para além delas, a sociedade.

³⁵¹ BUZAID, Alfredo. **Código de Processo Civil**. 1º Vol. Tomo I (histórico da Lei n. 5.869/ 73) Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 12-13.

³⁵² WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressões, 1999, p. 14

³⁵³ PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 34-35.

³⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 11.

³⁵⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. (org.)LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 249.

4.1.3.1 Duração do processo

Notícias veiculadas em 1912 já traziam críticas de Ruy Barbosa, quanto à demora da prestação jurisdicional, tendo afirmado que *justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.*³⁵⁶ (grifo nosso)

É fato que a tramitação do processo não poderia ficar distante da influência da variável tempo, levando o legislador a se preocupar com a tutela jurisdicional prestada em tempo razoável. Nesse afã, passa a editar normas que tornam o processo instrumentalizado de forma ideal, com o fito de ter um prazo razoável de duração.³⁵⁷

A duração média dos procedimentos é insuportável e existem muitas razões endógenas e exógenas que explicam este modo de ser do processo. Algumas pertencem à organização judiciária, mas também aos singulares comportamentos das castas (magistrados, advogados, em geral, “jogadores habituais”): as durações médias mudam de lugar para lugar e de ano para ano, pela qual grande parte da culpa é também de quem e de como se administra a justiça. Outras são internas a algumas limitações e algumas irracionalidades do mecanismo processual, já sobrecarregado de reformas e de regras que se sobrepõem e que uma inteligência reformista deveria, se não outro, simplificar.³⁵⁸

A jurisdição sofre lenta e gradual em meio à crise, que surge da insuficiência e da falta de condições para o cumprimento de seu fim, qual seja, pacificar a sociedade. Um dos diagnósticos dados pela mídia é a burocracia, que não acompanha a velocidade do mundo moderno, levando a um retardo das respostas aos jurisdicionados com boa perda democrática no acesso à justiça.³⁵⁹

Notório que há direitos que sucumbem de forma irremediável quando a tutela não é prestada oportunamente; outros que se tornam menos úteis diante de uma tutela tardia; há aqueles, ainda, que, reconhecidos somente após longo iter procedimental, em vez de satisfazerem de plano o direito declarado, ficam na dependência de posterior processo de execução (sentenças condenatórias); e, finalmente, aqueles que, por um reconhecimento tardio, em vez de pacificarem, só inspiram no

³⁵⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. Coordenadores Alice Bianchini e Luiz Flavio Gomes. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 43.

³⁵⁷ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 123.

³⁵⁸ RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Trad. Fabiana Marion Spengler. Essere Del Mondo: Santa Cruz do Sul, 2014, p. 19.

³⁵⁹ JUNIOR, Julio Cesar Marcelino in org. FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Novos Direitos e Economia: (des) encontros entre tecnologia, Velocidade e Jurisdição**. In: _____ Novos Direitos e Sociedade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 208.

jurisdicionado desgaste emocional, gerado por um constante estado de dúvida e incerteza com a demora.³⁶⁰

A Justiça brasileira é lenta, segundo Renato Nalini e se caracteriza como um sistema que trabalha no passado, sem pensar no futuro. A falácia da dicotomia segurança e celeridade explica a lentidão do processo, mas não convence mais jurisdicionado, que espera uma solução humana sensata para o conflito e não uma resposta divina, ressaltando, em sua opinião, que mais vale hoje estar 80% certo e rápido do que 100% certo e atrasado. Isto porque a busca da decisão perfeita ou imperfeita estaria longe do conflito.³⁶¹

O processo converteu-se em um instrumento excessivamente apegado, em nome da segurança jurídica, à forma³⁶², pois para o direito, a forma, é venerada como se fosse o caminho sincero da verdade.³⁶³

Não se pode duvidar de que segurança jurídica e efetividade do tempo razoável do processo seriam postulados opostos, uma vez que a procrastinação da decisão mais do que o necessário seria inaceitável, pois o que se busca é o equilíbrio da segurança e da celeridade.³⁶⁴

Portanto, a maior dificuldade da política processual está em encontrar o equilíbrio aceitável entre a celeridade e a justiça, pois, mais do que uma justiça pronta a resolver os problemas dos cidadãos, ela deve ser justa.³⁶⁵

A questão do tempo, isto é, da duração de um procedimento, nos leva ao nó do convencionalismo; a relação mais geral entre direito e tempo é uma reserva ilimitada. Certo, não saberemos jamais o que perdemos quando perdemos o tempo; por outro lado, o tempo é um recurso não igualmente distribuído e isto significa que em um conflito o tempo que alguém perde é ganho pelo outro; e enfim, do ponto de vista não da ética pública, mas simplesmente da racionalidade social, é um empobrecimento coletivo o fato de que se desperdicem recursos, mesmo temporalidades, com bases rituais, simbolicamente significativas, grandiosas, mas inúteis e que não se pode efetuar.³⁶⁶

³⁶⁰GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo- De Acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/2002.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p. 17.

³⁶¹NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga.** Campinas: Millennium, 2006, p. 173.

³⁶²Ibid, p. 287.

³⁶³FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O Novo (em) Direito.** OAB: Florianópolis, 2006, p. 227.

³⁶⁴TUCCI, José Rogério Cruz; ROGÉRIO, José. **Garantia do processo sem dilações indevidas- responsabilidade do estado pela intempestividade da prestação jurisdicional.** ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). In: _____ Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 325.

³⁶⁵REIS, José Alberto. **Código de Processo Civil Anotado**, vol. I, 3ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, p. 624.

³⁶⁶RESTA, Eligio. **Tempo e Processo.** Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014, p. 19

O princípio da eficiência é o objetivo do novo modelo de jurisdição, isto é, tornar-se rápido, princípio trazido pela Reforma Gerencial do Estado de 1998.³⁶⁷ Não pode nesse contexto, deixar-se trair pela falácia da justiça rápida, pois ela tende a ser rápida, para quem tem interesses resguardados de forma certa, por isso pugna para uma nova reforma judicial, um terceiro momento, agora com foco na promoção do acesso à justiça.³⁶⁸

Nesse ínterim, Jose Rogério da Cruz Tucci, lembra a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de quatro de novembro de 1950, para a qual é direito de toda pessoa que a sua causa tenha exame equitativo e público, em um prazo razoável, por um Tribunal que seja independente e imparcial, instituído por lei. Este decidirá sobre os direitos e obrigações civis ou sobre fundamento de qualquer acusação na seara criminal à pessoa dirigida, sendo esse diploma internacional a influência para que o direito ao processo sem dilações indevidas passe para o status de direito subjetivo constitucional.³⁶⁹

José Rogério da Cruz Tucci traz em seu texto a relativamente recente pesquisa feita pelo instituto *American Bar Associative*, sobre o que seria tolerável em relação a tempo de duração do processo nos Estados Unidos. Ele relata que das causas cíveis em geral, 90% devem ser iniciadas, processadas e concluídas em doze meses, e os restantes 10%, decorrentes de casos excepcionais devem durar no máximo 24 meses; casos cíveis sumários, processados nos juizados especiais, devem ser finalizados em trinta dias; das relações domésticas, 90% devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de modos alternativos em trinta dias, 98% dentro de seis meses e 100% em um ano; quanto às causas criminais, dos crimes graves, 90% destes processos devem ser extintos no prazo de cento e vinte dias, a contar da data do fato, 98% em cento e oitenta dias e 100%, em um ano; crimes menos graves e contravenções, 90% devem ser concluídos em trinta dias e 100% no prazo máximo de noventa dias; atos infracionais em caso de detenção, não podem

³⁶⁷ JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **Novos Direitos e Economia: (des) encontros entre tecnologia, Velocidade e Jurisdição**. In: _____ *Novos Direitos e Sociedade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 209.

³⁶⁸ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 26-27.

³⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz; ROGÉRIO, José. **Garantia do processo sem dilações indevidas—responsabilidade do estado pela intempetividade da prestação jurisdicional**. ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). In: _____ *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 326.

ultrapassar vinte e quatro horas, caso contrário, não pode exceder trinta dias. Lembrando que os parâmetros apresentados alteram entre as diversas e complicadas espécies de jurisdição do ordenamento norte-americano, no entanto, o norte seguido pelo tribunal é o postulado da celeridade processual.³⁷⁰

Assim, o Estado (entenda-se Poder Judiciário) de hoje, identifica-se pela sua função social, que é seu cuidar do bem comum e justiça social. A demora na prestação jurisdicional é o pleno descumprimento da sua função, pois não existe justiça social quando o Poder Judiciário não consegue oferecer uma pronta e efetiva resposta às demandas que lhe são apresentadas.³⁷¹

O tempo ideal de um processo deve equilibrar-se entre rapidez, eficiência e proteção dos direitos, a chamada morosidade necessária, que reflete o tempo ideal para o cumprimento das práticas judiciais.

Assim, deve ser analisada a morosidade processual, levando em conta os prazos legais e o tempo médio de andamento e permanência dos autos nos cartórios, pois em pesquisa feita no sistema judicial brasileiro em 1991, essa morosidade necessária foi estimada em 52,36 meses, ou seja, quatro anos, um mês e seis dias. Apesar de abarcar os padrões processuais vigentes, é considerada excessiva, se comparada a outros países, como a França, cuja média entre 1976 e 1986 ficou no *Tribunal de Grande Instance* 12, 9 meses e no *Tribunal de Instance* 4,2 meses; na Itália (1988) *Tribunali Primo Grado*, 26 meses, e *Preture* 14,4 meses; Alemanha (1988), *Amstgsgerichte* 4,5 meses, *Landgerischte* 8,9 meses; e Portugal, Tribunais de Primeira Instância 17 meses.³⁷²

O grande problema dos objetivos processuais é que eles estão baseados em metas utópicas – como a de justiça e de verdade. Embora as utopias tenham um papel importantíssimo na elaboração dessas metas, elas jamais

³⁷⁰ A. Clark e J. Merryman, *Measuring the duration of judicial and administrative proceedings*, in *Michigan law review*, 75(1976):89 ss citado por TUCCI, José Rogério Cruz; ROGÉRIO, José. **Garantia do processo sem dilações indevidas–responsabilidade do estado pela intempestividade da prestação jurisdicional**. ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). In: _____ Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: **Forense**, 2005, p. 335.

³⁷¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. (org.)LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Conceito: Florianópolis, 2008, p. 262

³⁷² ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 131-155, nov. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200005&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200005>., 142-146.

podem ser confundidas com elas. Isso acontece frequentemente e gera efeitos extremamente negativos, como a desvalorização das instituições reais, que são muito diferentes de suas versões utópicas, e a justificação de qualquer medida, norma ou instituição voltada ao alcance da utopia. A utopia serve somente para delimitar a esfera do possível e para abrir potencialidades, evitando o conformismo. Dessa forma, todas as metas devem passar pelo crivo da factibilidade, para que não se caia em uma perseguição ao infinito, com todos os efeitos perniciosos mencionados. No caso do processo, a busca da verdade legítima a morosidade e a inefetividade do Judiciário.³⁷³

Com relação ao tempo da demora para ser solucionada a controvérsia, extrai-se um grande problema, que é a incerteza do rumo do processo, pois não se sabe qual será a sua duração e nem seu resultado, uma vez que fatos além partes aparecem durante o processo e devem ser considerados pelo julgador.³⁷⁴

Muitas foram as reformas ocorridas no Judiciário a fim de resolver os problemas crônicos do trâmite dos processos. No entanto, nenhuma delas conseguiu transformá-lo no serviço público ágil, descomplicado, célere e não dispendioso a que a população aspira.³⁷⁵

No Brasil urge a necessidade da modernização da legislação processual civil para que a agonia do jurisdicionado que espera por muito tempo a solução para seu conflito diminua³⁷⁶, pois assombrosa é a morosidade e a inefetividade do judiciário, o qual infelizmente já caiu no senso comum, como sistema em crise.³⁷⁷

Uma solução moderna encontrada para a redução do tempo de trâmite é o processo digital e toda a interconectividade proporcionada pela era digital, como também os avanços tecnológicos que trouxe³⁷⁸, no entanto ainda, longe está da eficiência e de tramitação em tempo adequado e satisfatório.

³⁷³ FONSECA, Juliana Ponde. **Problemas Estruturais do Judiciário**. 2011. 184 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011, p. 03.

³⁷⁴ NETO, João Baptista de Mello e Souza. **Mediação em Juízo – Abordagem Prática para Obtenção de um Acordo Justo**. São Paulo: Atlas. 2000, p. 25.

³⁷⁵ NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. XV.

³⁷⁶ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 74.

³⁷⁷ Op. cit, 01

³⁷⁸ SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. Duração do processo no Brasil e novas alternativas nascidas com a Emenda Constitucional n. 45/2004. In **O sistema de justiça e suas instituições - Ensaios à luz dos Direitos Humanos e Democracia** in prefácio. (org) SPENGLER, Fabiana Marion. COPELLI, Giancarlo Montagner. JAQUES, Marcelo Dias. 1ª ed. Essere Del Mondo: Santa Cruz do Sul, 2014, P. 68

4.1.3.2 Qualidade na prestação dos serviços e inexistência ou ilegitimidade do direito material

O poder Judiciário deve estar sempre conectado com a vontade do povo, antecipando as necessidades de todos, bem como deve ser submetido a contínuos e crescentes controles de qualidade.³⁷⁹

Muitas camadas de sentido não é por acaso que venham da sabedoria jurídica e da sua técnica de imunização dos conflitos. A figura do juiz é aquela do *terceiro* estranho ao conflito, que diz a última palavra (*ius dicere*) graças a uma metalinguagem capaz de compreender e julgar sobre as linguagens. O terceiro se reivindica competente justo porque estranho e superior às razões dos contendentes em jogo. A sua neutralidade é importante, mas nem tudo pode ser remetido à neutralidade sem o risco de abstração.³⁸⁰

Mesmo tendo a Justiça Estadual 64,5% do total de servidores do Poder Judiciário (setor do judiciário com maior acúmulo de demandas), seguida da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, com, respectivamente, 14,8% e 10,3% do total de servidores, não consegue dar vazão ao trabalho acumulado, mantendo-se no *ranking*, como a mais morosa.³⁸¹

É momento de proposição de alternativas à disfuncionalidade e à ineficiência do judiciário por todos os seus responsáveis e por aqueles que se interessam pela justiça e pensam no futuro.³⁸²

Ressalta-se que a ilegitimidade do direito material criado pelos mecanismos legislativos e executivo, cria leis de constitucionalidade discutível e com isso abarrotam o judiciário com demandas desnecessárias, pois se o Estado cumprisse seu papel, não haveria a necessidade dessas discussões.³⁸³

³⁷⁹ NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 38.

³⁸⁰ RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014, p. 28.

³⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em: 18 jan. 2016, p. 31.

³⁸² Op. cit. ,p. 39.

³⁸³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. (org.)LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes. In:_____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 272

4.1.3.3 Volume de demandas e os grandes litigantes

É notório o fato de que o aumento de ações tramitando no judiciário segue um crescimento constante, causando um reflexo paradoxal, uma vez que a grande quantidade de demandas provoca uma redução da velocidade processual, com aumento do tempo para a análise dos casos em razão da inalterada estrutura humana e do estado nos últimos anos.³⁸⁴

É certo que o congestionamento do Poder Judiciário tornou-se um grande problema para a concretização dos direitos de todos. No entanto, isso não significa que a cultura brasileira transformou-se a ponto que a consciência cidadã, ou seja, de detenção de direitos, fosse ampliada; muito pelo contrário, não existem no Brasil, políticas de educação para a cidadania, e a maioria da população ainda ignora boa parte de seus direitos.

Então como explicar esse congestionamento, se ele não é resultado da extensão da consciência cidadã? Ocorre, como se verá a seguir, com os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que existem alguns litigantes que detém quase 100% da fatia das demandas do judiciário. Por isso, há que se falar que esses litigantes são os contumazes e prejudicam o acesso à justiça, bem como ordem jurídica justa, independente do polo que integram.

Em uma pesquisa feita em Lisboa, Portugal, buscou-se quais eram os tipos de ação que mais figuravam no Tribunal. Descobriu-se que 81% das ações eram de cobrança civil, ações que na Dinamarca nem chegavam ao Poder Judiciário, pois esses tipos de processos eram resolvidos na secretaria do tribunal.³⁸⁵

No Brasil, entre os assuntos mais demandados, em primeiro lugar estão ações trabalhistas da Justiça do Trabalho, com as rescisões de contrato de trabalho e verbas rescisórias, 10,3% do acervo; em segundo lugar, as questões de direito civil, envolvendo obrigações e contratos, 5,56%; em terceiro, as questões de direito do consumidor, responsabilidade do fornecedor e indenização por dano moral com

³⁸⁴ FELTEN, Maria Silva. **O exaurimento do Modelo Jurisdicional – Ponderações sobre um diagnóstico possível.** In: _____ O sistema de justiça e suas instituições - Ensaios à luz dos Direitos Humanos e Democracia in prefácio. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014, p. 37.

³⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade.** 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 145.

4,01%; em quarto, direito tributário, com as dívidas ativas, 3,23%; e quinto, direito civil, com responsabilidade civil e indenização por dano moral, 2,48%.³⁸⁶

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem divulgado nos últimos três anos o “Relatório dos 100 maiores litigantes” e tem sido recorrente a indicação de que os 90 Tribunais de todo o País estão abarrotados, de processos. Uma leitura apressada dessa produtividade quantitativa dos tribunais pode levar a uma correlação falseada de que esse número estaria relacionado a um aumento do acesso à justiça, o que teria como consequência o aumento do número de atores que expressariam diferentes demandas ou mesmo um aumento do papel do Judiciário na implementação de direitos. Ainda que pudéssemos aceitar a ideia de que um conjunto de atores tem acionado o sistema de justiça mais frequentemente no Brasil, entendemos que acionar o sistema de justiça é bastante diferente de ter acesso à justiça. Ou seja, o aumento do número de processos revela que o sistema de justiça tem sido cada vez mais acessado no Brasil, o que não quer dizer, pelo menos a princípios que a pluralidade de atores e demandas que se fazem presentes na sociedade está conseguindo se expressar no sistema de justiça, fazendo, assim, com que o sistema cumpra o papel de ser um viés de afirmação de direitos dos diversos segmentos e demandas, seja de indivíduos e/ou de coletividades.³⁸⁷

Em pesquisa feita pelo CNJ em 2012, elaborou-se uma lista dos 100 maiores litigantes no Brasil, sendo o maior deles o setor público federal, com 12,14% de todas as ações que correm nos Tribunais brasileiros, estadual, federal e do Trabalho. Esmiuçando a pesquisa, tem-se que na Justiça Estadual, o primeiro lugar fica com os bancos, com 12,95% da ações; o segundo lugar fica com o setor público municipal, com 10, 88%; terceiro, com o setor público Estadual, 6,88%; quarto o setor público Federal, com 3,11%; e em quinto as empresas de telefonia com 1,84%.³⁸⁸

No âmbito da Justiça Federal, o primeiro lugar é disparado do setor público federal com 83,19% das ações em trâmite, em segundo seguem os bancos com 9,60%, terceiro, os conselhos de classe com 2,76%, quarto, setor público estadual com 0,56% e quinto a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, com 0,41%.³⁸⁹

³⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em: 18 jan. 2016, p. 50.

³⁸⁷ AVRITZER, Leonardo. MARONA, Marjorie. CARNEIRO, Vanderson. **Cartografia do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos no Brasil**. In: _____ Cartografia da Justiça o Brasil, uma análise a partir dos atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129-130.

³⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf.> Acesso em: 18 jan. 2016.

³⁸⁹ Idem.

4.1.3.4 Problemas especiais dos interesses difusos

Outra barreira ao acesso à justiça são os denominados interesses difusos, interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor.³⁹⁰

Esses interesses difusos apresentam como problema básico a razão de sua natureza. Isto é, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.³⁹¹

Na razão desse interesse, surge a dificuldade de compatibilizar a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, edificado sobre o aporte teórico de proteção do indivíduo como único titular de direitos, com a necessidade de garantir e proteger os demais direitos de caráter não individual.³⁹²

Quanto à questão acesso à Justiça, podem ser feitas algumas perguntas: A quem se procura dar acesso? Onde encontrar essa justiça que se quer e que as pessoas tenham acesso? Em que lugar tem a sua sede? Quem vai administrá-la? De maneira bem simplista e única podem ser assim respondidas: a grande maioria dos esforços para o respeito ao acesso à justiça destina-se no fundo, a permitir aos interessados recorrerem aos tribunais para fazer julgar os seus conflitos.³⁹³

Tal decisão, na maioria das vezes é mera aplicação da lei, que serve de consolo ao cidadão brasileiro de que existem regras para o mínimo do convívio social, e que há um vasto universo de normas no ordenamento jurídico nacional.³⁹⁴

³⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1994, p. 149.

³⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

³⁹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 257

³⁹³ GALANTER, Marc. **A Justiça não se Encontra Apenas nas Decisões dos Tribunais**. In: _____ Justiça e Litigiosidade: Histórica e Prospectiva. Porto: Orgal -Orlando e Ca. Lda, 1993, p. 61-62.

³⁹⁴ NETO, Adolfo Braga. **Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos in Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. (Coord) GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

4.1.3.5 Estrutura judiciária e formalismo

Hoje o primeiro grau de jurisdição dispõe de uma estrutura de 14.985 cartórios judiciais, divididos entre varas de competência específica, acumuladas com juizados, varas específicas de juizados especiais, zonas eleitorais e auditorias militares estaduais e da União para atender a totalidade dos 5.570 municípios brasileiros, tendo São Paulo no cômputo geral a maior concentração de habitantes por unidade judiciária.³⁹⁵

O relatório anual do CNJ, Justiça em números, traz em sua pesquisa o número de magistrados para cada cem mil habitantes. A justiça estadual em 2014 possuía 5,74 juízes para atender cem mil habitantes, enquanto na Justiça do Trabalho, eram 1,68, e a Justiça Federal 0,86 juízes.³⁹⁶

A população enxerga a justiça como parcial, imprevisível, morosa e excludente. Segundo Renato Nalini, isso ocorre em razão da falta de gestão administrativa, pois o Estado não se preocupa com qualificação, faltando-lhe práticas modernas de organização e método. Não há uma preocupação com a educação continuada dos quadros funcionais, como no caso da magistratura que em suas escolas cuidam da técnica jurídica e não ensinam o juiz a ser administrador das situações de conflito.³⁹⁷

O Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Entre eles se podem destacar: (a) a morosidade existente na prestação jurisdicional, (b) a carência de recursos materiais e humanos, (c) a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo, (d) centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias, (e) o corporativismo de seus membros a forma de ascensão na carreira, (f) inexistência de instrumentos reais de controle externo por parte da sociedade.³⁹⁸

Há com certeza uma inadequação da estrutura do judiciário, seja das instalações, dos equipamentos, das pessoas, do procedimento forense ou da

³⁹⁵ LEWANDOVSKI, Ricardo. **Apresentação do Relatório Justiça em Números 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>. Acesso em: 18 jan. 2016, p. 27.

³⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>. Acesso em 18 jan. 2016, p. 32.

³⁹⁷ NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 39.

³⁹⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: Concepção e Principais Entraves**. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 270.

linguagem com sua conhecida burocratização, que permaneceu inerte às transformações sociais como se o tempo tivesse parado no início do século.³⁹⁹

Para aqueles que retratam a crise da prestação jurisdicional como uma crise estrutural e material do Poder Judiciário, a solução é aumentar o número de magistrados e servidores, melhorar as condições de trabalho e as tecnologias empregadas. Outros acusam o descompasso das teorias processuais de cunho liberal-individualistas em relação aos temas complexos e coletivos da sociedade contemporânea. Há aqueles que, de modo um pouco mais elaborado, destacam a crise da jurisdição como uma dupla crise: do modelo de Estado e da dogmática jurídica. Diante destes diagnósticos, é inevitável que surjam propostas alternativas à jurisdição, que tem na mediação a sua defesa mais intensa.⁴⁰⁰

Assim, a má distribuição territorial do Poder Judiciário e sua estrutura nada homogênea é fato amplamente reconhecido, pois a visão socioeconômica deficiente no Brasil resulta em inevitáveis e sistemáticas exclusões de atores e demandas que se impõem, de forma que nem todos os conflitos sociais, econômicos e políticos que ocorrem no território brasileiro são tratados de forma igual pelo Poder Judiciário.⁴⁰¹

Apesar das regras jurídicas terem boas intenções, temos de considerar que o Brasil é um país de vasto território que compreende regiões ricas e outras paupérrimas. As soluções para o acesso à justiça devem ser iguais no país todo, mas poderão não ser idênticas haja vista as diferenças socioeconômicas e culturais locais.⁴⁰²

Nessa toada, é oportuno trazer o panorama da organização judiciária no Brasil, onde nem todos os municípios são sede de comarca, diferindo de estado para estado, conforme os requisitos para a sua criação em cada unidade. O estado de São Paulo tem 645 municípios, destes 237 são sede, e 88 têm estruturas diferenciadas para atendimento, ou seja, 50% dos municípios não são sede; já em Santa Catarina existem 293 municípios, no entanto, somente 111 são sede de comarca, 56 têm outras estruturas, resumindo em um número de 43% dos

³⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 06.

⁴⁰⁰ LUCAS, Douglas Cesar. **O sistema de justiça e suas instituições** - Ensaio à luz dos Direitos Humanos e Democracia In:_____ prefácio. (org) SPENGLER, Fabiana Marion. COPELLI, Giancarlo Montagner. JAQUÊS, Marcelo Dias. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014.

⁴⁰¹ AVRITZER, Leonardo. MARONA, Marjorie. CARNEIRO, Vanderson. **Cartografia do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos no Brasil**. (org) Leonardo Avritzer, Marjorie Marona, Vanderson Carneiro. In:_____ Cartografia da Justiça o Brasil, uma análise a partir dos atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁴⁰² BUSCHEL, Ines do Amaral. **O Acesso ao Direito e à Justiça**. (coord) LIVIANU, R., coord. **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.152.

municípios não são sede e não tem nenhum serviço análogo; pior é a situação do Rio Grande do Sul, onde dos 496 municípios somente 164 são sede de comarca, totalizando 67% dos municípios sem sede; Minas Gerais tem 853 municípios, 320 são sede, isto é, 62% dos municípios; no Rio de Janeiro, dos 92 municípios, 66 são sede, 87 têm outras estruturas, 28% não são sede; em Pernambuco há 185 municípios, 152 são sede, 18% não.⁴⁰³

Constituições e Declarações Universais têm enumerado o direito ao processo como uma obrigação das instituições junto aos cidadãos. Esse processo justo é a tradução do devido processo legal, em que cada Estado deve organizar regras e recursos para a busca da verdade, com solução a partir de critérios legais. Assim, a justiça do processo registrou a máxima do justo sobre o bom, onde devem proliferar as ideias do bem.⁴⁰⁴

Outro problema do acesso à justiça é a burocracia e o formalismo vazio, o qual entende que a forma é válida por garantir segurança. Mas quando o formalismo torna-se excessivo, passa a ser um obstáculo intransponível para a solução dos pequenos problemas, os quais muitas vezes ficam sob o pálio da mesma disciplina processual.⁴⁰⁵

O que ocorre é que na maior parte do século XX os países latino-americanos não tinham como prioridade a reforma do judiciário, relegando ao juiz a função inanimada de aplicar a letra da lei num modelo emprestado da Europa; a construção do Estado latino-americano se ocupou mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, transformando o judiciário em um setor dos aparatos burocráticos do Estado.⁴⁰⁶

Ou seja, o direito formal parece cada vez mais científico, gélido, muito distante dos fatos e do conflito que precisa resolver.⁴⁰⁷

⁴⁰³ AVRITZER, Leonardo. MARONA, Marjorie. CARNEIRO, Vanderson. **Cartografia do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos no Brasil**. (org) Leonardo Avritzer, Marjorie Marona, Vanderson Carneiro. In: _____ Cartografia da Justiça o Brasil, uma análise a partir dos atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁴⁰⁴ RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul,: Essere Del Mondo, 2014, p. 17.

⁴⁰⁵ NALINI, José Renato. **Acesso à Dignidade**. (org) YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide. In: _____ Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 255.

⁴⁰⁶ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Cortez: São Paulo, 2007, p. 11.

⁴⁰⁷ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os Novos Direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar**. In: _____ Novos Direitos e Sociedade. Conceito: São José, 2010, p. 141.

Em vez de o operador do direito se preocupar única e tão somente com a técnica, com o formalismo imposto legislativamente, ele deveria encontrar a sensibilidade necessária para se promover a composição do litígio. É claro que o processo educacional não o prepara adequadamente. O conflito é considerado um mal e, como tal, deve ser combatido, eliminado. A doença é um mal. O doente espera que o método restabeleça sua saúde, de preferência com a utilização de uma pílula mágica. Assim, o processo surge como solução, como instrumento adequado para superação da guerra do conflito. É o remédio para o mal que aflige a sociedade. A mentalidade deve mudar urgentemente.⁴⁰⁸

Infelizmente alguns autores ainda entendem que a sentença consiste em uma construção de lógica formal. Em razão de um bem maior, a segurança jurídica deve ser preservada, pois esta seria a aplicação rigorosa da lei criada ao caso concreto. A partir dessa postura percebe-se que foi esquecida a lição clássica dos romanos de que a lei aplicada com rigorismo excessivo ao caso concreto pode resultar em suma injustiça.⁴⁰⁹

Portanto, a jurisdição apropria-se de uma preocupação constante com a racionalidade da aplicação do direito e também com a estrutura funcional necessária para sua realização. Certo é que a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise.⁴¹⁰

4.2 A Crise

Já na década de 1970, segundo Alcino Salazar, havia a preocupação do Supremo Tribunal Federal, da mídia e do presidente da república na época, Ernesto Geisel, com a crise do Poder Judiciário, que já clamava por reformas, com vistas a não se deixar chegar ao ápice.⁴¹¹

Em regra as crises são concebidas como perturbações mais duradouras que não são resolvidas e fogem do controle e da integração de um dado sistema sociocultural. [...] Também é interessante sublinhar que a ideia de crise pode estar simplesmente articulada no conceito de ruptura, enquanto, desconformidade estrutural entre um processo e seu princípio regulador. [...] a característica mais marcante de uma crise é sua transitoriedade. Nada

⁴⁰⁸ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a Hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003, p. 50.

⁴⁰⁹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O Novo (em) Direito**. Florianópolis: OAB, 2006, p. 224.

⁴¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **A Crise da Jurisdição e a Necessidade de Superação da Cultura Jurídica Atual: Uma Análise Necessária**. (Org.) SPENGLER, Fabiana Marion e BRANDÃO, Paulo de Tarso. In: _____ Os (Des) Caminhos da Jurisdição. São José: Conceito, 2009, p. 65.

⁴¹¹ SALAZAR, Alcino. **Poder Judiciário – Bases para Reorganização**. São Paulo: Forense, 1975, p. 12-13.

pode ficar indefinidamente em quebra ou ruptura. A própria dinâmica dos elementos levará a uma superação das contradições, seja mantendo a estrutura, seja rompendo-a, seja corrigindo as disfunções.⁴¹²

Na década de 1960 a crise da administração da justiça já aguçava o interesse da sociologia, pois o aumento da integração das classes trabalhadoras no sistema de consumo foi acompanhada e parcialmente causada pela entrada da mulher no mercado do trabalho, fato que fez aumentar o rendimento familiar. Tudo isso unido às mudanças radicais nos modelos de comportamento familiar, gerando inúmeros conflitos.⁴¹³

Quando o assunto é a crise do judiciário brasileiro, desde o último quartel do século passado, constata-se que várias alterações foram realizadas no afã de diminuir de qualquer jeito a crescente crise quantitativa de processos, não tendo preocupação alguma com a identificação do problema.⁴¹⁴

Umbilicalmente ligada à crise do Judiciário, está a crise do processo. Tem sabor de lugar-comum a afirmação de que a inefetividade dos provimentos judiciais, fruto da lentidão e da sobrecarga do Judiciário, da burocratização da Justiça, da inaptidão das leis processuais e da falta de respeito às decisões judiciais por parte do Poder Público, coloca em xeque o próprio instrumento da jurisdição: o processo.⁴¹⁵

A promoção do acesso à justiça tem significado ultimamente uma monumental mudança no pensamento jurídico na busca das reformas normativas e institucionais dos países que querem alcançar resposta para a crise do Direito e do Judiciário.⁴¹⁶

Não há consenso no que leva à crise do judiciário, ou seja, de quem seria a culpa, Ministério Público, juízes, advogados, etc⁴¹⁷. O fato é que a crise existe e precisa ser resolvida.

⁴¹² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. Ed. São Paulo: Alfa Omega. 2001, p. 70-71.

⁴¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Rev. Crítica de Ciências Sociais**. N. 21. P. 121-139, Nov/1986, p. 16.

⁴¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 169

⁴¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo- De acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/2002**. Lemos e Cruz: São Paulo, 2003, p. 31.

⁴¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 01.

⁴¹⁷ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14. nº 39. pp. 83-102, p. 91

É racional, segundo Rodolfo Mancuso, dizer que a quantidade afeta a qualidade. Os juízes sobrecarregados de trabalho não têm condições de desempenhar um trabalho satisfatório, sendo ingênua a teoria que acredita que para a solução de todos os problemas, basta mirar em estratégias para redução dos números e agilização dos ritos, sem preocupação com o que causa o conflito⁴¹⁸. Surgem nesse contexto as políticas de tratamento adequado dos conflitos, como a mediação, a qual visa à satisfação das partes, por meio da solução consentida, resolvendo muitas vezes o conflito e não o processo, ou até mesmo antes de se chegarem às portas do judiciário.

Nesse sentido, diplomas legislativos têm surgido, todos com vista (ao menos incidentalmente) a descongestionar as vias ordinárias de composição dos litígios, ora acelerando o andamento do feito por meio de um processo com tutela ou procedimento diversificado, ora atacando os artifícios processuais utilizados como forma de protelação da demanda; ora dando ênfase aos processos coletivos, ora apostando em formas de solução das controvérsias fora das vias judiciárias.⁴¹⁹

Na apresentação do Código de Processo Civil em 1972, Alfredo Buzaid lembra que o referido código nasceu para oferecer meios aos órgãos jurisdicionais para a prestação da justiça com eficiência e para edificação da atuação do Direito em moldes razoáveis e eficazes, tutelando o interesse das partes e a dignidade da justiça.⁴²⁰

A decisão judicial só é justa quando é recepcionada pelas partes com equilíbrio de valores, bom senso, razoabilidade, proporcionalidade jurídica, correta interpretação da norma, e aplicação de princípios e normas de regência econômica. Isto é, quando o processo tramitou com uma boa relação de custo-benefício, chegando muito próximo do que seria, caso fosse cumprida a obrigação espontaneamente. Deve ser tempestiva, sendo o tempo despendido no processo adequado à complexidade da lide; deve ser razoavelmente previsível, ou seja, que fique evidente desde a interposição ou contestação/reconvenção o desfecho da causa; ainda deve ser idônea à efetiva a concreta satisfação do direito, valor ou bem

⁴¹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 09.

⁴¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo- De acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/2002**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p. 17.

⁴²⁰ BUZAID, Alfredo. **Código de Processo Civil. 1º Vol. Tomo I** (histórico da Lei n. 5.869/ 73) Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974P. 31-32.

da vida; e deve ter duração dos processos sem dilações excessivas.⁴²¹

Hoje, não basta a mera aplicação da norma ao caso concreto, a sociedade espera mais que isso, pede o engajamento do juiz na busca da pacificação tempestiva do conflito.⁴²²

O problema do acesso à justiça é sistêmico, segundo Joaquim Falcão, e para saber qual seria o remédio para a melhora na crise, cinco sintomas deveriam ser analisados: primeiro, o problema não estaria no *input*, mas no *output*, pois o bloqueio no acesso à justiça estaria mais na saída das decisões do que na entrada de demandas (o desafio encontra-se em abrir o judiciário para o crescente número de demandas); segundo, havendo um judiciário que resolva o primeiro sintoma, surgirá uma justiça mais célere, e por via de consequência aumentará sua credibilidade, reconhecendo que o grande mecanismo para ampliar o acesso à justiça é a maior eficiência operacional do judiciário, aumentando mais o número de demandas; terceiro, a garantia dos direitos das minorias. No entanto, em termos de Brasil, o problema do acesso à justiça é um problema da maioria do povo brasileiro, onde a formalidade e o rigorismo, privilegia as elites; quarto e quinto, propostas não faltam para resolver os problemas, muitas reformas já foram feitas, mas nada ou pouco tem se alterado.⁴²³

Tudo frente a uma inércia assustadora das autoridades do judiciário.

Os sintomas apresentados pelo Poder Judiciário, segundo Joaquim Falcão, seriam um reflexo dos monopólios dos juízes, advogados e Ministério Público, cada um defendendo sua causa, em razão dos seus interesses.⁴²⁴

4.2.1 Saídas para a crise

A solução para a crise do acesso à justiça, estaria na pressão externa e na liderança interna, sendo que aquela seria feita pela sociedade, através dos órgãos de controle, e esta através de propostas internas pelos órgãos internos do judiciário, propondo a reforma das legislações interna e externa, de dentro para fora,

⁴²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 385.

⁴²² *Ibid*, p. 383.

⁴²³ FALCÃO, Joaquim. **Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento**. In: _____ *Justiça Promessa e Realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 272-275.

⁴²⁴ *Ibid*, p. 275-279.

lembrando nesse caso do célebre conselho de D. João VI a D. Pedro I: "Se tiver que haver a independência, faça-a antes que o povo a faça".⁴²⁵

As debilidades do Poder Judiciário repercutem na obstrução das vias de acesso à Justiça, distanciando-o cada vez mais de seus usuários e, é somente através desses instrumentos – constantes reivindicações – que se pode pressionar os que detêm responsabilidade pública – representantes políticos, operadores jurídicos, dirigentes, empresários... – a encontrar soluções satisfatórias às aspirações sociais.⁴²⁶

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há uma década, tabula dados de todo o Poder Judiciário a fim democratizá-lo, e dar transparência ao sistema, o chamado Relatório Justiça em Números, o qual nada mais é do que um apanhado dos dados de orçamento, produtividade, recursos humanos e estrutura dos tribunais brasileiros. Em 2015, ano-base 2014, contou com dados de 90 Tribunais, divididos em Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, além dos Tribunais Superiores (exceto Supremo Tribunal Federal), com o intuito de diagnosticar como anda a oferta de justiça, bem como organizar políticas judiciárias para a adequada prestação jurisdicional.⁴²⁷

Em 2004 e 2009, o Brasil presenciou a reunião dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, a fim de definir metas para a modernização da justiça e a construção de uma democracia sólida. Essa reunião foi chamada de Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, conhecido como Pacto Republicano, ou Pacto do Estado, sendo que a primeira reunião resultou na emenda 45 da CRFB/88, que reformulou todo o judiciário em 2004.⁴²⁸

A busca por uma justiça cidadã está em processo de definição, através da Reforma do Judiciário, cujos objetivos e resultados ainda estão por vir. Desde seu início, no final de 2004, com a já mencionada emenda 45, surge um conjunto de proposições diferenciadas, que correm desde um Judiciário mais acessível, a

⁴²⁵ FALCÃO, Joaquim. **Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento**. In: _____ Justiça Promessa e Realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 279-282.

⁴²⁶ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 72.

⁴²⁷ LEWANDOVSKI, Ricardo. **Apresentação do Relatório Justiça em Números 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18 jan. 2016, p. 27.

⁴²⁸ PELUSO, Cezar. **Discurso do Presidente do STF, na abertura do ano judiciário de 2011**. Disponível em:

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547> Acesso em : 29 jan. 2016.

exemplo da autonomia das defensorias públicas e a constitucionalização das justiça itinerante, até o nível dos tribunais superiores com a celeridade dos processos.⁴²⁹

Dentre os dezessete objetivos, elencados no II pacto do Estado em 2009, percebe-se uma grande preocupação do Estado em alargar o acesso à justiça, garantindo uma melhoria no sistema de justiça, a fim que ele seja um pacificador, dando ênfase à autocomposição e não judicialização das demandas.

[...]

I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;
II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;

[...]

Para a consecução dos objetivos estabelecidos neste Pacto, assumem os seguintes compromissos, sem prejuízo das respectivas competências constitucionais relativamente à iniciativa e à tramitação das proposições legislativas:

a) criar um Comitê Interinstitucional de Gestão do presente Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, com representantes indicados por cada signatário, tendo como objetivo desenvolver e acompanhar as ações pactuadas;

b) conferir prioridade às proposições legislativas relacionadas aos temas indicados no Anexo deste Pacto, dentre as quais destacam-se a continuidade da Reforma Constitucional do Poder Judiciário e os temas relacionados à concretização dos direitos fundamentais, à democratização do acesso à Justiça, inclusive mediante o fortalecimento das Defensorias Públicas, à efetividade da prestação jurisdicional e ao aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados à sociedade;

[...]

d) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios auto compositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização;

e) ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação;

[...]

k) melhorar a qualidade dos serviços prestados à sociedade, possibilitando maior acesso e agilidade, mediante a informatização e desenvolvimento de programas de qualificação dos agentes e servidores do Sistema de Justiça;

l) fortalecer o exercício do direito fundamental à ampla defesa e da advocacia;⁴³⁰ (grifo nosso)

Percebe-se que a preocupação do Estado é reflexo da transição de paradigmas em que vive a sociedade, que reverbera na crise dos sistemas

⁴²⁹ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 24-25.

⁴³⁰ BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, ágil e efetivo**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm> Acesso em : 29 jan. 2016.

judiciários de regulação de conflitos, dando azo ao crescimento da importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciários.⁴³¹

A doutrina tem se debruçado cada vez mais sobre a questão do acesso à justiça, uma vez que o sistema tem demonstrado sinais de falência. Dentre as propostas, estão as técnicas extraprocessuais, extrajudiciais e judiciais, propostas por Fernando Gajardoni, já em 2003, para aceleração do processo, assim descritas: técnica extraprocessual é a reorganização judiciária, investimentos tecnológicos e materiais no Judiciário, mudança do perfil do operador jurídico e alteração no regime de custas processuais; técnica extrajudicial é a autocomposição extrajudicial, heterocomposição extrajudicial e autotutela; técnica judicial é autocomposição judicial, desformalização do processo, diferenciação da tutela jurisdicional, sumarização procedimental, tutela jurisdicional coletiva, julgamento antecipado do mérito, abreviação do procedimento recursal, limitação de acesso aos tribunais, execução por título executivo extrajudicial, execução provisória da sentença, manipulação do fator despesas processuais e honorários advocatícios e sanções processuais ao protelador.⁴³²

Depreende-se do exposto que a solução adjudicada, através da sentença, imersa na cultura da dilação do processo, por meio de recursos meramente protelatórios e execuções infundáveis, já não atende à função social a que se propõe. Em tempo, sem prejuízo doutras medidas, urge a inclusão dos chamados meios adequados de resolução de conflitos, a serviço e supervisão do Poder Judiciário, oferecidos aos cidadãos como mecanismos de exercício da função constitucional de resolver conflitos.⁴³³

Fica demonstrado que o próprio direito tem sido o causador e solucionador da crise, tendo o operador do direito a equidade como arma poderosa para se chegar à solução dos novos problemas do cotidiano da sociedade transmoderna.⁴³⁴

⁴³¹ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 75.

⁴³² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo- De Acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/2002**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p. 76-77.

⁴³³ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010** (in) *Mediação no Judiciário Teoria na Prática*, org. GROSMAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p.303.

⁴³⁴ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os Novos Direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar**. In: _____ *Novos Direitos e Sociedade*. São José: Conceito, 2010, p. 147.

Todo o exposto ressoa no fato de que as pessoas têm buscado resolver seus problemas de outras formas, mas isso não significa, dizer que queiram a utilização de meios autocompositivos somente, mas, sim, a busca por meios heterocompositivos mais céleres, menos custosos e certamente mais eficazes.⁴³⁵

Portanto, nada mais justo do que concluir este capítulo com Paulo Roney Fagundes, quando diz que “os homens caminham para algum lugar. Nenhum cientista consegue precisar para onde. Todavia, tudo leva a crer que a crise terá um papel importante no surgimento de um novo tempo e de uma nova sociedade”.⁴³⁶

⁴³⁵ MACHADO, Anna Catharina Fraga. **A Mediação como um meio eficaz na solução de conflito**. In: _____ Mediação de Conflitos. Atlas: São Paulo, 2013, p. 26.

⁴³⁶ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo. Introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: LTR, 2000, p.14.

5 MEIOS ADEQUADOS⁴³⁷ DE GESTÃO/SOLUÇÃO DE CONFLITOS

É antiga a ideia de que o judiciário precisava ser reformulado e de que o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais era o caminho para evitar o conflito ou facilitar a solução, bem como a privatização de mecanismos de resolução de disputas.⁴³⁸

Hoje cabe ao Poder Judiciário assumir o encaminhamento da política judiciária de estímulo aos meios alternativos, sem o qual será muito difícil mudar a crença na cultura do litígio presente na sociedade brasileira.⁴³⁹

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada a sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto a sua eficiência medida através da sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos.⁴⁴⁰

É momento de reconstruir o modelo de jurisdição litigioso, apontando para os novos modelos de solução de lides que caminhem para uma forma consensual, com aproximação das partes e não distanciamento delas, e conseqüentemente com efetiva satisfação.⁴⁴¹

Esse pensar cria fórmulas renovadas no contexto atual, no qual observamos que, embora se recorra aos tribunais de forma irracional, - por vivermos numa sociedade de cultura essencialmente litigiosa -, ainda restaria uma parcela considerável de litígios que poderia ser resolvida pelas próprias partes ou com a ajuda de um terceiro de sua conveniência.⁴⁴²

⁴³⁷ Alguns autores ainda utilizam o termo “alternativo” em seus textos, no entanto, a moderna doutrina o reconhece em muitos casos como não mais uma alternativa, mas sim “adequado”, dessa forma, mantém-se em alguns pontos da pesquisa expressão literal usada pelos autores, assim, sendo utilizado o termo “alternativo” entenda-se “adequado”.

⁴³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 71.

⁴³⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler. (Org.) **Mediação enquanto política pública**. O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 48.

⁴⁴⁰ Ibid, p. 26-27.

⁴⁴¹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.23

⁴⁴² Ibidem, p. 106.

Embrionariamente, alguns elementos alternativos à jurisdição têm sido pensados e previstos, como a mediação, arbitragem, conciliação, sistema multiportas, justiça restaurativa, entre outros, mas ainda falta muito para que sejam efetivamente capazes de solucionar a crise do acesso à justiça.

O sistema processual é um instrumento a serviço dos cidadãos, e por isso deve se fundar no reconhecimento da cidadania individual e coletiva, como também nos princípios da ordem jurídica pátria, possibilitando através da incessante busca de maior eficiência do Poder Judiciário, a satisfação das aspirações populares.⁴⁴³

Uma das premissas do ordenamento processual é atender de maneira mais completa e eficiente possível o requerimento, tanto de quem buscou a tutela de seu direito, quanto daquele que contestou, através de defesa.⁴⁴⁴

É essa busca que conduz a esperança da sociedade de que o sistema de justiça tenha real preocupação com a sua efetividade e, assim, cumpra a sua função primeira, a pacificação social.

5.1 Tratamento adequado dos conflitos: a humanização do direito

Seria ingenuidade pura crer que o sistema jurídico forneceria resposta a todos os questionamentos, tal como as terapias medicamentosas, que também não conseguem eliminar definitivamente as doenças ou como os armamentos que não conseguem exterminar para sempre os inimigos⁴⁴⁵. No entanto, por muito tempo essa foi a crença, fato talvez justificado pelo monopólio Estado na jurisdição. Mas com a vinda de uma nova era de posturas e conflitos, muitos paradigmas foram modificados, inclusive este.⁴⁴⁶

O conflito que cai nas teias do judiciário habita primeiro o coração do litigante, pois é lógico que o ressentimento nasce de um ódio anterior, e sentimentos como esse necessitam de diálogo, compreensão, perdão, práticas das quais a

⁴⁴³MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 110.

⁴⁴⁴TUCCI, José Rogério Cruz; ROGÉRIO, José. **Garantia do processo sem dilações indevidas—responsabilidade do estado pela intempestividade da prestação jurisdicional**. In: _____ Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 324.

⁴⁴⁵FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. O Novo (em) Direito. Florianópolis: OAB, 2006, p. 224.

⁴⁴⁶MACHADO, Anna Catharina Fraga. **A Mediação como um meio eficaz na solução de conflito**. (in)SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org). Mediação de Conflitos. Atlas: São Paulo, 2013, p. 25.

Guerra do processo não faz uso, proporcionando a vitória somente a uma das partes, acirrando ainda mais o ressentimento.⁴⁴⁷

O conflito é um estímulo de onde surge uma série de respostas e consequências entrelaçadas que podem ser deliciosas emergências vitais ou explosivos trajetos de desencontros e neuroses, podendo essas respostas ser agrupadas em dois grandes grupos de influências: auto-protetoras ou defensivas e de aprendizagem.⁴⁴⁸

Nessa tônica, pode-se dizer que quando o juiz prolata uma sentença dando razão a uma das partes, proporciona a continuação do litígio, cujo processo carrega em si o nascedouro da destruição, ficando a partir disso um sério questionamento: O processo nasce para acabar, dando a solução do litígio, ou perpetua os conflitos indefinitivamente?⁴⁴⁹

Percebe-se a partir dessa assertiva que hoje o processo fomenta o litígio, urgindo a necessidade de aplicação de meios que possam mudar essa realidade de desesperança e descrença. Como resposta, surgiram sistemas como a mediação e a conciliação, nos quais se percebe um processo construtivo da decisão, de titularidade das partes, similar ao que ocorre na autotutela, diferindo pelo fato de que tal construção é feita pelo mediador ou conciliador.⁴⁵⁰

Propondo-se explicar os processos que levam à resolução do conflito surge a teoria de Morton Deutsch, a qual diz existirem duas classes de processos, os cooperativos e os competitivos, ambos interdependentes. Nos cooperativos, a interdependência leva a ganhos mútuos, e nos competitivos a relação é inversa, para que uma parte ganhe, a outra deve sofrer prejuízos. Quanto ao objeto de desejo, no processo cooperativo seria supérfluo que uma das partes realizasse determinada atividade que a outra realiza, enquanto em processos competitivos ambas as partes têm interesse em realizar a mesma atividade; desenvolvimento de uma postura negativa (disputa) no competitivo e positiva, no cooperativo (cooperação) em relação à outra parte. No que tange a capacidade de se deixar influenciar uns pelos outros, está é reduzida nos processos competitivos. No entanto, nos processos cooperativos insta ressaltar que as consequências destes é

⁴⁴⁷ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O Novo (em) Direito**. Florianópolis: OAB, 2006, p. 251.

⁴⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Poporoca - O Ofício do Mediador**.v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 90.

⁴⁴⁹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a Hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003, p. 49.

⁴⁵⁰ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impresiones, 1999, p. 79.

a comunicação é mais efetiva, com maior afabilidade entre as partes envolvidas e uma maior coordenação de esforços e um maior sentimento de aceitação e similaridade de ideias.⁴⁵¹

Em termos jurídicos, o processo é visto como um emaranhado de atos que visam a uma sentença, a qual tem o condão de encerrar o processo. Contudo, faz-se necessária a flexibilização e a humanização desse sistema, passando a ser ponto de encontro, de diálogo, e não mera resposta da letra fria da lei, pois só assim se construirá um sistema de solução de conflitos que busca mais a solidariedade da paz do que a guerra do litígio.⁴⁵²

Em virtude da estratificação de sua doutrina clássica, apoiada sobre os princípios da inércia e da imparcialidade, o Judiciário permaneceu aparentemente distanciado do torvelinho das mudanças sociais. O imobilismo o tornou reativo, não proativo. A imparcialidade foi confundida com absoluta assepsia política. A intenção de consubstanciar uma antinatural e inexistente neutralidade fez com o que o Judiciário se afastasse do povo. Muitos cidadãos o consideram fugitivo do contrato social por temor à contaminação.⁴⁵³

Certamente “o direito formal mais parece científico, frio, distante dos fatos e do drama humano que quer resolver”⁴⁵⁴, pois a jurisdição, o meio a quem cabe a aplicação do direito, acaba absorvendo essa frieza, apesar dos fins claramente, sociais, políticos que representa. Estes, para serem assegurados necessitam das vias conciliativas que dão amplitude ao conceito de jurisdição, numa perspectiva funcional e finalista.⁴⁵⁵

A vida é criativa. Ninguém vai apreendê-la. Compreender a sua liberdade é fundamental para que ela possa ser vista na sua natural integralidade. O processo é um meio e, como tal, deve ser visto. O operador deve ver o problema não com um fragmento da realidade, mas como a vida que está ali, desnuda, poética, exigindo solução, resposta, compreensão e, sobretudo, amor.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Construtive and Destrutive Processes**. New Haven and London, 1973: Yale University Press. (Resenha) ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. In AZEVEDO, André Gomma (org). Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 432.

⁴⁵² FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a Hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003, p. 55.

⁴⁵³ NALINI, Renato. A Rebelião de Toga. Millennium: Campinas, 2006 ,p. XIII.

⁴⁵⁴ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os Novos Direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar**. In: _____ Novos Direitos e Sociedade. São José: Conceito, 2010, p. 141.

⁴⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Fundamentos da Justiça Conciliativa**. In: _____ Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03.

⁴⁵⁶ Op. cit., p. 55.

Ainda quanto à formação humanística do operador do direito, é importante mencionar o papel das universidades na construção desse perfil, pois as mesmas devem priorizar a formação humanística desses novos operadores do direito, dentro dos conceitos básicos ou categorias elementares que inserem a justiça e a solidariedade, uma vez que sem elas, as respostas não vêm, e com elas chegar-se-á a um direito eticamente comprometido com a vida.⁴⁵⁷

Já preocupado com isso, Derek Bok⁴⁵⁸ na década de 1980, em relatório enviado aos diretores de Harvard, requereu uma nova orientação para o ensino jurídico. Com base no fato de que havia uma inclinação do currículo jurídico para preparar os estudantes para o litígio, solicitava que os alunos de faculdades de direito passassem a ser preparados para práticas amigáveis de conciliação e acordo, dando azo às bases das ADR (*Alternative Dispute Resolution – Solução Alternativa de Controvérsias*).⁴⁵⁹

No Brasil de hoje, o modelo não difere muito, pois o ensino nas faculdades de direito, sem exceção, não ofertam disciplinas obrigatórias de solução não adjudicada, apenas alguns cursos de pós-graduação oferecem, mas sem uma ênfase especial. Esse é o preparo das principais carreiras profissionais como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas.⁴⁶⁰

Os juízes são, em grande parte, pessoas seguras. São juristas, mas em termos de características pessoais não são diferentes de políticos ou de homem de negócios bem-sucedidos. A capacidade que possuem de dar uma contribuição especial para a vida social não decorre de qualquer conhecimento ou traço pessoal, mas da definição da atividade na qual se encontram e pela qual exercem o poder. Essa atividade é estruturada, por fatores institucionais e ideológicos que permitem e, talvez, forcem o juiz a ser objetivo, não para expressar suas preferências ou crenças pessoais acerca do que é certo ou justo, ou as preferências populares, mas para o constante empenho na busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais. Dois aspectos da atividade judicial conferem-lhe esse molde especial: a obrigação do juiz de participar de um diálogo processual e a sua independência.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a Hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003, p. 51.

⁴⁵⁸ Presidente emérito da Harvard Kennedy School e professor do Curso de Direito da Universidade de Harvard. <Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/about/faculty-staff-directory/derek-bok>> Acesso em: 10 fev. 2016.

⁴⁵⁹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. São Paulo: RT, 2004, p. 121-122.

⁴⁶⁰ WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: _____ Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. DPJ: São Paulo, 2005, p. 685.

⁴⁶¹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. RT: São Paulo, 2004, p. 41-42.

Infelizmente, a mentalidade forjada nas academias é fortalecida na *praxis* forense, cingida pela solução adjudicada dada pelo juiz por meio de sentença (muitas vezes feitas em blocos), pois a sobrecarga excessiva de serviços dos magistrados, não lhes confere tempo para a busca de práticas satisfativas, (pelo menos essa é a justificativa) como a mediação; pior, conferem certo preconceito contra esses meios, entendendo haver certo comprometimento de seus poderes.⁴⁶²

Em razão dessa postura, é momento de se alterarem os paradigmas, recodificando valores e hábitos da cultura de conflituosidade, a chamada antagonista, para ir rumo à cultura da pacificação convivencial.⁴⁶³

É relevante consignar que o próprio preâmbulo constitucional afirma que há um compromisso do Estado brasileiro para com a solução pacífica das controvérsias nas ordens interna e internacional. Embora não integre o texto constitucional, significa uma verdadeira carta de intenções⁴⁶⁴ para com a sociedade.

5.1.2. Cultura da paz: do sonho à realidade

Em um conflito cada parte tem interesses múltiplos, ou seja, em quase todas as negociações, cada uma das posições tem muitos interesses. E não apenas um: estes desejos definem o problema, mas a dificuldade da negociação não está nas posições conflitantes, e sim na divergência entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. Por isso a comunicação é a arma da negociação, pois esta nada mais é do que um processo de comunicação bilateral, objetivando-se chegar a uma decisão conjunta. Ressalta-se que o diálogo nunca é fácil, mesmo entre pessoas com imenso histórico de valores e experiências compartilhadas⁴⁶⁵; apesar de não ser fácil, vale a pena.

⁴⁶² WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: _____ Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

⁴⁶³ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação interdisciplinar: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In: _____ Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 161.

⁴⁶⁴ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010**. In: _____ Mediação no Judiciário Teoria na Prática, org. GROSAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Primavera Editorial: São Paulo, 2011, p. 285.

⁴⁶⁵ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como Chegar ao Sim – A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p.50-65.

Desse modo, a “negociação é técnica por meio da qual as pessoas com interesses conflitantes tentam resolver suas divergências por meio de tratativas diretas”.⁴⁶⁶

Qualquer método de negociação pode ser julgado imparcialmente por três critérios: deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes. (Um acordo sensato pode ser definido como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade).⁴⁶⁷

Assim, a negociação serve de base para a autocomposição que vive um momento de destaque nesse milênio. A mediação se sobressai como um meio adequado de solução de conflitos, não podendo ser vista como um substitutivo da jurisdição estatal (pois, caso isso fosse verdade, bastava o sistema sair da crise para que a mediação não fosse mais necessária). No entanto, a situação é extremamente contrária, pois se a Justiça estatal passasse a funcionar de forma adequada e em tempo razoável, a mediação seria então mais eficiente e necessária, porque deixaria de ser fruto da frustração, para se tornar uma opção legítima. Por isso, segundo Petronio Calmon, muitos doutrinadores a veem não com um “meio alternativo” de solução de controvérsias, mas sim um meio adequado.⁴⁶⁸

A autocomposição pode ser feita através da aplicação de técnicas de negociação, conciliação ou mediação. Assim, como todos estes instrumentos podem ser judiciais ou extrajudiciais, pode-se dizer que nem sempre os meios autocompositivos de solução de conflitos correspondem aos meios extrajudiciais, por vezes, denominados alternativos ao Sistema Judiciário, podendo também estar a serviço dele, como ocorre na mediação judicial. Desse modo, meios autocompositivos são aqueles em que a resolução do conflito provém do desejo dos próprios envolvidos no litígio, sem a intervenção vinculativa de um terceiro,

⁴⁶⁶ DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação**. In: _____ Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 01.

⁴⁶⁷ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como Chegar ao Sim – A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p.22.

⁴⁶⁸ CALMON, Petronio. **Mediação enquanto política pública : a teoria, a prática, e o projeto de lei**. (org) SPENGLER, Fabiana Marion e NETO, Theobaldo Spengler. Edunisc: Santa Cruz do Sul, 2010, p. 10.

consequentemente sem a emanção de uma decisão unilateral (sentença).⁴⁶⁹

Verifica-se que a mudança de paradigma é dificultada pela cultura da sentença que está consolidada. Os juízes preferem o uso da decisão adjudicada ao invés do uso da conciliação ou mediação para a obtenção de uma solução consentida dos conflitos.⁴⁷⁰

Nesse interregno, entre a cultura da pacificação e a cultura da sentença, as partes envolvidas em grandes conflitos consideram a ação judicial apenas uma batalha de uma grande Guerra, pois a sentença não põe fim a Guerra; ela modifica os termos e o equilíbrio do poder, levando uma das partes a voltar invariavelmente às portas do Poder Judiciário para requerer guarida, não porque a situação fática se alterou, muito pelo contrário, é porque se manteve estagnada. A exemplo disso estão os casos de Direito de Família, em que a decretação do divórcio não é o fim, mas o início de intermináveis discussões sobre a custódia de filhos, alimentos devidos⁴⁷¹, entre outras temáticas.

5.2 Meios alternativos/adequados de gestão de conflitos: Paradigmas para a construção da cultura da paz

É importante a coexistência de várias possibilidades de solução de conflitos, nas quais o juiz assumiria melhor postura admitindo que o Poder Judiciário pode conviver com essas novas iniciativas de composição de litígios sem perder sua condição de última *ratio*. Ele não só pode, como deve assumir a posição de coordenação desses novos instrumentos, sendo uma boa forma do Estado mostrar resultados para a comunidade extremamente cansada de se ver desassistida pela justiça convencional.⁴⁷²

No que tange as experiências no âmbito internacional, verifica-se que alguns Estados escolheram agregar ao sistema judicial essas formas alternativas de solução de conflitos (arbitragem, a mediação, a negociação, o juiz neutro, entre outras), que passaram a coexistir paralelamente ao Poder Judiciário, representando

⁴⁶⁹ FOLEY, Glauca Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 65-66.

⁴⁷⁰ WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: _____ Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. DPJ: São Paulo, 2005, p. 687.

⁴⁷¹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. RT: São Paulo, 2004, p. 135

⁴⁷² NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 154.

a Justiça de portas abertas. Estas, em conjunto, formam a denominada *Alternative Dispute Resolution* – ADR (Resolução Alternativa de Litígios), devidamente institucionalizada pelos norte-americanos⁴⁷³, enquanto no Brasil, existem as MASC's – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

Consagrou-se a utilização da sigla ADR a indicar resolução alternativa de disputas (Alternative Dispute Resolution) como a que emprega a negociação, a mediação e a arbitragem fora do âmbito do sistema oficial de resolução de disputas. As soluções alternativas consistem naquelas que, por intermédio de um portfólio de métodos, formas, processos e técnicas, são aplicadas fora do âmbito do Poder Judiciário. Também é de uso corrente a sigla Masc a indicar Meios ou Métodos Alternativos de Solução de Conflitos com concepção semelhante compreendida como a que utiliza a negociação, a mediação e a arbitragem com soluções extrajudiciais (métodos a serem aplicados para soluções que ocorrem fora do Poder Judiciário). Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (Masc's) representam um novo tipo de cultura na solução de litígios, distanciados do antagonismo agudo dos clássicos combates entre partes – autor e réu no Poder Judiciário – e mais centrados nas tentativas de negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, num sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vistos em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos. São utilizadas ainda as siglas Mesc a indicar Métodos ou Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos ou controvérsias e RAC a indicar Resolução Alternativa de Conflitos, meios esses sempre caracterizados pela aplicação alternativa, complementar ou paralela às atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário.⁴⁷⁴

No entanto, a operacionalidade e efetividade dos meios alternativos fica condicionada ao conhecimento dos jurisdicionados efetivos ou potenciais de sua existência, pois é verdade a máxima que diz: “quem quer os fins deve dar os meios”. Ou seja, deve-se conceder às partes o direito a serem devidamente esclarecidas quanto às outras formas e modos de dirimir seus conflitos, bem como sua facilitação de acesso.⁴⁷⁵

Em se pensando na função do Judiciário de prestador de serviços e solucionador de conflitos, os programas de mediação e conciliação podem ser ferramentas importantes à lógica eficientista de racionalizar, otimizar e tornar mais célere a prestação jurisdicional. Para Owen Fiss, por outro lado, a função primordial do Judiciário não deve ser solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos e reorganizar instituições, atuando, assim, como ator político. É por esta razão e como esta premissa

⁴⁷³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas alternativas de solução de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, p. 263, 2009. 30 de outubro de 2009, p. 264

⁴⁷⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. Coordenadores Alice Bianchini e Luiz Flavio Gomes. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 28.

⁴⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 167

que Fiss articula críticas e aponta riscos à institucionalização da mediação no judiciário [...].⁴⁷⁶

Os meios alternativos de solução de conflitos buscam melhorar o desempenho e a funcionalidade da justiça, colocando-se, portanto, numa dimensão inspirada em motivações pautadas na eficiência.⁴⁷⁷

Si la disputa se origina en el seno de una organización, a menudo hay un método *administrativo* o *ejecutivo* de *resolución de las disputas*. En este proceso un tercero, que está más o menos distanciado del pleito, pero no siempre es imparcial, puede adoptar una decisión. El proceso puede ser privado si el sistema en cuyo ámbito surge la disputa es una compañía privada, una división o un equipo de trabajo; o público, si está a cargo de un organismo oficial. La resolución administrativa de una disputa generalmente intenta equilibrar las necesidades de todo el sistema y los intereses del individuo.⁴⁷⁸

O histórico brasileiro dos métodos alternativos de solução de conflitos teve início no período imperial, já com a Constituição de 1824, a qual previa a arbitragem e a conciliação. O Código Comercial de 1850 disciplinava as relações comerciais e estabelecia normas referentes à conciliação e à arbitragem, mantendo a obrigatoriedade da conciliação prévia; o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, destinava-se a regular o processo nas causas comerciais, prevendo expressamente no seu artigo 23 a conciliação prévia obrigatória como tentativa de composição, podendo ser realizada por convocação do juiz ou comparecimento espontâneo das partes.⁴⁷⁹

A inserção dos procedimentos judiciais através de meios alternativos para solução de conflitos passa a tomar a forma que se tem hoje, a partir da lei 8952/94,

⁴⁷⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA – Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Gazeta Jurídica: Brasília, 2013, p. 76.

⁴⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Fundamentos da Justiça Conciliativa**. In: _____ Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03.

⁴⁷⁸ Se a disputa se origina dentro de uma organização, muitas vezes há um método de administrativo ou executivo de resolução de litígios ou. Neste processo uma terceira, que está mais ou menos distanciado do processo, mas nem sempre imparcial, pode dar uma decisão. O processo pode ser privado, se o sistema dentro do qual surge a disputa é uma empresa privada, um setor ou de uma equipe; ou pública, se for executado por uma agência governamental. A resolução administrativa de litígios em geral tenta equilibrar as necessidades de todo o sistema e os interesses do indivíduo. (Tradução livre) MOORE, Christopher W. **El Proceso de Mediacion – Métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Ediciones Granica: Buenos Aires, 1995, p. 33.

⁴⁷⁹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010** In: _____ Mediação no Judiciário Teoria na Prática, org. 2011, p. 283.

que reformou o Código de Processo Civil e incluiu no procedimento ordinário uma audiência preliminar de conciliação; da Lei 9099/95 que de forma tênue, prevê, no seu art. 2º o uso dos institutos da Conciliação e ainda através da Lei 9307/96 que regulamentou o Instituto da Arbitragem.⁴⁸⁰

O movimento de disseminação das práticas de ADR também é observado no Brasil, mas em período posterior ao relatado no âmbito internacional. Em 2005, um mapeamento exploratório de experiências de administração alternativa de conflitos existentes no Brasil identificou 67 experiências em desenvolvimento no país. O estudo identificou que tanto Estado como sociedade civil são importantes atores na promoção de tais práticas. Nesse sentido, uma das conclusões do estudo é que não se pode dizer que a utilização de administração alternativa de conflitos seja uma alternativa à intervenção estatal nesse campo, já que o Estado, através de diferentes agências governamentais financia a maior parte dos programas existentes. No entanto, pode ser uma alternativa sim à excessiva judicialização dos conflitos, já que as práticas desenvolvidas oferecem mecanismos distintos ao processo judicial tradicional.⁴⁸¹

Depreende-se de tudo o que foi exposto que a jurisdição estatal é o meio ordinário para a solução do conflito, cabendo aos envolvidos optarem por buscar a solução amigável, autocomposição ou provocar a jurisdição com todo o poder que se reveste. Mas o mais importante de tudo isso é saber que ambos coexistem e possuem um objetivo maior, a restauração da paz social.⁴⁸²

A utilização dos meios alternativos em juízo pode caracterizar a inserção de novas técnicas no âmbito do processo civil, constituindo-se atividade complementar e integrante da jurisdição, e não meramente “alternativa”, destinada à promoção de uma cultura de paz.⁴⁸³

5.2.1. Modelo americano: o precursor

A referência ao modelo americano justifica-se pelo fato de que a mediação utilizada no Brasil sofreu grande influência desse sistema, com as técnicas da

⁴⁸⁰ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999, p. 74-75.

⁴⁸¹ PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 40.

⁴⁸² LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 09.

⁴⁸³ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 35.

mediação comercial e o desenho de sistemas de disputas, tendo hoje, como grande desafio, a adequação à realidade brasileira.⁴⁸⁴

Desse modo, na história norte-americana a eficiência dos meios alternativos estava associada aos valores comunitários de harmonia, confiança e reciprocidade, enquanto no meio industrial esse modelo perdeu força, pois surgiram novas comunidades nas quais se preservava um conjunto de valores diferentes daqueles cultivados pela sociedade da época. Eram as comunidades de imigrantes que chegaram nas primeiras décadas do século XX em busca de nova vida, formando comunidades e criando seus próprios meios de resolver seus conflitos, afastando, assim, a ameaça da aculturação pelo sistema jurídico norte-americano. No entanto, à medida que as comunidades imigrantes absorviam a cultura local e adquiriam a cidadania estadunidense, os laços que as separavam tornavam-se mais tênues.⁴⁸⁵

Em consequência disso houve uma aceitação no sistema jurídico americano das formas alternativas de resolução de disputas cultivadas nas comunidades. Ressalta-se que o sistema jurídico nesse período já começava a demonstrar sinais de ineficiência e insatisfação, reverberando num movimento em busca da flexibilização dos procedimentos e de criação de novas instituições que proporcionassem uma administração da justiça mais receptiva e eficiente. Surgem, nesse contexto, as defensorias públicas (facilitação do acesso à justiça aos hipossuficientes), os tribunais de pequenas causas, a conciliação e a arbitragem (expressava os interesses das comunidades comerciais, possibilitando uma espécie de autorregulação dessas comunidades sem a intromissão da jurisdição estatal) tornou-se mais semelhante a justiça estatal do que diferente.⁴⁸⁶

Assim, a partir da década de 1960, houve um empoderamento das comunidades com a criação dos *Neighborhood Justice Centers*, centros instalados nas comunidades locais com a finalidade de desenvolver formas de resolução de disputas de acordo com as necessidades da comunidade. Tinham como clientela os hipossuficientes e minorias étnicas, apesar de serem destinados a todas as classes sociais. No entanto, quanto mais se adentrava na justiça informal, mais se

⁴⁸⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 251.

⁴⁸⁵ AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** (Resenha) VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In AZEVEDO, André Gomma (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação*. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 441-442.

⁴⁸⁶ AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** (Resenha) VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In: _____ *Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação*. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 440.

distanciava do acesso à jurisdição estatal, beneficiando o sistema judiciário, pois com os novos métodos houve uma redução de casos que chegavam a Justiça Estatal e, por via de consequência, um desresponsabilização por eventuais insatisfações.⁴⁸⁷

5.2.2 As Práticas mais utilizadas de gestão de conflitos no Brasil

São várias as práticas de solução de conflitos, mas, para fins da presente pesquisa serão abordadas as práticas mais conhecidas.

5.2.2.1 Conciliação

A conciliação foi prevista pela primeira vez no art. 161 da Constituição do Império de 1824, determinando que o processo não iniciaria se não constasse no termo que antes tinha sido tentada a chamada reconciliação. Foi certamente o embrião da conciliação pré-processual.⁴⁸⁸

A Lei Orgânica das Justiças de Paz foi promulgada em 15 de outubro de 1827, com o propósito de regular a função do juiz de paz, estabelecendo no § 1º, do seu art. 5º, ser atribuição do juiz de paz conciliar aqueles que pretendem demandar por todos os meios pacíficos que estiverem a seu alcance: mandava lavrar termo do resultado com assinatura das partes e do escrivão, lembrando que não se exigia do juiz do paz formação jurídica; era um juiz leigo, eleito por seus pares com função eminentemente conciliatória e voltada à pacificação social.⁴⁸⁹

O primeiro ato legislativo referente à conciliação na República foi o Decreto 359, de 26 de abril 1890, que afastou a obrigatoriedade da tentativa da conciliação prévia para o ajuizamento da ação, tendo o legislador justificado tal conduta na onerosidade do método e na inutilidade do elemento na composição dos litígios.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ AUERBACH, Jerold S. **Justice withou law?** (Resenha) VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In: _____ Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 441-442.

⁴⁸⁸ NETO, Caetano Lagrasta. **Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional.** Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁴⁸⁹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010** (in) Mediação no Judiciário Teoria na Prática, org. GROSMAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Primavera Editorial: São Paulo, 2011, p.282.

⁴⁹⁰ Ibid, p.283.

Quem tinha a função de conciliar na Constituição do Império era o juiz de paz, cujo nome já dizia, tinha a função de pacificador. Mas nas constituições que se seguiram, essa figura foi mantida, porém sem sua função conciliatória, ficando desprestigiada durante todo o período republicano, no qual a Justiça de Paz passou a ser órgão de criação facultativa da organização judiciária estadual e limitada, no século XX, à habilitação e a celebração de casamentos, comumente renomeado para “juiz de casamento”.⁴⁹¹

As reformas processuais iniciaram-se na década de 1980, com a promulgação da Lei de Pequenas Causas, Lei n. 7244/84, importando em uma verdadeira revolução no direito processual, com ampliação do acesso ao Poder Judiciário e valorização da conciliação como forma de resolução de conflitos.⁴⁹²

A conciliação consiste no emprego de somente quatro etapas, a saber: (1) abertura, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade. Logo após, passa-se para os (2) esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na sequência, encaminha-se para o estímulo a (3) criação de opções, quer seja através de sugestões trazidas pelo terceiro, quer seja por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de atingir o almejado consenso pela solução, e, posteriormente, o (4) acordo, sua redação e sua assinatura.⁴⁹³

O modelo consensual passa por um momento de fortalecimento e recuperação em detrimento ao modelo de justiça adjudicada⁴⁹⁴, que nada mais é do que o processo pelo qual um juiz compreende e expressa o significado de um texto

⁴⁹¹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010** (in) *Mediação no Judiciário Teoria na Prática*, org. GROSMAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Primavera Editorial: São Paulo, 2011, p.284.

⁴⁹² *Ibid*, p.285.

⁴⁹³ NETO, Adolfo Braga. **Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos**. (in) *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65-66.

⁴⁹⁴ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impresiones, 1999, p. 75.

normativo.⁴⁹⁵

5.2.2.1.1 Em defesa da conciliação: Resolvendo o conflito através da promoção paz

Quem acredita nas grandes vantagens do meio, diz que a conciliação funciona porque geralmente existem diversas posições possíveis e capazes de satisfazer o interesse em contenda. Porém normalmente as pessoas simplesmente adotam a posição mais óbvia, e quando os verdadeiros motivos por trás das posições opostas aparecem, frequentemente surge uma posição alternativa que atende não apenas aos interesses de uma das partes, mas das duas.⁴⁹⁶

Em razão da cultura da sentença, percebe-se certo desmerecimento da função do conciliador por parte de alguns magistrados, sendo que para estes a sua função é mais importante. No entanto, esses magistrados acabam esquecendo que sua função jurisdicional consiste em pacificar.⁴⁹⁷

Porém, o que prevalece, atualmente, é ainda o modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Somente nos juizados especiais, em razão do modelo imposto pelo legislador, a conciliação é praticada mais intensamente. Em 2003 a FAPESP financiou uma pesquisa no Estado de São Paulo, feita pelo CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, que revelou que o índice de soluções amigáveis alcançadas deixa muito a desejar (apenas cerca de 25 % das causas terminaram por acordo). Esse resultado é consequência da falta de um critério mais rigoroso no recrutamento, capacitação e treinamento dos conciliadores. Muitos deles invocam a sobrecarga de serviços e a falta de tempo como fatores determinantes da pouca dedicação à solução pacificada de conflitos.⁴⁹⁸

O direito, para Paulo Roney Ávila Fagundez, antes de se preocupar com o emprego da violência deverá se voltar para a conciliação, em razão de sua promoção da paz, não sendo uma etapa do processo, mas um fim.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. RT: São Paulo, 2004, p. 272.

⁴⁹⁶ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como Chegar ao Sim – A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Imago: Rio de Janeiro, 1994, p.60.

⁴⁹⁷ WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. (org) YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide. In: _____ Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

⁴⁹⁸ WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

⁴⁹⁹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo- Introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: LTR: 2000, p. 125.

5.2.2.1.2 Em oposição à Conciliação: o poder conduzindo o acordo

A visão da adjudicação e o movimento favorável ao acordo baseiam-se em premissas questionáveis. Para Owen Fiss, o acordo não é preferível ao julgamento ou deva ser institucionalizado em uma base extensa e ilimitada; muito pelo contrário, deve ser tratado como uma técnica altamente problemática para a simplificação dos incidentes processuais.⁵⁰⁰

Se, porém, de um lado, o processo não se mostra capaz de resolver todos os conflitos sociais e se a conciliação pode contribuir para aliviar o exercício da função jurisdicional, é igualmente certo que não deve ela ser imposta a qualquer custo, não só porque não se coaduna com todos os tipos de litígios, mas sobretudo porque a possibilidade do acesso à Justiça deve permanecer como uma garantia constitucional.⁵⁰¹

A conciliação encontra-se em uma zona intermediária, pois tecnicamente é uma modalidade de autocomposição do conflito por dispensar a figura da decisão de mérito do juiz ou do árbitro no exercício de sua função jurisdicional. Todavia, a condução do procedimento é atribuída a um terceiro, juiz, juiz leigo ou conciliador privado, com poderes para sugestão, ponderação e aconselhamento das partes quanto à melhor solução para o conflito⁵⁰², ou seja, interferindo na decisão das partes.

Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses. É oportuno lembrar, que nem mesmo o autor, que aparentemente se beneficia com o acordo, tem alguma vantagem, pois o autor muito pobre, pode ser vítima dos custos do processo, e por isso aceita o acordo.⁵⁰³

⁵⁰⁰ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. RT: São Paulo, 2004, p. 123.

⁵⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição de 1988**. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1990, p. 206

⁵⁰² FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação**. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p.78-79.

⁵⁰³ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010** In: _____ Mediação no Judiciário Teoria na Prática, org. GROSAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 303-304.

Nesse contexto, é oportuno o exemplo dos vizinhos que em disputa procuram o judiciário para resolver seus conflitos, os quais, segundo os defensores das ADR's, espera-se que sejam capazes de resolver sozinhos a contenda através da conciliação, antes que um terceiro o faça. No entanto, para Owen Fiss a relação social já foi quebrada e qualquer acordo nessa circunstância seria mais uma trégua do que uma verdadeira conciliação.⁵⁰⁴

O desequilíbrio do poder é extremamente relevante durante a conciliação, pois as partes em situações extremas (pobreza X riqueza) perdem a horizontalidade de posições. Tal fato pode contaminar o processo de negociação, e por via de consequência o acordo, pois a parte mais pobre fica em evidente posição desfavorável para reunir e analisar as informações necessárias à previsão e decisão do litígio. E mais, pode necessitar do valor da indenização devida, obrigando-se a aceitar qualquer proposta, muitas vezes bem menos do que se teria direito, por pura necessidade. Outro ponto ainda negativo da conciliação seria o acordo forçado, em que a parte hipossuficiente é obrigada a aceitar o acordo por não ter condições de custear o processo.⁵⁰⁵

O acordo, no processo civil, é análogo à transação penal: geralmente, o consentimento é obtido via coação; a transação pode ser realizada por alguém que não possui autoridade; a ausência de instrução processual e de julgamento cria um subsequente e problemático envolvimento juiz; e embora os incidentes processuais sejam abreviados, a justiça pode não ter sido feita. Assim como a transação penal, o acordo é uma rendição a condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado.⁵⁰⁶

No Brasil, atualmente os programas de conciliação tem sido incentivados mais que a própria mediação. Isso se deve a sua característica de resolução rápida ao processo, ampliando-se o incentivo ao cumprimento das metas do Conselho Nacional de Justiça e da expansão dos programas “Conciliar é legal” e “Semana da Conciliação”, entre outros. Porém, não se deve esquecer que não passam de mutirões que buscam números com bons resultados estatísticos e não pessoas satisfeitas.

⁵⁰⁴ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. RT: São Paulo, 2004, p. 123.

⁵⁰⁵ Ibid, p. 125.

⁵⁰⁶ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. RT: São Paulo, 2004, p. 124.

5.2.3 Arbitragem

Nos Estados Unidos foi a partir da abolição da escravatura que houve o desenvolvimento das formas alternativas de resolução de disputas, uma vez que o sistema jurídico tradicional, principalmente no sul, ainda refletia os valores escravocratas, sendo criadas as Cortes de Arbitragem chamadas de “*Freedmen’s courts*” para julgar casos de menor complexidade em que negros libertos estivessem envolvidos.⁵⁰⁷

No Brasil, foi a partir de 1824 com a Constituição do Império, que surgiu a Arbitragem, com previsão no art. 160 daquela Constituição, a qual asseverou que nas causas cíveis e penais civilmente intentadas, Juízes Árbitros poderiam ser nomeados pelas partes e que estes teriam suas sentenças executadas sem recurso, caso convencionassem.⁵⁰⁸

Em aspectos conceituais, a arbitragem funciona como a adjudicação, ou seja, dizer o direito, função jurisdicional buscando o certo, o justo, um julgamento verdadeiro.⁵⁰⁹

A função do árbitro e do juiz difere pela natureza do órgão responsável pela decisão, ou seja, privado ou público. Os árbitros são pagos e escolhidos pelas partes, com orientações próprias e limitadas e caráter extremamente privado, enquanto a função do juiz é um cargo público, pago pelos cofres públicos e não escolhido pelas partes.⁵¹⁰

Tendo em vista que o papel do árbitro é o de adjudicação, este instrumento tampouco será objeto de análise neste livro, posto que sua estrutura segue o padrão do processo judicial [...] o paradigma que se revela na arbitragem é de uma estrutura piramidal-coercitiva, sendo que no vértice desta relação, em vez do estado-juiz, está o árbitro escolhido pelas partes nos contratos celebrados à luz do direito privado.⁵¹¹

⁵⁰⁷ AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** (Resenha) VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In AZEVEDO, André Gomma (org). Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 440.

⁵⁰⁸ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 29 de jun. 2015.

⁵⁰⁹ Op. cit., p. 67.

⁵¹⁰ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. São Paulo: RT, 2004, p. 68.

⁵¹¹ FOLEY, Glaucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação.** Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 80.

Embora, seja considerada um meio alternativo de solução de conflitos, a arbitragem é um instrumento heterocompositivo com muitos méritos, e adequada para um determinado grupo de controvérsias. Contudo, continua sendo um método adversarial⁵¹² em que a decisão é imposta às partes, agora não pelo juiz, mas pelo árbitro⁵¹³, o qual passa a ter essa função no âmbito privado.

5.2.4 Sistema Multiportas: o respeito à diversidade.

É uma forma alternativa de resolução de conflitos que combina características de mais de um dos meios de resolução, surgindo da expressão *multidoor settlement system*. Neste, a partir da análise das situações concretas indica-se qual o melhor método ou combinação de métodos que podem solucionar o conflito.⁵¹⁴

Surgiu nos Estados Unidos dentro do movimento dos meios alternativos de solução de conflitos na década de 1960, porém, só ampliado em escala nacional a partir de agosto de 2001. Constitui um meio de organização judiciária no qual o Poder Judiciário funciona com um centro de resolução de conflitos, com vários e diversificados procedimentos, cada qual com o seu perfil e destinatários específicos.⁵¹⁵

O sistema de portas “uno”, via única do processo judicial, é substituído por um sistema composto por diversos tipos de metodologias, que integram o centro que é administrado pelo Estado. Tem como característica marcante a triagem, pela qual as partes obrigatoriamente passam antes de iniciarem os trabalhos. Isto é, as partes escolhem o procedimento mais adequado ao seu problema.⁵¹⁶

⁵¹² Em razão dessa característica, tal instituto, foi abordado de maneira superficial, a título de menção, em razão de sua importância no contexto dos meios alternativos de solução de conflitos.

⁵¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Fundamentos da Justiça Conciliativa**. In: _____ *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 01.

⁵¹⁴ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 17.

⁵¹⁵ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 105.

⁵¹⁶ Idem, p. 105.

6 MEDIAÇÃO: uma resposta à complexidade dos conflitos

Em tudo o que foi exposto até aqui, percebe-se uma carência da sociedade de meios que proporcionem acesso à justiça, não à justiça formal, mas a material, aquela ordem jurídica justa da doutrina; um meio que promova a concretização dos direitos e do princípio fundamental do acesso à justiça. Nessa trilha apresenta-se a Mediação como resposta e caminho para a paz.

Na maioria das vezes as pessoas envolvidas em uma disputa têm às mãos vários meios para responder ao conflito ou resolvê-lo.⁵¹⁷ Resta saber se essa escolha será satisfatória e efetiva, uma vez que os meios colocados à disposição do cidadão muitas vezes são inacessíveis ou ineficazes.

O cerne dessas questões emerge das posições conflitantes - muitas das vezes desarticuladas - sobre a natureza e as metas da mediação. Quase todos concordariam que mediação é um processo no qual um terceiro imparcial ajuda as partes a resolverem a disputa ou a planejar uma transação. Entretanto, na realidade, suas metas e métodos variam tanto, que essa generalização nos leva a ter uma ideia enganosa sobre o tema. Isso não se deve somente à diferenciação das práticas em razão do tipo de disputa ou transação envolvidos, pois, mesmo dentro de um campo particular, pode ser encontrada uma grande variedade de práticas. Por exemplo, estudando sobre crédito rural, encontrei dois padrões de mediação, aos quais denominei amplo e restrito. Tais padrões diferem tanto um do outro que só podem ser chamados de mediação, *mutatis mutandis*, no mesmo sentido em que chamamos de almoço uma refeição, seja ela do McDonald's ou de um restaurante francês.⁵¹⁸

A aposta feita pelo Ocidente na resposta adjudicada tem sido ineficaz, surgindo nesse contexto a cultura da mediação como reencontro da cultura da solidariedade, esquecida pelo Ocidente, porém inerente à própria vida.⁵¹⁹

A conciliação tem condão de celebrar um acordo para evitar um processo judicial; na mediação, como se verá adiante, o acordo não é a meta, mas uma provável consequência do processo de comunicação,⁵²⁰ estabelecendo um diálogo

⁵¹⁷ MOORE, Christopher W. **El Proceso de Mediación – Métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Ediciones Granica: Buenos Aires, 1995, p. 25.

⁵¹⁸ RISKIN, Leonard L. **Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos**. (Trad.) Henrique Araújo Costa. <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol1/compreendendo-as-orientacoes-estrategias-e-tecnicas-do-mediador-um-padrao-para-perplexos/i-introducao>.

⁵¹⁹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O Novo (em) Direito**. OAB: Florianópolis, 2006, p. 250.

⁵²⁰ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 79.

permanente com o problema que se apresenta, permitindo o contato direto com o litígio que se quer resolver.⁵²¹

Sobre as palavras é bom entender-se: “mediação” indica um complexo de atividades, voltada a ligar dois termos distantes, mas conexos entre si. Mediar, como forma verbal que conota a atividade de mediação, quer dizer religar aquilo que agora está desconexo – porque a relação e o circuito interromperam-se – justo pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa. Mas o circuito e a relação eram e poderão ainda estar em funcionamento. Pode-se mediar tudo aquilo que se pode mediar e, performativamente, pode mediar quem pode mediar: a tautologia neste caso acrescenta algo e não se limita a uma inútil redundância. Qualquer sugestão nos pode ser indicada pela estatística, pela geografia e pela hermenêutica.⁵²²

Na palavra mediação há um problema semântico que leva à necessidade de redefinição do espaço com o qual a tradição circunscreve o paradigma *medio*, *mediare*, *mediazione*, semântica negligenciada sem culpa, mas que necessita significação adequada. Para isso, a definição aristotélica serve perfeitamente, quando retrata a palavra *medium* ou *mesòtes* como a *medida* do agir, não o meio justo, mas a medida justa de estar no meio. Ainda no caminho do significado, o termo “média” representa, segundo a estatística, nada mais do que o valor medial entre dois extremos, uma operação graças a qual se somam os extremos e se produz um valor. Isto é, a média soma os extremos e os divide, repartindo exatamente em dois, efetuando justiça distributivas paradoxais de forma salomônica.⁵²³

Assim, a mediação institucionalizada, segundo Ada Pellegrini Grinover, é canal idôneo para resolver certos conflitos, principalmente litígios que versem sobre os direitos dos consumidores na composição dos danos mais leves, de vizinhança e em certas questões de família, podendo ser utilizada em várias searas.⁵²⁴

⁵²¹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os Novos Direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar.** In: _____ Novos Direitos e Sociedade. São José: Conceito, 2010, p. 141.

⁵²² RESTA, Eligio. **Tempo e Processo.** Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014, p. 26.

⁵²³ Ibid, p. 27-28.

⁵²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 206

6.1 Aspectos históricos da mediação:

Como já tratado no primeiro capítulo da presente pesquisa, os conflitos existem desde sempre e se projetam à eternidade; todavia, a forma de solucioná-los passou por várias transformações ao longo da história, e por certo será muito inovada.⁵²⁵

Ao longo da história os conflitos passaram por diferentes fases, estas ligadas à própria forma de organização da sociedade, nas quais primeiramente as famílias eram numerosas, e quem detinha o poder de resolução de conflitos eram os patriarcas e anciãos. Após, organizaram-se em tribos, mantendo o poder de decisão nas mãos dos anciãos, os quais agora possuíam meios informais. No entanto, com o nascimento das cidades a Igreja passou a ter papel de destaque na solução de conflitos, porém ainda através de meios informais.⁵²⁶

Os povos antigos buscavam na harmonia interna do grupo fortalecer a união, a qual servia de defesa contra os ataques de outros povos. Todavia, este é o mesmo objetivo do mundo ocidental contemporâneo, a pacificação da sociedade, que assegura as mesmas condições para enfrentar a globalização, sem perda da individualidade.⁵²⁷

No extremo Oriente, há a inspiração do princípio da filosofia de Confúcio, para o qual o homem sábio consegue resolver suas diferenças de maneira amigável. Com longa tradição de busca de diálogo e persuasão, apresenta-se uma estrutura social voltada à pacificação e ao equilíbrio das relações, considerando-se reprovável a resolução dos conflitos junto ao Poder Judiciário, servindo de exemplo as culturas islâmicas, o judaísmo, o hinduísmo e o budismo.⁵²⁸

O uso da mediação esteve presente nas mais remotas sociedades, com indicação de seu uso na bíblia, e em países como a Grécia e a China. É interessante destacar o caso da China, que usa o método há mais de quatro mil anos e possui hoje em seu quadro estatístico mais de dez milhões de mediadores, enquanto

⁵²⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem – Mediação – Conciliação Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n.1 de 31 de Janeiro de 2013**. 3. Ed. São Paulo: Revistas do Tribunais:, 2013, p. 28.

⁵²⁶ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63.

⁵²⁷ Ibid, p. 19.

⁵²⁸ Ibid, p. 63-64.

existem cerca de cento e dez mil advogados.⁵²⁹

Na Grécia existiam as figuras dos “*deitei*”, responsáveis pela composição amigável, os quais segundo as leis atenienses distinguiram-se entre públicos e privados, e os “*irenofilaci*”, chamados de guardiões da paz, inspirando o direito romano no qual surgiu a figura dos “*foeciali*”, sacerdotes nomeados por Numa Pompilio para pacificar o povo feroz. Contudo, com o declínio do Império Romano e as invasões bárbaras, os conflitos passaram a ser resolvidos por assembleias dos povos germanos de acordo com os costumes vigentes. Passado esse período clássico, já na Idade Média, com a ascensão do cristianismo, a igreja assumiu a atividade conciliadora e ficou responsável pela solução da maioria das contendas.⁵³⁰

No Estado Moderno sob a influência do Direito Romano, surgiram várias experiências na Europa, tais como os fazedores de paz na Holanda, os juízes de paz na Inglaterra e na França e os *avindores* ou juízes *avenidores* em Portugal, onde vigiam as Ordenações Afonsinas (1447), Manuelinas (1526) e Filipinas (1603), as quais trouxeram novamente dispositivos que incentivavam a atividade conciliatória dos magistrados e, conseqüentemente, acabaram influenciando o direito brasileiro no período colonial.⁵³¹

As comunidades americanas no período colonial eram formadas principalmente por fatores geográficos, dentre outros motivos. Porém, uma característica marcante era a mescla entre público e privado, religioso e secular, legal e não legal. No entanto, com o passar do tempo houve a institucionalização do sistema legal, preservado, e apesar das mudanças, o espírito comunitário manteve-se, ficando o espaço aberto para o desenvolvimento de meios alternativos de resolução de disputas.⁵³²

Desse modo, nos Estados Unidos da América da década de 1970, surge a mediação como uma nova instituição voltada para a resolução de conflitos, com iniciais bons resultados, expandindo-se rapidamente e sendo incorporada ao

⁵²⁹ FILHO, Maurício Vasconcelos Galvão. Ana Carolina, WEBER. **Disposições Gerais da Mediação Civil.** (coord.) PINHO, Humberto Dalla Bernardina. (in) Teoria Geral da Mediação – À luz do Projeto de Lei do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16.

⁵³⁰ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça.** (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 63-64.

⁵³¹ Ibid, p. 64.

⁵³² AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** (Resenha) VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In AZEVEDO. In: _____ Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003, p. 440.

sistema formal, que em alguns estados tornou obrigatória a mediação prévia à jurisdição. O exemplo disso ocorreu na Califórnia, onde as partes não podiam acessar ao judiciário sem antes passar pelas câmaras de mediação. E ainda, paralelo a isso, surge o sistema de mediação privada, na qual as partes solicitam os serviços de um mediador.⁵³³

Na Inglaterra, o modelo tomou força somente em 1989 com a primeira campanha britânica privada dedicada à resolução de conflitos, com características similares ao do sistema americano e com dois tipos de mediação: a pública e a privada. Na França, a história foi diferente, pois a mediação surgiu da figura do *ombudsman* (pessoa nomeada por uma instituição, ou dentre os representantes de uma determinada categoria para tutelar os direitos desta mesma instituição), como intermediário entre o setor privado e os órgãos públicos, ou seja, difere dos demais modelos porque começou no direito público, sendo institucionalizada em 1990.⁵³⁴

Na América Latina, a Argentina já em 1992 declarou ser interesse nacional o desenvolvimento da mediação, e em 1995, sanciona a Lei 24.573, que estabelece a obrigatoriedade da instância de mediação para os casos patrimoniais.⁵³⁵

No Brasil colônia e depois no império, a mediação não era o meio consensual proposto, e sim a conciliação e a arbitragem, que já eram previstos no ordenamento pátrio (vide o tópico que trata da conciliação e da arbitragem).

O sistema de mediação chega ao Brasil a partir de duas vertentes: o de São Paulo, inspirado no modelo francês em 1989, e o americano, vindo pela Argentina ao sul do país no início da década 1990. Convém sobrelevar que a forma em que a mediação se apresenta e é praticada difere de região para região, dependendo da realidade local.⁵³⁶

Ainda no tocante ao assunto, é cediço lembrar que há uma constante confusão entre conciliação e mediação, sendo tratados na maioria das vezes pelo senso comum como sinônimos⁵³⁷. Como já apresentando anteriormente na presente pesquisa, a conciliação tem a figura do conciliador que intervém na relação

⁵³³ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 63.

⁵³⁴ Ibid, p. 20.

⁵³⁵ Idem, p. 20.

⁵³⁶ BARBOSA, Aguida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

⁵³⁷ Idem, p. 16.

conflituosa, apresentando sugestões, enquanto na mediação a função do mediador é de restabelecer a comunicação e sem intervenção.

A institucionalização do sistema, somente ocorreu somente em 2015, com a lei 13.140/2015 e com a Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil.

6.2 Características

A mediação é uma forma de resolução de conflitos que provem do âmbito privado, e por isso destaca-se pela confidencialidade, fato que dá segurança e credibilidade ao procedimento, permitindo às partes a ampla discussão de todas as circunstâncias relacionadas à controvérsia. O sigilo na verdade funciona como fator de confiança em razão do comprometimento do mediador e das partes em resguardar o que for dito nas sessões de mediação.⁵³⁸

Há também o estímulo ao diálogo cooperativo, que consiste na função do mediador em esclarecer divergências e focar convergências entre as partes. A partir das declarações destas, o mediador as auxilia a identificar questões a serem solucionadas e, principalmente, as preocupações comuns a ambas as partes. O mediador, para conseguir seu objetivo, pode reprisar o que foi manifestado, recontextualizando suas declarações e fazendo resumos que auxiliam na compreensão do problema e o avanço para identificação de possíveis formas de solução.⁵³⁹

A mediação deixou de ser um meio alternativo para se tornar um meio de tratamento adequado. Na Lei 13.140/2015, que trata do tema, fica descrita como meio consensual de resolução de controvérsias, pois ao identificar o método como adequado, tira a conotação de dúvida em relação à substituição à justiça, e sim de coexistência e colaboração.⁵⁴⁰

O sistema da mediação é um processo legítimo de promoção da justiça, de forma não adversarial, confidencial, voluntária, utilizando-se de um terceiro imparcial, isento, sem interesses particulares na lide; é indicado para conflitos nos

⁵³⁸ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 141

⁵³⁹ *Ibid*, p. 161

⁵⁴⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016, p. 123.

quais existe vínculo anterior entre as partes, de ordem subjetiva, que possa ser restaurado através da atuação do mediador. Tem como requisito básico a opção, pois as partes devem ter capacidade processual, e devem escolher o sistema, e o objeto do conflito deve ser negociável, ou seja, não podem ser mediados direitos indisponíveis, bem como não pode haver a necessidade de produção de provas no curso da mediação.⁵⁴¹

Assim, a mediação desdobra-se em sete etapas que devem ser percorridas pelas partes em conjunto com o mediador para se chegar à resolução do conflito, quais sejam: primeiro - pré-mediação; segundo - investigação; terceiro - criação de opções; quarto - escolha das opções; quinto - avaliação das opções; sexto - preparação para o acordo e, por último; sétimo - acordo propriamente dito e sua assinatura.⁵⁴²

6.3 Conceito

A lei nº 13.140 que entrou em vigor em junho de 2015 define a mediação, como sendo a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, o qual, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para as controvérsias.⁵⁴³

Basicamente a mediação pode ser definida como um processo no qual um terceiro sem qualquer poder de decisão ajuda as partes conflitantes na construção de solução, distanciando da forma do sistema jurisdicional vigente, oferecendo um potencial padrão dialógico, horizontal e participativo⁵⁴⁴; democratiza o sistema e

⁵⁴¹ MEDEIROS, Pedro Paulo. **Mediação em Essência**. In: _____ Arbitragem e Mediação, a reforma da legislação brasileira. (coord) ROCHA, Caio Cesar Vieira e SALOMÃO, Luiz Felipe. São Paulo: Atlas, 2015, p. 274-275.

⁵⁴² NETO, Adolfo Braga. **Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. (in) Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

⁵⁴³ BRASIL. **Lei 13140 de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 30 jan. 2016. art. 1, § ú.

⁵⁴⁴ FOLEY, Glauca Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação**. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 23.

proporciona a participação de todos na resolução dos problemas, os quais, na verdade, são de todos.⁵⁴⁵

A mediação tem como núcleo conceitual, independente das variações ideológicas acerca de seu conteúdo, basicamente elementos como o de processo voluntário; mediador como terceira parte desinteressada; mediador sem poder de decisão; solução talhada pelas partes em conflito.⁵⁴⁶

O meio de resolução de conflitos é uma negociação facilitada, tendo na doutrina duas abordagens principais, a adversarial e a não adversarial. A primeira pressupõe que a negociação fica vinculada a um recurso limitado, como o dinheiro, cabendo às partes decidir se o dividem e como o fazem, sendo que as metas das partes são conflitantes, o que um ganha, o outro tem que perder. A segunda abordagem, a não-adversarial, procura revelar e compor os interesses subjacentes das partes, suas motivações. Desse modo, os negociadores geralmente deparam-se com uma tensão entre as abordagens adversarial e não adversarial, visto que uma tende a interferir na outra.⁵⁴⁷

A mediação vem como proposta de meio de resolução de conflitos não-adversarial, uma vez que tenta restabelecer o equilíbrio perdido entre as partes, oferecendo canais de comunicação entre eles.

6.4 Escolas da Mediação

O meio autocompositivo da mediação e suas técnicas de aplicação variam de acordo com a ênfase na obtenção do acordo, não sendo possível designar qual modelo está certo ou errado, divergindo a doutrina quanto as suas características,

⁵⁴⁵ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os Novos Direitos à luz da transdisciplinariedade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar** (in) *Novos Direitos e Sociedade*. São José: Conceito, 2010, p. 147.

⁵⁴⁶ PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 47.

⁵⁴⁷ RISKIN, Leonard L. **Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos**. (Trad.) Henrique Araújo Costa. In: _____ *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília : Brasília Jurídica. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol1/compreendendo-as-orientacoes-estrategias-e-tecnicas-do-mediador-um-padrao-para-perplexos/iii-o-sistema-proposto>. Acesso em 23 jan. 2016. 2002. E82a 72 p. ISBN 1. Resolução alternativa de disputas 2. Arbitragem 3. Mediação 4. Negociação. I. Azevedo, André Gomma de. CDU 347.918.

pois as escolas que apareceram tem peculiaridades especiais e complementares umas às outras.⁵⁴⁸

6.4.1 Modelo de Harvard

É o chamado modelo formal de mediação, amplamente divulgado e empregado na prática, servindo de base para os demais modelos que se tornaram variações deste. Nasceu na escola de direito de Harvard, voltada para o mundo corporativo, buscando através da negociação com a ajuda de um terceiro, o encontro dos interesses das partes, chegando a soluções com ganhos mútuos. Tem ainda como proposição, o trabalho de um comediador, ou seja, que as sessões sejam feitas por dois mediadores buscando o estímulo a soluções criativas e de avaliação objetiva das propostas apresentadas, agindo o mediador como um facilitador, ou seja, buscando o consenso.⁵⁴⁹

A mediação pode ser vista de quatro formas diversas, segundo Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger: a primeira a vê como uma forma de buscar a satisfação das necessidades humanas; a segunda como um meio de estreitar os laços sociais e assentar uma consciência comunitária; a terceira enaltece o potencial de transformação que ela exerce nos seres humanos e a sociedade; e a quarta (negativa) como um instrumento de opressão dos mais fortes contra os mais fracos. Ressalta-se que apesar do trabalho do mediador apoiar-se em saltos de empoderamento e reconhecimento, o modelo transformador não ignora a importância de se resolverem questões específicas, partindo do princípio de que se os mediadores realizarem seu trabalho conforme demonstrado, as próprias partes muito provavelmente realizarão mudanças positivas em sua interação e encontrar termos aceitáveis para a solução por si mesmas.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça.** (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 23.

⁵⁴⁹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça.** (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 24-25.

⁵⁵⁰ BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: responding to Conflict Through Empowerment and Recognition.** 1. Ed. San Fancisco: Jossey-Bass, 1994, The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict. Rev. Ed. S. (Resenha) trad. OLIVEIRA, Artur Coimbra, p. 68. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-v-resenha-de-livros/bush-robert-a-baruch-e-folger-joseph-p-the-promise-of-mediation-responding-to-conflict-through-empowerment-and-recognition->

Com base nessas características, o modelo de mediação de Harvard é identificado como *problem-solving* e *interested-based*, ou seja, tem como objetivo principal a solução do problema pela obtenção de um acordo fundado nos interesses (motivações e critérios) próprios das partes. Este objetivo principal de solucionar o conflito existente não se impõe a qualquer custo, respeitando-se, sempre, a autonomia das partes e sua autodeterminação na formação de livre e informado consentimento.⁵⁵¹

Portanto, a imparcialidade do mediador é requisito fundamental para o desenvolvimento da mediação, não devendo haver interesse do mediador na solução do caso ou na vitória de qualquer das partes. Em relação a estas, o profissional deve manter igual distanciamento, sendo a principal crítica da desconsideração, os aspectos subjetivos dos conflitos, que podem até ser abordados e identificados, mas são afastados da discussão principal. É relevante destacar que os objetivos da mediação segundo o programa de Harvard são amplos, e incluem a preservação dos relacionamentos das partes, com a promoção da comunicação eficiente entre as pessoas em conflito.⁵⁵²

6.4.2 Modelo Transformativo

O modelo transformativo tem como fim não a obtenção de acordo, mas a transformação individual, social e da relação existente entre as partes. Entende o conflito como agente transformador, capaz do fortalecimento da autodeterminação dos conflitantes, recuperando o poder de administrar os conflitos, o chamado *empowerment*. Este, sem tradução literal correspondente no português, leva a doutrina a chamá-lo de empoderamento, capacitação, revalorização, ou seja, a prática proporciona às partes o desenvolvimento e a integração das capacidades, tanto para fortalecer a si mesmos, e se relacionar empaticamente com os demais, quanto aumentando a qualidade da relação existente, tendendo as pessoas a centrar-se em suas próprias preocupações a partir dos efeitos produzidos na sua vida, e acabando trancadas em si mesmas. Nesse contexto, o conflito é visto como

[1-ed-san-francisco-jossey-bass-1994- -the-promise-of-mediation-the-transformative-approach-to-conflict-rev-ed-san-francisco-joss](#). Acesso em 31 jan. 2016.

⁵⁵¹ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 113.

⁵⁵² *Ibid*, p. 115.

algo positivo, transformador da realidade, e o mediador não tem a função de facilitador, mas, de estimulador da participação das partes no processo.⁵⁵³

A partir dessa transformação operada em cada relacionamento, busca-se a transformação do paradigma social, predominantemente individualista, para o desenvolvimento de valores morais e padrões de relacionamento mais harmônicos na sociedade como um todo. Procura-se, então, sair de uma concepção puramente individualista para uma concepção relacional, sem conferir de importância ao atingimento de um acordo, pois não importa a pacificação do conflito e sim a transformação da relação.⁵⁵⁴

O mediador exerce sua função nesse modelo com estreita proximidade das partes, a chamada imparcialidade ativa, atuando junto a elas como mensageiro dos seus desejos ao oponente, um verdadeiro “advogado do diabo”, ou seja, lembrando os fatos já manifestados, e por isso é aconselhável as sessões individuais. Desta feita, o grande valor do modelo está no fato de que a mediação não é vista apenas como uma forma de resolver conflitos e, assim, diminuir o número de casos em curso no sistema judicial, mas sim, como instrumento apto a oferecer um processo de maior qualidade com obtenção de resultados melhores e finalidade pedagógica inerente. Pois o valor continuaria, mesmo que existisse um sistema legal adequado, célere e não saturado focado na eficiência e na racionalização de tempo e recursos em nome do oferecimento de uma oportunidade de interação qualitativa entre as pessoas.⁵⁵⁵

6.4.3 Modelo Circular Narrativo

Esse modelo não tem como objetivo o acordo, e sim a comunicação, seja ela verbal, corporal ou gestual. Foi construído com técnicas de outras áreas de conhecimento, como ciências sociais e a psicologia, ficando afastada a noção reducionista de causa e efeito, pois não há como precisar uma causa, mas sim várias causas, do tipo circular, formada por inúmeros fatores que se retroalimentam,

⁵⁵³ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 25-26.

⁵⁵⁴ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 118.

⁵⁵⁵ *Ibid*, p. 119.

influência recíproca, em que cada declaração gera uma reação do outro, num círculo contínuo de referência.⁵⁵⁶

Nesse contexto, o conflito é visto como um descompasso entre as narrativas das partes, que não são verdades ou mentiras, mas sim diferentes versões sobre um mesmo fato que deve ser desconstruído para nascer uma nova versão integrada. O mediador tem papel de agente de legitimação do discurso das partes envolvidas, valendo-se de técnicas provindas da teoria da comunicação, formulando perguntas abertas, apresentando resumos e recontextualizando os discursos das partes, destacando os pontos e as preocupações comuns, a partir do que elas mesmas narraram, possibilitando a construção de uma nova versão, reorganizando o padrão comunicacional com a obtenção do acordo.⁵⁵⁷

O conflito não é o foco a ser considerado, mas sim as histórias que se apresentam, indicando a partir destas os pontos divergentes e convergentes das partes em relação à questão a ser solucionada, ou seja, a imparcialidade do mediador, não é vista com isenção de interesses no resultado do conflito ou com equidistância em relação às partes, mas como ausência de dominação ou coerção, trabalhando para descobrir os reais interesses e objetivos das partes, bloqueando a manipulação e coerção de uma história sobre outra.⁵⁵⁸

6.4.4 Modelo Avaliativo⁵⁵⁹ (avaliação neutra, arbitragem não vinculante ou procedimento misto)

A utilização em larga escala da mediação nos Estados Unidos fez com que surgisse um novo modelo de mediação, no qual o mediador tinha o condão de alertar as partes sobre os possíveis resultados da demanda caso tivessem que seguir para a justiça formal, sugerindo possíveis soluções de acordo, com destaque dos pontos fortes e fracos das posições apresentadas, numa atuação claramente avaliativa, gerando certo mal-estar entre os defensores do sistema da mediação,

⁵⁵⁶ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense:, 2012, p. 27-28.

⁵⁵⁷ Idem.

⁵⁵⁸ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 119- 123.

⁵⁵⁹ Existe na doutrina, divergência quanto a inclusão desse modelo, como mediação, pois, estaria totalmente desvinculado da essência da mediação, BACELLAR, Roberto Portugal. (Coord.) Alice Bianchini e Luiz Flavio Gomes. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 88.

onde o mediador para informar todos os pormenores da demanda, deveria ter um amplo conhecimento da matéria debatida, pois sua função era de alertar, fornecer dados e critérios para que as partes decidissem, pois inicialmente o procedimento teria uma abordagem facilitativa, mas com o surgimento de impasse, o mediador passaria a informar os possíveis resultados da demanda, ou pontos fortes e fracos, para que a negociação fosse retomada, ou seja iniciava-se com a mediação e terminava-se com avaliação neutra, num caráter evidentemente híbrido.⁵⁶⁰

Essa forma de atuação, por meio da qual o mediador dirige o processo de mediação à sombra das normas jurídicas que regem o caso e dos possíveis resultados que seriam obtidos se submetida a questão a decisão judicial, traz uma série de limitadores em relação aos modelos de mediação já apresentados e, por isso, ensejou muitos debates acerca da própria natureza do método de solução de conflitos empregado. [...]No que se denominou abordagem facilitativa, que de modo geral está presente nos três modelos supra apresentados, centrados que são na identificação, pelas próprias partes, dos aspectos relevantes da controvérsia e da melhor forma de solução possível, o protagonismo das partes é valorizado e a autodeterminação é considerada elemento crucial da mediação, que a identifica como método específico de solução de conflitos em oposição à avaliação de terceiro, por exemplo, em que o terceiro neutro manifesta seu entendimento acerca da matéria debatida para, a partir dele, estimular as partes a negociarem.⁵⁶¹

Um ponto extremamente sensível do modelo, é a diminuição do protagonismo das partes, cedendo espaço ao mediador, que pode resultar em menor satisfação com os resultados obtidos e na manutenção da postura adversarial, uma vez que as partes atuarão de modo a incutir no mediador o convencimento acerca de suas razões a fim de assegurar uma avaliação favorável, mitigando o modelo colaborativo anteriormente apresentado⁵⁶².

É cediço que o referido sistema pode ainda ser chamado de mediação pura ou verdadeira mediação, por aplicar corretamente os conceitos às técnicas de solução de conflitos utilizadas, concedendo às partes, a adequada compreensão dos procedimentos, possibilitando a escolha do método de solução adequado, à luz dos objetivos pretendidos, sendo o campo de aplicação da mediação bastante amplo e comporta a contribuição de profissionais oriundos de diversas áreas do

⁵⁶⁰ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 28-29.

⁵⁶¹ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 124.

⁵⁶² *Ibid*, p. 126-127.

conhecimento, mas fato é, que a denominação de mediação avaliativa, não é recomendável ⁵⁶³, e sim, outras denominações devem ser utilizadas como enumeradas no título desse tópico.

6.5 Mediação, a garantia do acesso à justiça e efetividade da cidadania.

A mediação tem um caráter metabólico, porque vive no mesmo ambiente onde conflitos se produzem e por esse motivo deve estar entre os conflitantes e não separada, alheia as partes. ⁵⁶⁴

A mediação trabalha o conflito com vistas às pessoas envolvidas nele, reconhecendo que possuem capacidade para encontrar a solução mais adequada, estimulando o indivíduo a atuar como sujeito de seu próprio destino. ⁵⁶⁵

Pois, ao buscar este meio de solução de conflitos, nega o encaminhamento das decisões de sua vida, assumindo inconscientemente as rédeas do seu caminho e a solução de seus problemas, revela-se, nisso, uma mudança de posição da figura passiva que tudo espera do Estado, para a de cidadão, ator do próprio processo de transformação, construindo uma efetiva cidadania quando desvia a solução do conflito da esfera pública estatal e passa tal decisão para as partes envolvidas, proporcionando a conscientização do indivíduo de seu papel, não só diante de sua vida, mas da sociedade à qual pertence. ⁵⁶⁶

O uso de meios complementares de resolução de conflitos auxilia o Poder Judiciário no desenvolvimento de sua função constitucional e possibilita principalmente o atingimento dos escopos da participação e da pacificação. Com efeito, o emprego de meios complementares de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário agrega participação popular na administração da justiça, ajuda a obter a pacificação social e tem finalidade pedagógica, vez que contribui para que os cidadãos decidam a respeito das questões em que estão envolvidos e assumam a responsabilidade por essas decisões. ⁵⁶⁷

⁵⁶³ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 126-127.

⁵⁶⁴ RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Trad. Fabiana Marion Spengler. Essere Del Mondo: Santa Cruz do Sul, 2014, p. 28.

⁵⁶⁵ Idem, p. 28.

⁵⁶⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e Democracia: Novo Horizonte, Outros Caminhos para a Práxis Cidadã**. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Conceito: Florianópolis, 2008, p. 363-366.

⁵⁶⁷ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 34.

Dessa mudança de postura e papel, floresce uma consciência transformadora, que não se limita a somente aceitar as outras formas de resolução de conflitos, mas tem a convicção de que as respostas devem ser satisfatórias, desde a sua implementação.⁵⁶⁸

A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais e nos integrarmos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores.⁵⁶⁹

É a verdadeira assunção dos atos praticados e dos compromissos assumidos pelas partes envolvidas no conflito, que se reflete maior e melhor interação social e exercício da cidadania.⁵⁷⁰

A colaboração da mediação, enquanto meio democrático, participativo e inclusivo na resolução de conflitos para a cidadania e para a dignidade humana, está na relação entre as características de sua prática, quais sejam: a inclusão, valorização do ser humano, respeito ao outro, resgate de valores éticos, com os efeitos naqueles que procuram esse meio, a preservação das relações sócio-afetivas, pacificação social, estimulando a conscientização das pessoas acerca de suas potencialidades como ser humano e como cidadão.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressões, 1999, p. 74.

⁵⁶⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública : a teoria, a prática, e o projeto de lei**. (org) SPENGLER, Fabiana Marion e NETO, Theobaldo Spengler. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010, p.52.

⁵⁷⁰ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 35.

⁵⁷¹ SALES, Lília Maia de Moraes. MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e Democracia: Novo Horizonte, Outros Caminhos para a Práxis Cidadã**. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Conceito: Florianópolis, 2008, p. 367.

Assim, a mediação pelas suas peculiaridades difere dos outros mecanismos de solução de conflitos, mostrando-se eficaz no resgate da dignidade humana, o que se revela o primeiro passo para a realização da verdadeira transformação social que garantirá tratamento digno e justo para todos.⁵⁷²

A mediação tem a capacidade de acordar o sentimento de cidadania naqueles que a procuram, ao proporcionar a percepção de que todos são capazes de encontrar as soluções mais adequadas. Isso implica no resgate da consciência de seu papel como ator social, podendo ser o primeiro passo no caminho que conduzirá à discussão de valores, questionamentos sobre atitudes adotadas e, conseqüentemente, à luta pela efetivação de direitos constitucionalmente garantidos. Destacam-se dentre as contribuições da mediação para a cidadania as questões do acesso à justiça, a inclusão social, e o resgate da dignidade humana.⁵⁷³

O melhoramento do acesso à justiça é a primeira resposta à demanda da cidadania, tendo como essência os direitos individuais – subjetivação dos direitos, resultando num ideal de amplitude de inserção social, garantindo a preservação da identidade, respeitando o princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana.⁵⁷⁴

É relevante pontuar que as desigualdades socioeconômicas no Brasil, estão dentre as mais elevadas nos países do Terceiro Mundo, promovendo uma grande distância entre os mais ricos e os mais pobres, revelando a face perversa da sociedade brasileira, apontando graves problemas, particularmente no que diz respeito à inclusão social.⁵⁷⁵

[...] exclusão refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento. Transformar estes indivíduos em participantes da sociedade implica seu reconhecimento como sujeitos de direitos e com possibilidades efetivas de reclamá-los, caso sejam desrespeitados. [...] Normalmente, o enfrentamento desta questão é pensado a partir de políticas voltadas para aspectos diretamente relacionados às esferas econômica e social. O principal argumento deste artigo é que o acesso à justiça se constitui na porta de entrada para a participação nos bens e serviços de

⁵⁷² SALES, Lília Maia de Moraes. MOREIRA, Sandra Mara Vale. **Mediação e Democracia: Novo Horizonte, Outros Caminhos para a Práxis Cidadã**. In: _____ Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha. Conceito: Florianópolis, 2008, p. 367.

⁵⁷³ Ibid, p. 364.

⁵⁷⁴ BARBOSA, Aguida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015, p.27.

⁵⁷⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <http://books.scielo.org>, p.169.

uma sociedade. Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização. Não se pretende aqui diminuir a importância de políticas que visem melhorar a distribuição de renda ou a escolaridade, por exemplo. O que este argumento sublinha é que, caso não se considere como prioritário o acesso à justiça,⁵⁷⁶ todos os demais esforços correm o risco de não perdurar e se desfazer.

O mediador que age com imparcialidade é extremamente criticado, posto que o seu papel é estar no meio, compartilhar, e até mesmo “*sporcarsi le mani*”⁵⁷⁷, não estando na mesma posição do magistrado como figura neutra, imparcial e também não sobre o conflito⁵⁷⁸, mas ao lado dele.

Parece sonho, mas ainda resta um fio de esperança de que num futuro próximo, a mediação funcione como forma de verdadeiro acesso à justiça e não de acesso do judiciário, a expensas de garantir e dar respostas concretas à sociedade, rumo à democratização do acesso à justiça, princípio basilar do Estado Democrático de direito.⁵⁷⁹

6.6 A Mediação e suas críticas

Segundo o americano Owen Fiss, o movimento das ADR’s busca a redução da quantidade de processos iniciados, sendo que a maioria de suas propostas é dedicada à negociação ou mediação anteriores ao processo judicial. No entanto, em alguns casos como nos Estados Unidos, o interesse pelas chamadas práticas amigáveis tem se estendido aos processos em andamento. Por esse motivo, alguns defensores do sistema têm procurado novos caminhos para facilitar, ou até mesmo forçar a celebração de acordos entre as partes em casos pendentes, a fim de que

⁵⁷⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: Porta de Entrada para a Inclusão Social**. (coord) LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: http://books.scielo.org_p_169.

⁵⁷⁷ Tradução livre: Sujar as mãos

⁵⁷⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária**. UNIJUÍ:Ijuí, 2012, p. 94.

⁵⁷⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 113.

essas estatísticas de baixa aumentem⁵⁸⁰. Por mais que o autor retrate um fato que ocorre na América do Norte, isso não distancia muito da realidade brasileira, pois muitos juízes a fim de que seus mapas estatísticos tenham alto índice de produtividade, compelem as partes a fazerem acordos nas audiências de conciliação, sendo essa a maior crítica, aos que detêm nas mãos o poder de decidir ou o poder de influenciar as partes na tomada das decisões.

Outro problema que frequentemente aparece nas mediações, chegando a tirar do sistema o sentido, é o mediador plantar-se no terreno alheio do terceiro, bem como privilegiar os interesses de uma parte ou de outra, pois a mediação tem uma proposta diferente: é um ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro⁵⁸¹ Mediar representa um estar no meio entre dois polos diferentes, mas, cúmplices e rivais, dependendo um do outro, pois as partes litigantes compartilham justamente aquilo que os separa.⁵⁸²

A doutrina traz dois tipos de críticas quando o assunto é a institucionalização da mediação. A primeira é: como a técnica surgiu no meio privado, lá deve ficar, receando-se que a prática seja contaminada pelo formalismo do sistema judicial, desvirtuando, assim, a sua natureza consensual e participativa. Isto porque o processo tem formalidades e atos solenes, os quais não cabem na forma da mediação (célere e informal), temendo-se, que ocorra o mesmo que aconteceu com os Juizados Especiais, que foram engessados e traídos pelo processo; a segunda, é sobre a desvalorização da solução adjudicada pelo Poder Judiciário, falando-se até em afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.⁵⁸³

No entanto, tais argumentos “caem por terra”, apesar de sua legitimidade, posto que na primeira crítica o modelo não vem como substitutivo, ou seja, é oferecido às partes, mais uma forma de resolução de conflitos; no que tange a segunda, obrigatoriedade esta se desfaz, porque não é direcionada às partes e sim ao Estado, o qual obrigatoriamente tem de adequar a estrutura para a novidade,

⁵⁸⁰ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. (Org. Trad.) SALLES, Carlos Aberto. São Paulo: RT, 2004, p. 122.

⁵⁸¹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 140.

⁵⁸² RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo: 2014, p. 26.

⁵⁸³ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 78.

uma vez que, as partes não querendo a mediação, podem declará-la expressamente a vontade e o processo corre nas vias formais (art. 319, VII e 334, II, 5º da Lei 13105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil). Quanto à judicialização, é um fato importante, pois passa a ter uma divulgação ampla do serviço prestado⁵⁸⁴.

6.7 Institucionalização da mediação: A novel legislação sobre o assunto.

A prática da mediação no Brasil é anterior à sua institucionalização, sendo que antes 2015 era promovida por programas de acesso à justiça desenvolvidos pelos tribunais, por entidades não governamentais, por câmaras de mediação e arbitragem e por mediadores privados e independentes.⁵⁸⁵

Embora a mediação possa ser contextualizada na atividade jurídica, devido a sua amplitude, não se resume a ela, mas pode produzir efeitos jurídicos na medida em que concede às partes a conclusão de um acordo. Tal acordo pode ser formalizado por instrumento particular, assumindo a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, desde que atendidos os requisitos legais e judiciais, caso submetido à homologação judicial. É oportuna, nesse momento, a lembrança do que assevera o art. 475-N, III do Código de Processo Civil, segundo o qual é título executivo judicial a sentença que homologa o acordo, ainda que se trate de matéria não posta em juízo.⁵⁸⁶

Assim, a judicialização dos métodos de tratamento adequado de solução de conflitos auxiliará na divulgação dos mesmos e propiciará a formação de uma nova mentalidade pautada na implantação de uma política judiciária que privilegie a efetividade e a credibilidade do processo judicial, não necessariamente marcado pela sentença, mas passa a considerar outras formas de solução de conflitos.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 77-79.

⁵⁸⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 251.

⁵⁸⁶ DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007, p. 131.

⁵⁸⁷ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 81.

6.7.1 Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação)

Tramita, desde 1998, no Congresso Nacional o projeto de lei que deu origem à norma que regulamentou a mediação no Brasil, porém ao longo dessa trajetória já passou por inúmeras alterações em razão das polêmicas sobre o assunto e diversidade de entendimentos. A primeira versão do projeto de lei foi apresentada na Câmara dos Deputados pela ex-deputada Zulaiê Cobra, sob o nº 4.827/98. Tal proposta de projeto teve a participação na elaboração de grupo de pesquisadores brasileiros composto por mediadores, psicanalistas e advogados, inspirados na experiência de inserção da mediação no Código Civil da França. Tal versão primeiro objetivava institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. A mediação, nesse projeto, poderia ser judicial ou extrajudicial e ser realizada em conflitos que permitiam a aplicação de conciliação, reconciliação, transação, ou acordo, tanto em matéria civil como penal, regulamentando também como seria o perfil do mediador, entre outras previsões. Contudo, essa versão inicial do projeto ficou em debate até 2002, quando foi substituída no Senado Federal por uma nova versão (Projeto de Lei 94 de 2002), elaborada a partir de um anteprojeto desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IDP) e da Escola Nacional de Magistratura. Por iniciativa da Secretaria de Reforma do Judiciário, foi debatida em audiência pública com a presença dos autores do projeto anterior. Por este motivo, essa nova versão passou a ser denominada “condensada”, alterando significativamente o primeiro projeto.⁵⁸⁸

Ainda é importante lembrar o projeto de lei n. 517, de iniciativa do senador Ricardo Ferraço, que tratava da mediação judicial e extrajudicial criando um sistema afinado com o futuro Código de Processo Civil e com a resolução n.125 do Conselho Nacional de Justiça; embora com algumas tramitações, ele não avançou rumo à aprovação.⁵⁸⁹

O assunto voltou a ficar na berlinda em 2013, quando foram criadas duas comissões para apresentar projetos de lei tratando da mediação nos âmbitos judicial e privado, sendo somado ao projeto anterior, o de nº 517/2011, que culminou no

⁵⁸⁸ PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 48-49.

⁵⁸⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 259.

projeto de lei nº 7169/2014, dispondo sobre a mediação entre particulares e a mediação no âmbito da administração pública. Após alguns debates, foi finalizada a Lei n.13.140, promulgada em 26/06/2015, lembrando que meses antes já havia sido aprovado o novo Código de Processo Civil⁵⁹⁰, que faz 39 vezes menção a prática da mediação em texto.

O sistema é regido por princípios que também foram institucionalizados pela lei 13.140/2015, sendo eles: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.⁵⁹¹

Ainda segundo os artigos 22 a 29 da Lei em comento, a mediação pode ocorrer tanto no âmbito extrajudicial e judicial, havendo um procedimento específico em cada esfera de trâmite da contenda.

A maior crítica da doutrina quanto ao procedimento adotado pela Lei, está no tocante à obrigatoriedade do sistema, pois haveria a previsão de parcial obrigatoriedade e parcial voluntariedade, segundo Fabiana Spengler. Isso geraria um limbo jurídico, uma vez que a parte só tem obrigatoriedade de comparecimento na primeira sessão, e depois não mais. Contudo, a autora defende que o legislador deveria ter se posicionado ou pela voluntariedade completa ou obrigatoriedade plena, a exemplo de países como a Argentina e a Itália.⁵⁹²

6.7.2 Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil)

A função jurisdicional do Estado só tem justificativa e legitimidade, quando pode oferecer uma resposta de qualidade, revestida de seis atributos, a saber: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea, a assegurar a fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado. Tendo sido reconhecida tal debilidade, no Novo Código de Processo Civil, que entra em vigor a

⁵⁹⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 259.

⁵⁹¹ BRASIL. **Lei 13140 de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 30 de jan. de 2016.

⁵⁹² SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016, p. 138-139.

partir de março de 2016, quando no artigo 4º, reza que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.⁵⁹³

Ainda quanto às partes, segundo o art. 3º, § 2º do Novo Código de Processo Civil, destaca-se o fato que diz que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos.⁵⁹⁴

O NCPC ainda prevê que uma vez iniciada a tentativa de autocomposição, poderão ocorrer outras sessões. No entanto, o prazo não pode ultrapassar dois meses (CPC), ou sessenta dias (Lei de Mediação) do procedimento total a partir da primeira sessão. Nesta lei, há a previsão de prorrogação desde que as partes concordem, prezando a autonomia da vontade, a qual na legislação processual está omissa no que tange a quem pode pedir a prorrogação.⁵⁹⁵

Um ponto convergente que deve ser ressaltado quanto às legislações promulgadas em 2015, quais sejam, Lei da Mediação e Novo Código de Processo Civil, é que elas vêm para regulamentar o método autocompositivo da mediação, antes sem previsão legal e unidade no Brasil. No entanto, é possível que muitas adequações precisem ser feitas, mas certamente o primeiro passo ao acesso à ordem jurídica justa já foi dado.

6.7.3 A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça

A preocupação com a crise que assola o acesso à Justiça e ao Poder Judiciário atinge todos os setores do país. Assim, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nascido com a emenda 45/2004, definiu por resolução a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, a conhecida Resolução 125 de 2010, com o intuito de reduzir o congestionamento dos tribunais; reduzir a excessiva judicialização de conflitos, a excessiva quantidade de recursos e as excessivas execuções de sentenças; ofertar outros instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios (como a conciliação e a mediação), desde que em benefício da população; estimular o apoio, a difusão, a sistematização e o aprimoramento das práticas de resolução de conflitos já existentes nos tribunais;

⁵⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214

⁵⁹⁴ BRASIL. **Lei n. 13.105 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 30 Jan. 2016.

⁵⁹⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 120.

uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, ainda assim, respeitadas as especificidades de cada segmento da justiça e disseminar a cultura de pacificação;⁵⁹⁶

A crise do judiciário, além de preocupar a sociedade de maneira geral, inquieta o judiciário, o qual percebeu ser necessário que algo fosse feito, compelindo ao CNJ buscar, incessantemente, políticas de incentivo a desburocratização e autocomposição na resolução dos conflitos.

Ao constatar essas dificuldades, o CNJ, após ressaltar que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição da República) implica em acesso à ordem jurídica justa, definiu, por resolução, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, destinada, dentre outras razões, a propiciar:

- a) a redução do congestionamento dos tribunais;
- b) a redução da excessiva judicialização de conflitos, da excessiva quantidade de recursos e da excessiva execução de sentenças;
- c) a oferta de outros instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios (como a conciliação e a mediação), desde “que em benefício da população;”
- d) o estímulo, o apoio, a difusão, a sistematização e o aprimoramento das práticas de resolução de conflitos já existentes nos tribunais;
- e) a uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, ainda assim, respeitadas as especificidades de cada segmento da justiça;
- f) a disseminação da cultura de pacificação.⁵⁹⁷

Uma dessas políticas foi a criação da resolução n.º 125/04, que regulamenta a utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

Valeria Luchiari, uma das participantes do grupo que criou a resolução 125, conta que a resolução teve por base a proposta encaminhada pelo professor Kazuo Watanabe, e que o grupo de trabalho foi nomeado pelo ministro Cezar Peluso, então presidente do Conselho Nacional de Justiça. Este seletivo grupo tinha a função de elaborar uma minuta de resolução para instituir a política pública de tratamento adequado de conflitos no Brasil. Assim, em 29 de novembro de 2010, foi baixada a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 1º de dezembro de 2010, com o objetivo de que fossem utilizados os meios alternativos de solução

⁵⁹⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. Coordenadores Alice Bianchini; Luiz Flavio Gomes. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 53

⁵⁹⁷ Ibid, p. 54.

de conflitos, principalmente a conciliação e a mediação no âmbito do Poder Judiciário com fiscalização deste.⁵⁹⁸

6.7.3.1 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC's

A proposta da resolução é o acesso a uma ordem jurídica justa com a criação de Centros de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's, unidade judiciária responsável não só pelo trabalho com os métodos adequados de solução de conflitos, mas também, por serviços de cidadania e orientação jurídica, com conseqüente abrandamento da morosidade em razão do caráter consensual e não litigioso do programa. Por isso o acesso à Justiça qualificado requer efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, com mais atenção do Poder Público, a fim de organizar não apenas os serviços processuais, mas também os serviços de solução de conflitos por métodos alternativos, proporcionando serviços que atendam aos cidadãos de modo mais abrangente, como: a solução de simples problemas jurídicos, a orientação jurídica, a assistência social e a obtenção de documentos essenciais ao exercício da cidadania, dando ao Poder Judiciário, a imagem de prestador de serviço, que atende as aspirações da comunidade⁵⁹⁹, certamente uma “luz que se acende no fim do túnel” ao alcance de todas as pessoas, a cidadania.

O artigo 8º da presente resolução traz a figura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), que são unidades do Poder Judiciário destinadas preferencialmente para realização de audiências de conciliação e sessões de mediação, bem como o atendimento e orientação dos cidadãos que tiverem dúvidas e problemas jurídicos⁶⁰⁰. Nesses, utiliza-se como modelo os

⁵⁹⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010**. In: _____ Mediação no Judiciário Teoria na Prática, org. GROSMAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. São Paulo: Primavera Editoria, 2011, p.304.

⁵⁹⁹ Ibid, p.305

⁶⁰⁰ A dificuldade a ser encontrada, pelo poder Judiciário, é a mão de obra, que fará esse serviço e as estruturas dos fóruns, uma vez que a maioria das comarcas possuem fóruns sem espaço físico; com mão de obra faltante, e nesse caso qualificada, por certo, que para fazer qualquer tipo de orientação, seja de ordem cidadã ou jurídica, necessitará o conhecimento correspondente, pois hoje, o serviço de orientação, cabe aos balcões das varas judiciais (Santa Catarina), em que atendimento é feito, por estagiários de direito, muitas vezes em fases iniciais do curso, e também sem o devido tempo, e privacidade digna a atender casos graves de violência ou pessoais, como no direito de família, fazem atendimentos, rápidos, encaminhando para a procura de um profissional do direito, uma vez que, muitas vezes, comumente estão na fila para serem atendidos e informados sobre andamento de processos e orientações.

parâmetros de administração do processo do Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal Multiportas do sistema americano.⁶⁰¹

O modelo proposto inspira-se no modelo americano (*Case Management*) e no modelo alemão (de *Stuttgart*), caracterizado pela adoção da oralidade no curso do processo, e do uso de técnicas complementares, como o contato direto do juiz que profere o julgamento com as partes e com as fontes de prova. O juiz que profere a sentença é o mesmo que colhe as provas, concentração dos atos em audiência una e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, surgindo um novo modelo de audiência chamado *Stuttgarter Modell*. Neste o juiz foi trazido para perto do processo, e fez com que em 1977 passasse a vigorar uma lei que simplificou o processo alemão, influenciando os códigos de outros países.⁶⁰²

Os *Case Management* do direito norte-americano representavam o papel mais ativo do juiz no processo civil, sendo resultado da implementação dos direitos civis na década de 1940, da reorganização de instituições públicas e da disciplina das ações coletivas na década de 1960. Acabaram aumentando o número e a complexidade dos casos levados a juízo, exigindo-se uma maior participação dos juízes, tanto nas atividades antecedentes ao julgamento quanto na fase posterior a este, para a implementação das decisões proferidas. Ou seja, correspondem à atividade de planejamento do processo, com a participação ativa do juiz, das partes e dos advogados, garantindo o devido processo legal, e incentivando a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos; com vistas a obter respostas rápidas e eficientes.⁶⁰³

A Resolução do CNJ 125/2010, ainda em seu texto, instituiu os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados e servidores, com as atribuições de desenvolver, planejar, implementar, manter e aperfeiçoar ações voltadas ao cumprimento da política judiciária dos conflitos de interesse, entre outros. Em relação à estrutura do Poder Judiciário, ao final de 2014 a Justiça Estadual contava com 58 núcleos permanentes instalados. Cada tribunal da Justiça Estadual informou dispor de um núcleo, com exceção do Tribunal de Justiça de Pernambuco e do Tribunal de Justiça do Acre que não

⁶⁰¹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010**. In: _____ *Mediação no Judiciário Teoria na Prática*, org. GROSAN, Claudia Frankel e MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. São Paulo: Primavera Editoria, 2011, p. 92.

⁶⁰² *Ibid*, p. 93-94.

⁶⁰³ *Op. cit*, p. 291-292.

possuem tal estrutura, e do Tribunal de Justiça do Ceará e Tribunal de Justiça do Distrito Federal que dispõem de 33 e de dois núcleos respectivamente; Piauí, não repassou dados. Os CEJUSCs - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, concentram a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores e dos órgãos por eles abrangidos, sendo ao todo 362 CEJUSCs, onde 128 unidades estão instaladas estado de São Paulo (35%).⁶⁰⁴

O que chama a atenção é que dentre os Tribunais de grande porte, somente São Paulo destaca-se, com 128 unidades, enquanto o Tribunal do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro têm apenas 19 unidades instaladas, seguido por Minas Gerais com 17 e o Paraná em último com 13. Nos Tribunais de médio porte, em primeiro lugar está o Mato Grosso, com 29 unidades, seguido por Goiás com 24 e em quarto Santa Catarina, com 10 unidades instaladas,; em último está o Espírito Santo, com uma unidade. Nos de pequeno porte, o destaque é Roraima, que tem 25 unidades (mais do que todos os tribunais de grande porte tem instalado, a exceção de São Paulo), seguido pela Paraíba, com 15 unidades, Tocantins, com 5 centros e em último o Amapá, com nenhuma, e penúltimo, empatados, Sergipe, Amazonas, Alagoas, com 1.⁶⁰⁵

O aumento contínuo de casos novos é um desafio que deve buscar soluções alternativas, tais como os empreendimentos de conciliação e mediação. A **Resolução CNJ 125/2010, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário**, representa iniciativa em busca de uma justiça com o protagonismo das partes, constituindo uma política de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos. A criação de Núcleos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) constitui uma alternativa capaz de solucionar conflitos antes mesmo da instauração do processo, além de ser uma política consonante com as orientações do Novo Código de Processo Civil. Os 58 Núcleos e os 362 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em atividade nos tribunais brasileiros já evidenciam o poder da conciliação como mecanismo profícuo de autocomposição dos conflitos e de pacificação social por meio de conciliação e da mediação.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18 de jan. de 2016, p. 69.

⁶⁰⁵ Ibid, p. 70.

⁶⁰⁶ Ibid, p. 484.

6.8 Rumo ao acesso à justiça no Brasil

Em várias linhas da presente pesquisa tenta-se demonstrar de maneira simples e clara que, hoje, o sistema formal de acesso à justiça é ineficiente, e não atende à grande demanda; tampouco propõe de maneira eficaz alternativas que, restritas a discursos inflamados de representantes do Poder Judiciário prometem melhorias no sistema através de normas e mais normas, sendo nada são do que letras mortas, as quais não se legitimam no seio da sociedade e não possuem aplicação adequada.

No entanto, em realidades diversas, muitas vezes encampadas por agentes de transformação, surgem novas práticas, ideias, projetos de sucesso que acabam influenciando e sensibilizando o legislador a alterar a lei.

6.8.1 Tribunal de Justiça de São Paulo

Assim, traz-se o projeto implantado no estado de São Paulo, que serviu de base para a proposta da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ.

O objetivo do programa é alcançar a pacificação social, a ampliação do acesso à justiça e a efetividade das atividades jurisdicionais por meio da tentativa de estabelecer diálogo entre sujeitos conflitantes. Nesse sentido se manifestou a Juíza Coordenadora do Centro, identificando a atuação do CEJUSC com os objetivos da Resolução nº 125/10, do CNJ: *“A ideia do professor Kazuo Watanabe de política judiciária de tratamento de conflitos era ter como objetivo o acesso à Justiça, a pacificação social. Todavia, com o detalhamento da Resolução acabou ficando difícil de compreender qual o real objetivo da Resolução nº 125. Então, dá para você interpretar que o objetivo é pacificação social, e dá para você interpretar que o objetivo é diminuir o número de processos. Só que na verdade o objetivo é a pacificação social e o acesso à justiça. A consequência reflexa seria a diminuição do número de processos e a efetividade do Judiciário. (...) mas o objetivo principal é o acesso à justiça. É atender a população para que ela tenha solução do conflito de forma rápida, eficiente, célere. Mas também é um atendimento geral, de cidadania, disponibilizando documentos essenciais, serviços de psicologia, de orientação jurídica. Era essa a ideia.”* Como mencionado, o setor de mediação de Jundiá surgiu dentro do projeto de “Gerenciamento de Processos”, que busca racionalização de atividades cartoriais e mudança de comportamento de magistrados na condução de processos. Assim, além dos objetivos de pacificação social tradicionais à mediação, há também a busca pela ampliação do acesso à justiça e da eficiência do judiciário.⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 35-36.

6.8.1.1 Setor de Conciliação e Mediação da Comarca de Serra Negra/SP

A título de comprovação de que a mediação cumpre a função social que o Poder Judiciário deveria cumprir estão os números da mediação, que são assustadores se comparados aos da jurisdição Estatal. Dessa forma, primeiramente usam-se os dados da Comarca de Serra Negra/SP, computados entre 2004 e 2008, apresentados por Valeria Luchiari, juíza no estado de São Paulo, um dos tribunais brasileiros de grande porte, como já mencionado, responsável por uma considerável fatia de processos em trâmite no Brasil.

Na fase processual, os dados, são colhidos de processos que se encontram em andamento no sistema formal, sendo que das audiências realizadas, 58% resultaram em acordo, 42% não acordaram; outro fato que chama a atenção é o tempo médio de duração do processo: no setor de mediação a solução demora 22 dias para sair, enquanto os processos que aguardam sentença demoram 117 dias, tendo a sessão um tempo médio de vinte minutos.⁶⁰⁸

Outro ponto que chama atenção é que nesse período somente 4% dos acordos nascidos da mediação geraram execução⁶⁰⁹. Isso quer dizer que no período analisado, 96% dos acordos foram cumpridos, e não precisaram retornar ao Poder Judiciário na busca do cumprimento do acordo celebrado.

Já na fase pré-processual, das audiências realizadas, 77% dos processos terminaram em acordo, enquanto 23% não.⁶¹⁰

6.8.1.2 Setor de Conciliação e Mediação da Comarca de Patrocínio Paulista/SP

Os dados foram colhidos entre junho/2004 e setembro/2005, na área da família e infância e juventude e questões cíveis de caráter disponível, na Comarca de Patrocínio Paulista, em São Paulo.⁶¹¹

Na fase processual foram realizadas 184 audiências em Direito de Família e infância e juventude, sendo que 143 (73%) terminaram em acordo, e 50 (27%) sem

⁶⁰⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord). GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 132-133.

⁶⁰⁹ Ibid, p. 133.

⁶¹⁰ Ibid, p. 134.

⁶¹¹ Ibid, p. 135-137.

acordo⁶¹², enquanto nas cíveis 31% tiveram acordo, 31% não tiveram, 38% não aconteceram por motivos diversos. Outro fato que chama a atenção é a pauta, a qual antes do projeto era de quatro meses e depois ficou em torno de um mês; enquanto o número de feitos em trâmite antes do projeto era de 5000, depois ficou na casa de 3.500, tendo a sessão um tempo médio de quinze a vinte e cinco minutos para as mediações das duas matérias.⁶¹³

Na pré-processual, das nove audiências realizadas no âmbito do Direito de Família e da infância e juventude, oito terminaram em acordo⁶¹⁴, enquanto na área cível, foram realizadas 235 audiências, das quais 209 (89%) terminaram em acordo, dentre as quais somente 38 não foram cumpridos, ou seja, somente 18% dos acordos realizados não foram cumpridos.⁶¹⁵

6.8.1.3 Setor de Conciliação e Mediação da Comarca de Jundiaí/SP

Os dados foram colhidos entre janeiro/2006 e agosto/2009, na Comarca de Jundiaí em São Paulo.⁶¹⁶

Na fase processual das audiências realizadas, 73% resultaram em acordo, 27% não acordaram. Outro fato que chama a atenção é o tempo médio de duração do processo, que no setor de mediação demora 22 dias para sair, enquanto os processos que aguardam sentença demoram 117 dias, tendo a sessão um tempo médio de quarenta minutos.⁶¹⁷

Outro ponto que chama atenção é que nesse período somente 4% dos acordos nascidos da mediação geraram execução⁶¹⁸. Isso significa que no período analisado, 96% dos acordos foram cumpridos.

Na fase pré-processual, das audiências realizadas, 83% terminaram em acordo, e 17% não, com 30 minutos de tempo médio das sessões de mediação, e tempo médio da reclamação até a solução em 10 dias.⁶¹⁹

⁶¹² LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 136.

⁶¹³ Ibid, p. 139.

⁶¹⁴ Ibid, p. 134.

⁶¹⁵ Ibid, p. 137-138.

⁶¹⁶ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 142.

⁶¹⁷ Ibid, p. 142-143.

⁶¹⁸ Ibid, p. 143.

Quanto à execução, a média ficou em 2%⁶²⁰, ou seja, 98% dos acordos foram cumpridos voluntariamente, e não retornaram ao judiciário.

6.8.2 Ministério Público do Ceará

O relatório estatístico que segue pertence ao programa de Mediação e Justiça Comunitária do Ministério Público do estado do Ceará, o qual tem a finalidade de aproximar a sociedade da resolução dos conflitos sociais, onde no ano de 2011, foram atendidas 16.184 pessoas, num aumento de 34,17% em relação ao ano de 2010.⁶²¹

Assim, em 2010 foram abertos 4.182 procedimentos, 2.949 mediações realizadas, 2.351 orientações sócio-jurídicas; em 2011, foram abertos 5.202 procedimentos, 3.283 mediações realizadas, 4.069 orientações sócio-jurídicas⁶²². O êxito das mediações ficou, em 2010, em 83,05%, e em 2011, 87, 51%⁶²³. Isso significa que de cada 100 mediações realizadas em 2010, 83 terminaram em acordo e em 2011, 87 tiveram sucesso.

6.8.3 Tribunal de Justiça de Distrito Federal

O presente relatório é fruto do trabalho do Núcleo Permanente de Mediação e Conflitos – NUPEMEC, atualizado até novembro de 2014. Nesse ano foram designadas 557 sessões de mediação, das quais 146 foram realizadas, 88 acordos realizados, ou seja, 60,3 % de sucesso nas mediações realizadas.⁶²⁴

⁶¹⁹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. (Coord.) GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 144.

⁶²⁰ Ibid, p. 145.

⁶²¹ CEARÁ. Ministério Público do Ceará. **Relatório Estatístico Anual - Núcleos de Mediação e Justiça Comunitária do Ministério Público do Ceará**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/estatisticas/Relatorio_Estatistico_2011.pdf> Acesso em: 01 fev. 2016, p. 01.

⁶²² CEARÁ. Ministério Público do Ceará. **Relatório Estatístico Anual - Núcleos de Mediação e Justiça Comunitária do Ministério Público do Ceará**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/estatisticas/Relatorio_Estatistico_2011.pdf> Acesso em: 01 fev 2016, p.03.

⁶²³ ibid, p.06.

⁶²⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Relatório de Mediações e Conciliação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1#section-1>> Acesso em : 02 fev. 2016, p. 07.

6.8.4 Tribunal do Rio Grande do Sul

O programa de mediação em Santa Cruz do Sul nasceu em março de 2009 por meio de um convênio entre duas instituições: Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS, tendo como sistemática a realização de mediações judiciais nas Varas do Juizado da Infância e Juventude e Varas Cíveis do Fórum da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS, em processos escolhidos pelos magistrados das varas participantes.⁶²⁵

Os resultados apresentados pelo programa, de março de 2009 até dezembro de 2010, foram muito satisfatórios: das 368 sessões de mediação agendadas, foram realizadas 282; destas, 74% obtiveram acordos (65% acordos totais e 9% acordos parciais) e apenas 26% foram inexitosas, isto é, as partes não chegaram a um consenso, enquanto na pesquisa de satisfação feita entre os participantes do programa, foi constatado que 90% dos participantes achou o acordo realizado justo; quando questionados se voltariam a fazer uso da mediação, 94%, respondeu que sim.⁶²⁶

Fica demonstrado através dos números apresentados e de todos os dados trazidos na presente pesquisa, que a mediação tem tido resultados muito positivos, podendo ser considerada uma forma adequada de pacificação dos conflitos, e o caminho que leva a paz e ao acesso à justiça para todos.

⁶²⁵ GHISLENI, Ana Carolina. **A Mediação Enquanto Política Pública no Tratamento de Conflitos: A Teoria e a Prática em face da Análise do Projeto Existente em Santa Cruz do Sul.** In: _____ Mediação enquanto Política Pública: O Conflito, a Crise da Jurisdição e as Práticas Mediativas. Unisc: Santa Cruz do Sul, 2012, p. 146-147.

⁶²⁶ Ibid, p. 147-148.

7 CONCLUSÃO

O viver em sociedade, estar junto, agregar-se, levou o homem a ter que aprender a viver dessa forma, com todos os percalços e dificuldades de se viver em grupo, atritos interpessoais, guerras e poder legítimo, criando através do tempo construções ideológicas de controle e repressão, seja ela psicológica ou física.

Partindo de unidades menores de agrupamentos o homem foi juntando-se em unidades cada vez maiores e os conflitos existentes, antes resolvidos pela autotutela, passaram a um modelo erigido pelo controle e monopólio estatal, o qual passou a ditar o regramento do acesso à justiça, que num primeiro momento era meramente formal, distante e muito do sentido e conceito da palavra justiça.

Devido a vários fatores essa sociedade de natureza conflituosa cresceu e na mesma medida os conflitos também cresceram. É o chamado fenômeno da intensa judicialização de conflitos, que assombrou o século XX, e macula a história da justiça no século XXI, não podendo dizer que esse crescimento foi causado por um ou outro fator, mas sim por vários fatores de ordens diversas.

A partir do momento que a litigação tornou-se excessiva e as dificuldades com o acesso à justiça passaram a ser recorrentes, o tema saiu do “ostracismo” para ficar na “berlinda”, em um palco onde os atores são todos os cidadãos, mas, indigentes, sem reconhecimento do Estado, à margem da justiça, que quando principia tardia torna-se injustiça, segundo Rui Barbosa já no início do século XX.

Assim, com a transformação da sociedade e o aumento dos anseios por justiça e respeito, o acesso à justiça tornou-se motivo de preocupação em massa no mundo e principalmente no Brasil, o qual passou a contar com estoques cada vez maiores de demandas buscando por solução.

Portanto, acessar a justiça não é sinônimo de provocar o Poder Judiciário, fato que passou a gerar grande discussão sobre as implicações que essa deficiência provocaria na sociedade, percebendo-se que a falta de justiça, ou por assim dizer, de meios eficazes para efetivá-la, comprometeriam o alcance de um importante objetivo da Constituição Federal Brasileira promulgada em 1988, a cidadania.

Quando o indivíduo não tem acesso ao conhecimento de seus direitos, fica à própria sorte de sua ignorância, de modo a ser subjugado pela força do sistema que o relega ao mundo da indigência com a mais cruel das mentiras, ditas como a mais pura verdade, o não reconhecimento de si como sujeito de direitos.

Essa é a pior face da cidadania, quando não se cumpre na vida do povo, pois desconhecer seus direitos mais comezinhos é uma realidade que assola a grande maioria da população brasileira. Muitas cidades sequer possuem sede de comarca, muito menos serviços de orientação cidadã. Cidadania é o direito a ter direitos, mergulha-se numa dicotomia disléxica, pois a única porta de acesso à justiça formal é o Poder Judiciário, acesso a justiça é algo muito maior que o próprio Poder Judiciário; é acesso a uma ordem jurídica justa. Então como seria possível que esse poder, em crise, garanta que todos os cidadãos, tenham acesso a elementos dessa grandeza? Com o que está posto, não garante, mas caso buscasse alternativas, novos paradigmas seriam criados.

Em um momento de crise do acesso à justiça e das garantias de cidadania erguem-se alternativas ao sistema legalista, na ânsia desenfreada de que algo novo seja feito. São as chamadas alternativas à jurisdição que surgem alvissareiras, num mundo jurídico em colapso, no qual o processo deixou de ser o meio pelo qual se chega ao direito, para ser o meio pelo qual o tempo, a morosidade e o formalismo, corroem seus sustentáculos de vetustas bases tradicionalistas.

Dentro dessa nova proposta entra em cena a prática da mediação, que por suas características básicas busca aproximar as pessoas em conflito, restabelecendo a comunicação entre elas, a fim de que por si mesmas, e entre si, encontrem as respostas para suas celeumas.

Uma forma adequada de tratamento revestida de humanidade com vistas a cuidar das partes e do conflito, curando as feridas da litigância é a mediação. Esta reconhece que o ser humano precisa ser entendido, afagado e conduzido a reflexões que o façam entender o conflito, e no âmago do problema encontrar soluções construídas a quatro mãos, proporcionando algo distante da realidade do sistema de justiça e a efetiva satisfação das partes.

Entender a prática da mediação é entender que as relações sociais não são estáticas e muito menos objetivas e lógicas, pois são os sentimentos que movem o tecido social, subjetivos, e muitas vezes inexplicáveis aos olhos dos burocratas.

A mediação vem com a promessa de que bons tempos virão, seus resultados demonstram que é uma boa forma de resolver os conflitos, aproximando as partes, humanizando as relações em distúrbio, dando o devido respeito ao ser humano. A mediação nada mais é do que um processo do coração e o conflito precisa ser

sentido ao invés de pensado⁶²⁷, como fazem os burocratas e amantes do formalismo, pois não se deve esquecer que “você pode sonhar, projetar, criar e construir o lugar mais maravilhoso do mundo, mas é preciso pessoas para tornar o sonho realidade”, segundo o pensamento lúdico de Walt Disney.

A jurisdição deve ser vista como forma de acesso à justiça e não como forma de acesso à injustiça; deve trazer pacificação aos litigantes, e não mais conflito; deve ser vetor de garantia da cidadania; deve pensar nas partes como seres humanos, vivos desejosos de paz e não números padronizados, papéis ou pastas digitais; deve ser sensível às angústias que movem as contendas; deve, principalmente, ser o elo que une o cidadão a seus direitos em um verdadeiro compromisso com a vida.

Descortina-se um novo amanhecer, uma nova esperança, um novo sonho possível, onde todos conheçam a justiça e a tenham a seu alcance, e mesmo quando dela se distanciarem, à mão ficará a espada de Themis pronta em sua defesa.

É o caminho da mudança que a mediação propõe!

⁶²⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador**. V. III. Florianópolis: Fundação Boiteux:, 2004, p. 29.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁶²⁸

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. **A justiça no tempo, o tempo da justiça.** Tempo soc., São Paulo , v. 19, n. 2, p. 131-155, nov. 2007 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 24 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200005>.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposicion y Autodefensa – Contribución al estudio de los fines del proceso.** 3. Ed. México: Universidade Nacional Autonoma de Mexico, 1991.

ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas alternativas de solução de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, p. 263. Out. de 2009.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol. 14. nº 39. pp. 83-102. 1999.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Justiça Promessa e Realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1996.

AUERBACH, Jerold S. Justice withou law? Nova York: Oxford University Press, 1983. Resenha de: VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. In: AZEVEDO, A. G. (org). **Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação.** Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasilia, 2003, p. 440.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; CARNEIRO, Vanderson.org) **Cartografia do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva: São Paulo, 2014.

⁶²⁸ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 6023.

AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação**. Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. (Coord.) **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BARBOSA, Aguida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Nova Ed. Elsevier, 2004.

_____, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Vol. 1.11 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOTH, L. J. R. G. **A Polícia no Cotidiano Escolar: Um Estudo a partir da Patrulha Escolar do Paraná**. 2012. 211 f. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2012.

BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: responding to Conflict Through Empowerment and Recognition**. 1. Ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1994, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. Rev. Ed. S. Resenha de: OLIVEIRA, Artur Coimbra, p. 68. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-v-resenha-de-livros/bush-robert-a-baruch-e-folger-joseph-p-the-promise-of-mediation-responding-to-conflict-through-empowerment-and-recognition-1-ed-san-francisco-jossey-bass-1994-_____-the-promise-of-mediation-the-transformative-approach-to-conflict-rev-ed-san-francisco-joss> Acesso em 31 jan. 2016.

BUZAID, Alfredo. **Código de Processo Civil**. v.1. Tomo I (histórico da Lei n. 5.869/73) Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18 de jan. de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf.> Acesso em: 18 de jan. de 2016.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.> Acesso em 29 de jun. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 de out. de 2014.

_____. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, ágil e efetivo**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm.> Acesso em : 29 jan. 2016.

_____. **Lei 13140 de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 30 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de março de 2015**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 30 de Jan. de 2016.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem – Mediação – Conciliação Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n.1 de 31 de Janeiro de 2013**. 3. São Paulo: Revistas do Tribunais: São Paulo, 2013.

CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**. Direção Literária: Dr. Álvaro Júlio da Costa Pimpão. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000164.pdf>.> Acesso em: 26/ jul. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, vol. I. Tradução em espanhol: Santiago Sentís Melendo. 5 ed. Buenos Aires: El Foro, 1997.

CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e acesso à justiça**. 1999. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/cidadania-e-acesso-a-justica>> Acesso em: 10 jan. 2016.

CHAMBOULEYRON, I. C. A. **Tensão entre Modernidade e pós-modernidade na Crítica à Exclusão no Feminismo**. 2009. 140f. Tese (Doutorado em Ciência Política) Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Tradução: Jose Casáis y Santaló. Tomo I. 3 ed. Madrid: Editorial Reus (S.A), 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COLAIÁCOVO, Juan Carlos. COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, Mediação e Arbitragem – Teoria e Prática**. Tradução: Adilson Rodrigues Pires. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

CEARÁ. Ministério Público do Ceará. **Relatório Estatístico Anual - Núcleos de Mediação e Justiça Comunitária do Ministério Público do Ceará**. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/estatisticas/Relatorio Estatistico 2011.pdf](http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/estatisticas/Relatorio_Estatistico_2011.pdf).> Acesso em: 01 de fev. de 2016.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 5. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, iBooks. Disponível em <https://itunes.apple.com/WebObjects/MZStore.woa/wa/viewBook?id=085C56E9C2D0EABC77C6813D2781026B>. Acesso em 29 de jun. de 2015.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.) **O estado de direito – história, teoria e**

crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos.** DLTR: São Paulo, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** Saraiva: São Paulo, 1996.

DEMARCHI, J. **Mediação – Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro.** 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007.

DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Construtive and Destrutive Processes.* New Haven and London, 1973: Yale University Press. Resenha de: ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. In AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação.** Vol. 2. Grupos de Pesquisa: Brasília, 2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v.I. iBooks, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 714.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Relatório de Mediações e Conciliação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal.** Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1#section-1>>. Acesso em : 02 de fev. de 2016.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e Judicialização dos Conflitos Sociais. **Rev. Jurídica da UniFil,** Londrina, Ano I - nº 1.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo - Introdução a uma visão jurídica de integridade.** LTR: São Paulo, 2000.

_____, Paulo Roney Ávila. **O direito e a Hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003.

_____. Paulo Roney Ávila. **O Novo (em) Direito**. Florianópolis: OAB, 2006.

_____, Paulo Roney Ávila (org) **Novos Direitos e Sociedade**. São José: Conceito, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Juspvium: Salvador, 2014.

_____, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

FILHO, Evaristo de Moraes. (coord) **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa. JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos. Teoria e Prática**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como Chegar ao Sim – A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Imago: Rio de Janeiro, 1994.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Róss. São Paulo: RT, 2004.

FOLEY, Glaucia Falsarella. **Justiça Comunitária – Por uma Justiça da Emancipação**. Fórum: Belo Horizonte, 2010.

FONSECA, J. P. **Problemas Estruturais do Judiciário**. 2011. 184 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça – Da Contribuição de Mauro Capelletti à Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FRASER, Nancy. Sobre justiça: lições de Platão, Rawls e Ishiguro. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 15, p. 265-277, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300265&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 05 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141509>,

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA – Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo- De Acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, 10.444/2002**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual Judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GERTH H.H.; C. Wight MILLS. (Org.) **Ensaio de Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5 ed. LTC: Rio de Janeiro, 1982.

GESSINGER, Humberto. **Armas Químicas e Poemas**. Belo Horizonte: Coqueiro Verde Produções. 30 de Maio de 2014. Disco Insular. Estreia Produção e Canal Brasil.

GOYARD-FRARE, Simone. **O que é democracia?** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 15 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. (Coord) **Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. (Coord). **Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira até a resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). **Mediação no Judiciário Teoria na Prática**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HERZ, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição – Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo**. 2012. (Dissertação) Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel (org). **Justiça e Litigiosidade: Histórica e Prospectiva**. Rogal -Orlando e Ca. Lda: Porto, 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. (1588-1679) 2 ed. Tradução de Rosinha D' Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Traduzido por Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

IBANEZ, Franklin. Nancy Fraser: Escalas de Justicia, Barcelona: Herder, 2008, 294 pp. **arete**, Lima, v. 22, n. 2, 2010. Disponible en <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1016-913X2010000200007&lng=es&nrm=iso>. accedido en 03 enero 2016.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 8ª ed. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUNIOR, Antonio Rodrigues de Freitas. (Coord); JUNIOR, Marco Aurélio Serau (Org.) **Mediação e Direitos Humanos – Temas Atuais e Controvertidos**. São Paulo: LTr, 2014.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução e prefácio de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2011.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes: São Paulo. 1987.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estud. av.**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, Aug. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição. (1825-1864). Trad. Walter Stonner. Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933. Disponível: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaool.html>> Acesso em: 26 jul. 2015.

LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, p. 75-93, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 07 jan. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000200004>.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?. **CAPA**, v. 18, n. 50, p. 18, 2015. Disponível em: <http://www.odireito.com/?s1=10&s2=1&s3=2&c1=307&e1=0&t=direito-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo:-o-que-ha-realmente-de-novo-no-direito.html>. Acesso em 03 out. 2015

LEWANDOVSKI, Ricardo. **Apresentação do Relatório Justiça em Números 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>> Acesso em 18 jan. 2016.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. Tradução DINAMARCO, Candido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. "As condições de possibilidade de efetivação da paz perpétua segundo Kant." **Revista Opinião Filosófica** 1.2 (2011): 118-133.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, SALES, Lília Maia de Moraes(org.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis: Conceito, 2008.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Tutela Constitucional do Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2013.

LIVIANU, R. (coord) **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. 238 p. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <<http://books.scielo.org>.>

LYRA, Doreodô Araujo. (Org.) **Desordem e Processo – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MALISKA, Marcos. Augusto. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução Meton Porto Gadelha. Zahar Editores: Zahar Editores, 1967.

MELLEGGARI, Iara Lucia; RAMOS, Cesar Augusto. Direitos humanos e dignidade política da cidadania em Hannah Arendt. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, [S.l.], v. 18, n. 29, p. 149-178, nov. 2011. ISSN 1983-2109. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/principios/article/view/1310/1018>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (1689-1755) **O Espírito das Leis**. Tradução Christina Murachco. Martins Fontes: São Paulo, 1996.

MOORE, Christopher W. **El Proceso de Mediacion – Métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Ediciones Granica, 1995.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOUFFE, Chantal. **Liberalismo, Pluralismo Y Ciudadania Democrática**. Tradução Maria Dolores Paris Pombo. México: Instituto Federal Electoral, 1997.

MUNIZ, Joaquim de Paiva Muniz; et al. (Coord) **Arbitragem e Mediação – Temas Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALINI, Renato. **A Rebelião de Toga**. Campinas: Millennium:, 2006.

NETO, João Baptista de Mello e Souza. **Mediação em Juízo – Abordagem Prática para Obtenção de um Acordo Justo**. São Paulo: Atlas. 2000.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas:, 2010.

OLIVEIRA, F. J. de. **Famílias não Legislatadas: Direitos Fundamentais e Normas Constitucionais de Inclusão**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2006.

PATCH ADAMS - O Amor é Contagioso. Produção de Tom Shadyac. Estados Unidos: Universal (UIP) 1998. DVD.

PELUSO, Cezar. **Discurso do Presidente do STF, na abertura do ano judiciário de 2011**. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547.> Acesso em : 29 jan. 2016

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. (Coord) **Teoria Geral da Mediação – À luz do Projeto de Lei do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. Apontamentos acerca da judicialização da política no brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013.

PRUDENTE, M. D. F. **Pensar e Fazer Justiça: A administração Alternativa de Conflitos no Brasil**. 289 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais- Departamento de Sociologia) Universidade de Brasília – UNB. Brasília. 2012, p. 38-39.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

REIS, José Alberto. **Código de Processo Civil Anotado**, vol. I, 3ª ed., Coimbra Editora: Coimbra.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Tradução Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. Resenha de Henrique Araújo Costa. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol1/compreendendo-as-orientacoes-estrategias-e-tecnicas-do-mediador-um-padrao-para-perplexos/i-introducao> Acesso em 01 jan. 2016.

ROCHA, Caio Cesar Vieira e SALOMÃO, Luiz Felipe. (coord) **Arbitragem e Mediação, a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

SADEK, Maria Tereza; SANCHES FILHO, A. O., et al. (Org.). **Justiça e cidadania no Brasil** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009. 224 p. ISBN 978-85-7982-017-5. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 07 Janeiro 2016.

SALAZAR, Alcino. **Poder Judiciário – Bases para Reorganização**. São Paulo: Forense, 1975.

SANTANA, Carla Rodrigues. **Os Efeitos Jurídicos da Boa-fé subjetiva nas Famílias Simultâneas**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Rev. Crítica de Ciências Sociais**. N. 21. P. 121-139, Nov/1986.

_____, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Afrontamento: Porto, 1994.

_____, Boaventura Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Élida de Oliveira Lauris. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)ivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal.** 416 f. Tese (Doutorado em Pós-colonialismo e cidadania global) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2013.

SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça.** Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflitos.pdf.> Acesso em : 19 de jul. de 2015.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um Caminho para a crise do Judiciário.** São Paulo: Manole, 2005.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org). **Mediação de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord). **Manual de Sociologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, José Luiz Gonçalves; MELLO, Filipe. **Paz, um Direito do Cidadão: o Direito Humano à Paz.** Blumenau: Nova Letra, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária.** Ijuí: UNIJUÍ, 2012.

_____, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. (Org.) **Mediação enquanto política pública : a teoria, a prática, e o projeto de lei.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

_____, Fabiana Marion; COPELLI, Giancarlo Montagner; JAQUES, Marcelo Dias **O Sistema de Justiça e suas Instituições - Ensaio à luz dos Direitos Humanos e Democracia**(Org). 1ª ed.: Santa Cruz do Sul: Essere Del Mondo, 2014.

_____, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática.** Porto Alegre: Editora do Advogado, 2016.

_____, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. (Org.) **Os (Des) Caminhos da Jurisdição**. São José: Conceito, 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2015.

TERRA, Ricardo R. **A Política Tensa – Ideia e Realidade na Filosofia da História de Kant**. São Paulo: Iluminuras. 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide. (Org.) **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. Modelos, processos, ética e aplicações**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcell Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezessete anos judicialização da política. **Tempo social, revista de sociologia da USP**, v19. n.2. Novembro, 2007.

WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999.

_____, Luis Alberto. **Surfando na Poporoca - O Ofício do Mediador**.v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. Ed. São Paulo: Alfa Omega. 2001.