

Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp.
Faculdade de Direito ‘Laudo de Camargo’.
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania.

ANA CAROLINE VASCONCELOS SILVA

AS PRÁTICAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO
INSTRUMENTOS DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA PLENA: UMA
RELEITURA SOB A ÓTICA DA AÇÃO COMUNICATIVA

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ana Caroline Vasconcelos Silva

AS PRÁTICAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO
INSTRUMENTOS DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA PLENA: UMA
RELEITURA SOB A ÓTICA DA AÇÃO COMUNICATIVA.

Texto entregue à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre.

Linha de pesquisa: Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

S586a Silva, Ana Caroline Vasconcelos, 1988-
As práticas de mediação e conciliação como instrumentos de
exercício da cidadania plena: uma releitura sob a ótica da ação
comunicativa / Ana Caroline Vasconcelos Silva. - - Ribeirão
Preto, 2015.
145 f.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2015.

1. Cidadania. 2. Mediação. 3. Conciliação (Direito). I. Título.

CDD 340

ANA CAROLINE VASCONCELOS SILVA

**AS PRÁTICAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE
EXERCÍCIO DA CIDADANIA PLENA: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA
AÇÃO COMUNICATIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 01 de julho de 2015

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto


Prof. Dr. Paulo Eduardo Lepore
Centro Universitário UNISEB


Prof. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2015

Dedico este trabalho aos meus pais, a meu irmão, a meus avós, ao Fernando, a toda a minha família e aos meus amigos que contribuíram de alguma forma para a realização deste projeto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e a meu irmão pelo apoio, carinho, confiança e incentivo sem os quais eu não estaria aqui hoje.

Ao Fernando pela paciência e por todos os momentos em que precisei estar ausente buscando alcançar o sonho de ser mestre.

À tia Dani, minha madrinha por ser um exemplo de força e determinação e por me incentivar a manter o foco, fazendo-me acreditar que tudo é realmente mais fácil do que aparenta ser.

À minha avó Iris pelas bênçãos e orações. Ao “vô” Geraldo pelo exemplo de coragem, alegria e vontade de viver. E ainda, pelo amor e apoio dos dois, por se mostrarem capazes de entenderem meu afastamento nestes últimos meses.

À vovó Vina por ter-me deixado a lição de que estudar é o melhor caminho. Ao “vô” Roberto por ser meu exemplo como profissional no campo do Direito e minha inspiração para continuar lutando pelos meus ideais. Aos dois por me olharem de onde quer que estejam se fazendo sempre presentes ainda que, infelizmente, não estejam mais aqui.

À Helvétia, minha sócia, por todos os prazos que cumpriu em nome do escritório apoiando-me na busca deste título!

A todos os professores pelos ensinamentos que levarei comigo sempre e, em especial, ao meu orientador, professor Juvêncio, por me transmitir confiança e pela competência com que me conduziu até aqui.

A todos os funcionários da UNAERP, em especial aos da secretaria de pós-graduação aqui representados por Patrícia. Agradeço a atenção e paciência de sempre.

A todos vocês, muito obrigada.

Ser pela liberdade não é apenas tirar as correntes de alguém, mas viver de forma que respeite e melhore a liberdade dos outros. (Nelson Mandela)

RESUMO

Mediação e conciliação representam dois institutos pertencentes aos meios de resolução consensual de conflitos, tema que volta às pautas de juristas e do Judiciário enquanto métodos capazes de contribuir significativamente para pacificação social e para a concreção da cidadania. A escolha do tema em análise sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa ocorreu com base no combate ao já ultrapassado entendimento que aceitava a tradução do exercício da cidadania pelo simples direito de voto, pois hoje sabemos que a verdadeira cidadania, para se ver concretizada de forma plena e em respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, deve proporcionar aos cidadãos uma participação efetiva em todas as esferas do Poder Público, de forma que respeite sua autonomia de vontade e vise alcançar a pacificação social, escopo principal da Constituição Federal de 1988. Todos os pontos que foram objeto deste estudo foram desenvolvidos com a intenção de trazer à tona um sistema judiciário mais efetivo, que se aproxime dos cidadãos com o compromisso de divulgar uma justiça democrática dentro da qual não existem apenas verdades lineares positivadas, mas sim, espaços dialógicos propícios para o debate em respeito à mais pura e efetiva democracia participativa.

Palavras-chave: Resolução de Conflitos. Mediação e Conciliação. Cidadania. Ação Comunicativa.

ABSTRACT

The mediation and conciliation represent two institutes which belong to the consensual dispute solving, a theme that is back to the lawyers and the Judiciary's agenda as effective methods of significant contribution to social peace and the establishment of citizenship. The choice of such a theme for this essay was based on the communicative act theory that goes against the overpassed concept which affirmed that citizenship can be made by the simple right of voting, nowadays it is well-known that a true citizenship to be implemented, in order and full respect for the principles of a democratic state, should provide to its citizens an effective participation throughout all the spheres of government, in order to respect their wish for autonomy and tries to achieve social peace, the main pillar of the 1988 Federal Constitution. All the points subjected in this study were developed to bring out a more effective judicial system, which is closer to citizens commitment to spread the democratic justice whereas there are not only positivized linear truths but also dialogical spaces allowing debates about the purest and most effective participatory democracy.

Keywords : Conflicts Solving. Mediation and Conciliation. Citizenship. Communicative Action.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal

CIMCFURB - Comissão Intersetorial de Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPC - Código de Processo Civil

EC - Emenda Constitucional

ENAJUD - Estratégia Nacional de não Judicialização

PNUD - Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento

PL - Projeto de Lei

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ACESSO À JUSTIÇA E CIDADANIA.....	20
2.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	22
2.2 O CONFLITO.....	29
2.3 CONFLITO DESTRUTIVO E CONSTRUTIVO POR MORTON DEUTSCH.....	32
2.4 CONFLITO vs. DISPUTA.....	35
2.5 A CULTURA DO LITÍGIO E A JUDICIALIZAÇÃO.....	36
2.6 ACESSO À JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A CIDADANIA.....	39
3 O PROCESSO JUDICIAL E A REALIDADE DO BRASIL.....	42
3.1 A BUSCA PELA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA.....	47
3.2 A RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	51
3.3 A SOLUÇÃO ALTERNATIVA OU ADEQUADA DE LITÍGIOS.....	57
3.4 DA OBRIGATORIEDADE OU NÃO QUANTO AO USO DAS TÉCNICAS CONCILIATIVAS.....	63
4 DIFERENCIAÇÃO PRÁTICA DOS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E ÚLTIMAS NOVIDADES SOBRE A TEMÁTICA NO BRASIL.....	65
4.1 MEDIAÇÃO.....	65
4.2 CONCILIAÇÃO.....	69
4.3 OS PROJETOS DE LEI 1005/2013 DO ESTADO DE SÃO PAULO E 7169/2014 DO SENADO FEDERAL.....	72
4.4 AS NOVIDADES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	75
5 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DA CIDADANIA.....	81
5.1 CIDADANIA NO BRASIL E A CULTURA DA SENTENÇA.....	87
5.2 OS CAMINHOS PARA A CIDADANIA.....	93
5.3 OS OBSTÁCULOS QUE PRECISAM SER SUPERADOS.....	94
5.4 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS.....	99
6 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DA CIDADANIA: RUMO A UMA PRÁTICA DIALÓGICA.....	103

6.1 AUTONOMIA E EMANCIPAÇÃO.....	112
6.2 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E A ESTRUTURA DIALÓGICA HABERMASIANA.....	115
6.3 AUTOCOMPOSIÇÃO E A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DIALÓGICOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	121
6.4 ALTERIDADE: A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO OUTRO.....	124
7 CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

Ao Estado cabe solucionar os conflitos de seus cidadãos em face da vedação da justiça de mão própria, mas o que se observa é que se vale para cumprir tal obrigação apenas da massiva emissão de normas repressivas, sem que haja programas e estratégias a médio e longo prazo para acompanhá-las, por isso a norma isolada torna-se impotente tanto no sentido de prevenir conflitos, quanto para resolvê-los de fato, culminando com o fomento da explosão da litigiosidade no país.¹

[...] o Estado brasileiro houve por bem assumir o monopólio de distribuir a Justiça, mas não revelou empenho e proficiência em dotá-la dos meios pessoais e materiais que lhe permitissem produzir um resultado final de boa qualidade, ou seja: uma resposta jurisdicional dotada de cinco atributos: justa (equânime); jurídica (tecnicamente consistente e fundamentada); econômica (equilíbrio entre custo e benefício); tempestiva (a exigência da razoável duração do processo - CF, art. 5º, LXXVIII: EC 45/2004); razoavelmente previsível (o antônimo da loteria judiciária) [...]²

A discussão sobre a inclusão e a divulgação dos meios alternativos de resolução de conflitos tem sido ponto de extrema relevância no atual cenário do Judiciário brasileiro, motivo pelo qual, com o objetivo de possibilitar a efetiva concreção da cidadania plena, adotamos a questão enquanto tema central da presente pesquisa que visa analisar, mais precisamente, as nuances que gravitam em torno dos institutos da conciliação e da mediação.

Ressalte-se que nesta pesquisa mediação e conciliação serão tratadas sob o viés da cidadania, pois não pretendemos demonstrar vantagens unicamente pessoais para os indivíduos envolvidos em um conflito e sim um benefício coletivo, de pacificação, que deverá alcançar a sociedade como um todo.

Sob a perspectiva da busca pela cidadania plena, necessário se faz que haja uma participação concreta e ativa de cada cidadão em todos os atos da vida pública, ainda que tais atos não estejam diretamente relacionados às questões políticas, tais como o direito de votar e de ser votado, pois cidadania é muito mais do que isso.

Segundo esse ponto de vista, o presente trabalho defende que, ao se proporcionar a efetiva participação dos indivíduos em conjunto com o Estado, por meio do seu empoderamento e auxiliando para que se vejam enquanto parte do Estado que são, teremos

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

² *Idem Ibidem*, p. 52.

por consequência sua inclusão e reconhecimento, o que influencia e muito na busca desses cidadãos pela solução dos seus próprios problemas, respeitando assim, fundamentalmente, sua autonomia de vontade enquanto cidadãos.

Quando as pessoas se socorrem ao Judiciário para resolverem uma questão, estão em busca de segurança jurídica, até porque, o conceito de justiça é muito subjetivo e foge à ótica do senso comum. Nesse sentido, trabalharemos para demonstrar que referida segurança pode e deve ser alcançada por meio do diálogo.

Esse tradicional sistema, se, por um lado, prestigia o ordenamento positivo e empresta segurança às decisões, por outro lado deixa em aberto os insumos das controvérsias, ou seja, os elementos que estão na origem da crise sociológica subjacente à lide judicial, assim abandonando em terreno propício as sementes de outras situações conflituosas, que num ponto futuro germinarão em forma de novos processos, num perverso círculo vicioso que aumenta a tensão social, sobrecarrega o Judiciário e desprestigia a eficácia do provimento judicial.³

Quando as pessoas se mostram capazes de se responsabilizarem por suas próprias demandas, sem deixar as decisões que lhe são inerentes apenas sob os olhos de um terceiro com poder de império, ou seja, que pode determinar, impor determinado resultado, assumem sua posição enquanto sujeito ativo de direitos e deveres, enxergando-se capazes de atuar ativamente na sua própria vida, bem como, de forma cooperativa, na vida de todos à sua volta.

O direito de acesso à justiça faz parte das garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, mas não pode se resumir unicamente ao direito de promover ação judicial, pois dessa forma, além de gerar um enorme acúmulo de trabalho para o Judiciário, trazendo como consequência direta a falta de efetividade da prestação jurisdicional, não proporciona, em geral, uma solução que possa satisfazer os interesses das partes.

Isso, porque elas sempre se verão em dois opostos durante todo o processo, enquanto autor e réu e, ao final, serão divididas, ou distinguidas, em vencedor e vencido, fato esse que não contribui em nada para a promoção da cidadania, do senso de coletividade e de solidariedade, mas muito pelo contrário, perpetua cada vez mais a cultura demandista da qual precisamos nos divorciar.

Sem embargo, para que essa expressão - acesso à justiça- mantenha sua atualidade e aderência sócio-político-econômica do país, impende que ela passe por uma releitura, em ordem a não se degradar numa garantia meramente retórica, tampouco numa oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal.⁴

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 154-155.

⁴ **Idem Ibidem**, p. 55.

No que tange à referida garantia de acesso à justiça deve-se ressaltar que, da forma como se encontra a prestação jurisdicional hoje, este acesso se vê prejudicado de forma relevante, pois atualmente, com a predominância da chamada cultura da sentença, aliada à sociedade de massa globalizada, as ações judiciais aumentam em uma velocidade que o judiciário não é capaz de acompanhar, fazendo com que a maioria dos cidadãos fique insatisfeita com a prestação jurisdicional e mais, fazendo com que aqueles que realmente precisam de uma decisão judicial se vejam impossibilitados de alcançá-la em tempo hábil pelo fato de que o judiciário encontra-se atravancado com o excesso de trabalho.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que no ano de 2014 foram distribuídas 14,4 milhões de ações na Justiça brasileira⁵, ao passo que a Justiça Estadual realizou na semana da conciliação daquele mesmo ano 219.751 audiências de conciliação, tendo sido registrada uma média de acordos de 84,16%.⁶

Pretende-se demonstrar assim, que o papel de conciliar não deve ser simplesmente empurrado para as mãos dos juízes que já se veem abarrotados de ações para julgar diariamente, até porque, se o papel de conciliar for desenvolvido por pessoas que, além de capacitação específica, possuem tempo para fazer uma boa conciliação, sabemos, conforme dados apresentados acima, que os índices de acordo se mostram relevantes.

Há a necessidade nesse sentido, de se investir em profissionais especializados para conciliar, pois a intenção do Conselho Nacional de Justiça com edição da Resolução n. 125/2010 é a de implementar uma política judiciária nacional de solução adequada de conflitos com o intuito de pacificação e não podemos correr o risco de que referida pretensão se apresente na prática como uma forma de pressionar as partes para que façam acordos visando, de um lado, cumprir metas e, de outro, aliviar pautas de audiência.

O problema de pesquisa abordado gira em torno da mudança cultural que se mostra necessária para a concreção da cidadania, partindo de nossas raízes históricas indo até a efetiva forma ultrapassada de ensino jurídico que ainda hoje se insiste em manter.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe resalta que:

⁵ FREIRE, Tatiane. **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62235-relatorio-aponta-que-ritmo-de-julgamentos-tem-acompanhado-o-de-ingresso-de-novas-aco-es>> Acesso em: 14/04/2015.

⁶ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios de Conciliação CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-numeracao-unica/documentos/265-rodape/aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/movimento-pela-conciliacao>> Acesso em: 13/04/2015.

Os meios alternativos de solução de conflitos necessitam de um terreno fértil para prosperar, que consiste, exatamente, na existência de uma mentalidade receptiva a esses modos de solução e de tratamento de conflitos.⁷

Se for possível alcançar referida mudança de mentalidade social, que é de viés cultural haverá relevante contribuição do Judiciário para a concreção das previsões constitucionais que visam concretizar uma sociedade fraterna, justa, solidária e igualitária.

Com a efetivação da cidadania pretende-se explicar que o acesso à justiça não deve ser entendido apenas enquanto garantia constitucional de ação judicial, mas também como garantia de resolução de problemas de forma compatível e simultânea com os objetivos da Constituição Federal de 1988 (CF), tais como o alcance da paz social em uma sociedade justa e solidária. O que defendemos, pode ser feito perfeitamente através da implementação de meios adequados de resolução de conflitos.

O tema que se apresenta é antigo: existe entre nós desde os primórdios da sociedade, mas tem sido cada vez mais objeto de atenção dos órgãos competentes, principalmente devido à grande crise estrutural do sistema judiciário que se apresenta nos últimos anos. Tanto é assim que, o Ministério da Justiça criou em junho e julho de 2014, respectivamente, a Comissão Intersetorial de Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos (CIMCFURB) que visa alcançar soluções pacíficas para conflitos urbanos, principalmente os que envolvem famílias de baixa renda, no intuito de assegurar moradia digna e adequada de forma a promover direitos humanos e a Estratégia Nacional de não Judicialização (ENAJUD) que tem por objetivo evitar que conflitos, passíveis de serem resolvidos por meios alternativos, cheguem ao judiciário, principalmente os que envolvem bancos e empresas de telecomunicações, por representarem a maioria das demandas judiciais.⁸

A volta do presente tema à tona se deve em muito, como já dito, à insatisfação dos usuários jurisdicionados, posto que esses não têm demonstrado confiança na efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça diante da morosidade excessiva que se apresenta diante das demandas judiciais.

Onde e quando a norma legal não logra obter adesão espontânea dos destinatários, deixando irrealizado seu conteúdo axiológico-impositivo, forma-se uma crise jurídica (de certeza, de satisfação, de segurança), que, à sua vez, traz subjacente uma crise sociológica.⁹

⁷ WATANABE, Kazuo. Modalidades de Mediação. **Série Cadernos do CEJ**. v. 22. 2002. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf> Acesso em 13/04/2015, p. 44.

⁸ ZAPPAROLLI, Célia Regina. Nota da Coordenadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. Agosto de 2014, p. 08.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 48.

Mesmo os Juizados Especiais que começaram com a proposta de permitir acesso fácil ao processo judicial, principalmente para a camada mais pobre da população, prometendo redução de custos e celeridade, na prática têm-se mostrado sobrecarregados, pois sem que haja uma organização adequada da sociedade, investindo apenas em aprimoramento de processos, não é possível solucionar o problema referente ao tratamento adequado de conflitos.¹⁰

Inicialmente, na segunda seção do trabalho, traçaremos breve análise sobre o conceito de acesso à justiça, passando por pontuações históricas sobre o tema que será tratado especificamente nas formas de mediação e conciliação, buscando evidenciar que o verdadeiro acesso à justiça pretendido pelo legislador constituinte, refere-se a um acesso efetivo e adequado, que possa ocorrer em tempo hábil e que coloque fim, de fato, à questão da qual se originou o conflito, devendo o Judiciário primar sempre pelo reequilíbrio e, em muitos casos, sempre que possível, até mesmo pela manutenção das relações entre as partes conflitantes, independentemente da natureza de suas relações, pois acreditamos ser esse o fim último pretendido pela Constituição Federal de 1988.

[...] insisto que o preceito constitucional que assegura o acesso à justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.¹¹

Será necessário então, dentro do que se pretende, trazer ao trabalho o conceito sobre conflito, que será tratado sob a ótica de Morton Deutsch, analisando suas vertentes de acordo com a forma a ser utilizada na busca por uma solução, sendo denominados assim por conflitos construtivos ou destrutivos, cabendo ainda, breve abordagem sobre a diferença entre conflito e disputa, sendo essa última característica típica dos processos judiciais e aquele, inerente a toda e qualquer relação humana.

Importante ressaltar ainda de que forma a cultura nacional, denominada por Kazuo Watanabe de “cultura da sentença”, pode influenciar no modo como os sujeitos enxergam seus próprios conflitos e lidam com eles, bem como de forma direta no processo judicial e na atual realidade do Brasil, sendo esse o tema da terceira seção.

Ainda nesta seção, será ressaltada a crise do processo judicial e sua relação com a publicação da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a resolução

¹⁰ WATANABE, Kazuo. 2002. **Op. Cit.**, p. 45

¹¹ **Idem Ibidem**, p. 46.

alternativa de conflitos, em especial mediação e conciliação, como política judiciária nacional de pacificação social.

Passando então à seção quatro, será apresentada a diferenciação doutrinária que existe entre os institutos abordados como objeto principal do presente tema, quais sejam, mediação e conciliação. Ressalte-se que não há necessidade, para o caso em análise, conforme proposto, de que seja adotada, no decorrer do texto, a diferenciação que ora se apresenta, motivo pelo qual as expressões mediação e conciliação, sem o intuito de negar suas diferenças, serão aqui tratadas enquanto sinônimas, uma vez que ambas visam ao tratamento adequado de conflitos e contribuem tanto para a concreção da cidadania em respeito à autonomia das partes, quanto para o fim constitucional pretendido de pacificação social e abandono da tão enraizada cultura adjudicatória.

Já na seção número cinco serão tratados os instrumentos de promoção da cidadania, sempre adotando como caminho os institutos da mediação e da conciliação, passando por breve análise da construção da cidadania brasileira, bem como dos obstáculos que ainda precisam ser superados nesse sentido para que possamos alcançar a cidadania plena através da participação popular não somente no âmbito político, mas também no Judiciário.

Por fim, na sexta e última seção antes da conclusão, visando fundamentar toda a pesquisa aqui explanada, será analisada a necessária mudança de mentalidade social dos indivíduos, no intuito de contribuir para que se tornem capazes de reconhecer o outro como semelhante, de auxiliar para que se tornem capazes de praticar a alteridade dentro dos espaços dialógicos de participação social e resolução de conflitos que se pretendem instituir.

Ressalte-se que, para a confecção do presente texto, utilizamos uma metodologia baseada no método dedutivo, precedido da análise de legislação pertinente, de livros e artigos jurídicos e de notícias relevantes sobre o tema, de onde buscou-se construir considerações devidamente fundamentadas dentro da grande área pesquisada, fazendo surgir um posicionamento analítico e crítico sobre o assunto, utilizando como referencial teórico os estudos dos juristas Jürgen Habermas e Mauro Cappelletti.

Desta forma, compreendemos que Habermas visa, mediante a implementação de uma estrutura dialógica, alcançar formação discursiva de opinião e vontade dos cidadãos, de forma a possibilitar construção de consensos a partir das mais diversas formas de compreensão do mundo.

Para referido autor, só tem legitimidade para o direito, aquilo que surge da formação discursiva de opinião e de vontade dos próprios cidadãos que possuem os mesmos

direitos entre si, indagando, neste sentido, se devemos nos compreender como seres que esperam uns dos outros, com igual respeito, uma responsabilidade solidária sobre nossas próprias decisões, ou se tanto quanto os demais, também desrespeitamos o olhar do próximo sempre que esse difere do nosso.

Já Mauro Cappelletti, nos serviu de referência no que tange à determinação do acesso à justiça, na medida em que examina as barreiras do efetivo acesso à justiça, revelando um padrão no que tange aos obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos, que são mais pronunciados para as pequenas causas e para autores individuais, especialmente para os pobres, apontando ainda, ao mesmo tempo, que as vantagens de modo geral costumam pertencer especialmente aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para atenderem aos seus próprios interesses, o que não contribui para a concreção da sociedade justa e igualitária já apontada e que se espera, seja regra no Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de análise, buscamos discutir a respeito da efetividade da garantia constitucional de acesso à justiça tanto por meio do processo judicial tradicional, quanto por meio da mediação e da conciliação, considerando referida garantia enquanto direito básico do cidadão e que exige a possibilidade de concretizar sua efetividade por outras vias que não a judicial.

Ao contrário da função administrativa, que se exerce de ofício, porque é de índole primária, legitimada pela escolha popular do governante, já a função judicial em princípio é inerte, dependendo de provocação e respondendo nos limites desta (CPC, arts. 2º, 128, 460), porque seus agentes detêm uma legitimação de caráter técnico, decorrente de aprovação em concurso público ou de admissão nos Tribunais pelo chamado quinto constitucional.¹²

Necessário insistir que lides, quando não resolvidas, trazem importantes consequências negativas para toda a coletividade, tais como a sobrecarga do judiciário e o estímulo da litigiosidade. Referida situação esgarça o tecido social e, por este motivo, a uma visão contemporânea do assunto em análise interessa que as lides sejam compostas de forma adequada e justa para as partes envolvidas, ainda que - ou até preferencialmente - fora da estrutura clássica do processo judicial, projetando uma delimitação mais nítida da função judicial do Estado que passaria a se ocupar de lides mais singulares, não resolvidas em outras instâncias ou insuscetíveis de sê-lo.¹³

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 50.

¹³ **Idem Ibidem**, p. 53.

Daí a necessidade urgente de investimento em capacitação de profissionais mediadores e conciliadores, fazendo com que se promova dentro da sociedade, além de maior senso de coletividade, a responsabilidade pelos seus próprios atos, o que inclui, por consequência, o controle das decisões inerentes à sua vida, podendo conversar, refletir, pensar no próximo e resolver seus problemas de fato, não apenas protelando soluções muitas vezes padronizadas por lei.

2 ACESSO À JUSTIÇA E CIDADANIA

“É porque o homem não mostrou suficiente habilidade no diálogo direto para administrar suas diferenças, que a força passou a ser um norteador de negociação. É porque a força mostrou suas consequências para a convivência, que o homem criou as leis. É porque as leis não dão conta das controvérsias, tanto em relação à sua complexidade de composição quanto ao tempo desejado para sua resolução, que o homem retoma a negociação direta, assistida por terceiros, características dos meios chamados alternativos”¹⁴.

A realidade histórica mostra que os casos de autotutela é que foram pioneiramente empregados, muito antes da instituição da justiça estatal que adveio posterior e gradativamente, avocando processos na medida em que os casos de autotutela foram se reduzindo a poucas e singulares hipóteses.¹⁵

As transformações sociais pelas quais o país está passando devido à economia de massa globalizada, trazem como consequência, intensa conflituosidade e o fenômeno dos processos repetitivos. Referida situação é também consequência da falta de tratamento adequado dos conflitos que sobrecarregam o Judiciário, acarretando crise em seu desempenho e, por consequência, perda de credibilidade da sociedade em relação ao efetivo acesso à justiça.¹⁶

A falta de observância de uma política judiciária nacional efetiva e abrangente contribui para o desencadeamento da chamada “cultura da sentença” que por consequência aumenta a quantidade de processos, principalmente processos de execução que são, sabidamente, demorados e ineficazes, que para Watanabe, são o calcanhar de Aquiles do judiciário.¹⁷

O princípio constitucional de acesso à justiça não deve assegurar apenas o acesso formal aos órgãos do Judiciário, deve garantir acesso qualificado que propicie aos cidadãos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, sendo este o objetivo principal que se busca com a instituição da solução adequada de conflitos, que preza pela participação decisiva de ambas as partes, preservando seu relacionamento e propiciando, por consequência, a justiça coexistencial.¹⁸

¹⁴ ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: Um Meio de Prevenção e Resolução de Controvérsias em Sintonia com a Atualidade**. Disponível em <http://mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html> Acesso em: 30/04/2015.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 49.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 03.

¹⁷ **Idem Ibidem**, p. 04.

¹⁸ **Idem**.

Se efetivar os métodos autocompositivos de solução de conflitos, o Judiciário estará adotando um importante filtro da litigiosidade, havendo a necessidade para tanto, de que por meio de políticas públicas de tratamento adequado de conflitos, se dê um mínimo de organicidade, qualidade e controle à sua prática, o que contribuirá ainda, para estimular a cultura da pacificação em nível nacional, não somente entre os profissionais do direito, mas entre os próprios jurisdicionados.¹⁹

Atualmente podemos dizer que o processo encontra-se em crise, pois por um lado, precisa encontrar meios de lidar com um elevado número de demandas que surgem a cada dia devido ao aumento da litigiosidade e, por outro lado, em decorrência disso, não tem conseguido mais responder às demandas sociais, já que, nos moldes atuais do processo civil, muitas vezes, a forma prevalece ao conteúdo, se sobrepondo, assim ao verdadeiro problema, que está sendo submetido ao Judiciário.

Nesse sentido, a resolução de conflitos através da utilização de mediação e conciliação, surge como uma excelente proposta no enfrentamento desta crise, na medida em que propicia o diálogo entre os sujeitos, conduzido-o através do exercício da autonomia da vontade das partes envolvidas no conflito, priorizando assim, o potencial democrático pretendido.

Pretende-se demonstrar que todo conflito surge necessariamente de uma relação consensual, ou seja, antes de haver conflito, havia consenso, motivo pelo qual, através de métodos adequados, pode-se tornar possível o restabelecimento da convivência, ou ainda, da própria negociação que existiu em algum momento entre as partes.

Referida proposta preza pela autonomia do sujeito, incentiva o diálogo e o reconhecimento do outro enquanto semelhante, sendo tal fato extremamente relevante para a busca por uma sociedade mais justa, igualitária e solidária, tal como prevê a Constituição Federal, possibilitando que cada um assuma seus próprios erros, e trabalhe junto com o outro para resolvê-los sem delegar a busca pela melhor solução ao juiz togado, sendo este o último caminho a ser tomado na busca pela pacificação social e concreção da cidadania que deve preferir o diálogo por proporcionar a construção conjunta do que seria o justo em cada caso concreto para ambas as partes diante de uma representação fiel da realidade.

Por fim, entende-se que essa é uma questão ainda eminentemente cultural no Brasil e, sendo assim, faz-se necessário mostrar para a sociedade que o litígio, na maioria das vezes, não é a melhor saída para quando se vir diante de um conflito, pois os envolvidos

¹⁹ WATANABE, Kazuo. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Op. Cit.**, p. 05-06.

sabem melhor do que ninguém tudo que os levou até ali, motivo pelo qual são também melhores que qualquer outro para buscar uma solução adequada.

Culturalmente precisamos ainda proporcionar a todos, sejam juristas ou não, uma visão social e humana melhor desenvolvida.

2.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O Estado de Direito vem sofrendo profundas transformações ao longo de décadas. Por volta dos anos 70 a 90, o indivíduo trocava, querendo ou não, a justiça privada pela pública, garantindo que todo conflito fosse decidido por um juiz que, de acordo com os dados daquele sistema, ditava a solução para cada caso concreto.²⁰

Naquela época, a referida situação era suficiente para garantir o acesso à justiça, mas hoje isso não se tem mostrado suficiente e o judiciário não consegue mais responder de forma eficiente às demandas da população, motivo pelo qual, no presente estudo, pretende-se analisar a interpretação da expressão constitucional “acesso à justiça”, que consiste no chamado princípio da inafastabilidade do controle judicial, expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, visando abordar outras formas de se alcançar referida garantia dentro de uma democracia participativa.

Como dito, o art. 5º da Constituição Federal de 1988 preceitua o chamado princípio da inafastabilidade do controle judicial, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Referido texto é amplamente divulgado e sua leitura nos tem parecido exagerada, de forma que, suas disposições acabaram por se tornar superdimensionadas, fomentando, por consequência, cada vez mais a cultura demandista que vivemos hoje.²¹

A leitura exacerbada e irrealista do referido princípio constitucional pode ser responsável pelos milhões de processos em curso hoje, pois referida norma trata-se, em verdade,

[...] de norma precipuamente dirigida ao Executivo e ao Legislativo, e só indireta ou reflexamente aos jurisdicionados, porque aquele inciso adverte esses dois poderes

²⁰ SILVA, Paula Costa. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternativas e Complementariedade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94.

²¹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista NEJ**. Eletrônica. Vol. 17. n.2. p. 237-253. mai-ago, 2012, p. 244.

para que se abstenham de apresentar proposição tendente a suprimir lides ao contraste jurisdicional, e não mais do que isso.²² Além dessa redução conceitual na extensão e compreensão do citado texto constitucional, a mensagem nele contida é de ser compreendida e contextualizada no ambiente geral da resolução das controvérsias - tarefa não confiada exclusivamente ao Judiciário.²³

Portanto, o propalado acesso à justiça não induz um compromisso quanto ao exame do mérito da controvérsia, porque, ao contrário, do direito de petição, que é genérico e incondicionado - CF, art. 5º, XXXIV - o direito de ação é específico e muito condicionado, de sorte que, faltando algum dos pressupostos positivos ou presente algum pressuposto negativo, não se forma validamente a relação jurídica processual, donde não pode ser dirimido o *meritum causae* (CPC, art. 267).²⁴

Impende, pois, no limiar deste novo milênio, uma releitura atualizada e contextualizada, do constante inciso XXXV do art. 5º da CF, para o fim de tornar esse enunciado aderente, assim à realidade judiciária brasileira - sufocada por uma massa quase inadmissível de processos - como às novas necessidades trazidas por uma sociedade massificada e conflituosa, comprimida num mundo globalizado.²⁵

A verdade é que não há na citada previsão constitucional nenhum indício de que a inafastabilidade da jurisdição deva ocorrer única e exclusivamente por meio da prolação de sentença, nem mesmo que qualquer insatisfação deva levar todos a buscar pelo judiciário, é o que diz Rodolfo Camargo Mancuso:

Uma coisa é o texto constitucional afirmar a universalidade da jurisdição estatal (art. 5º, XXXV), outra coisa é daí extrair-se a ilação - exagerada e irrealista - de que todo e qualquer histórico de dano sofrido ou temido deva ser submetido ao Judiciário, implicando, no limite, que a ação deixe de ser um direito subjetivo público, para ser um... dever subjetivo público!²⁶

Dessa forma, acreditamos estar havendo uma interpretação equivocada do princípio da inafastabilidade da jurisdição, amplamente divulgado como garantia constitucional de acesso à justiça, que tem levado a crer, por motivos culturais, ser a adjudicação estatal a melhor opção para a solução de conflitos.

Nesse sentido, concordamos com a professora Dra. Flávia Zanferdini:

Por acesso à justiça devemos entender o ingresso franqueado ao sistema jurídico, que deve produzir resultados individuais e socialmente justos, ou seja, a solução de litígios deve ser proporcionada por métodos com qualidade, tempestivos e efetivos, buscando-se sempre a pacificação social.²⁷

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 59.

²³ **Idem Ibidem**, p. 60.

²⁴ **Idem Ibidem**, p. 61.

²⁵ **Idem.**

²⁶ **Idem Ibidem**, p. 221.

²⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 245.

André Gomma de Azevedo demonstra que o verdadeiro acesso à justiça deve abranger não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas também a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade de forma que possa participar ativamente tanto dos procedimentos de resolução de suas próprias disputas, quanto de seus resultados. E que o conceito de justiça, por meio da autocomposição, se apresenta de forma a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento das partes quanto ao conceito fático e jurídico em que se encontram, em razão de um procedimento equânime e cooperativo.²⁸

Presume-se que, ante o campo discricionário que cabe às partes, especialmente em normas dispositivas, estas restarão mais satisfeitas - havendo dessa forma justiça - se conseguirem construir juntas uma solução aceitável a todos os envolvidos, e que respeite a normatização mínima (normas cogentes) estabelecida pelo Estado.²⁹

Azevedo explica ainda que, de acordo com a moderna teoria geral do processo o dever primário de resolução de conflitos é das próprias partes e o Estado deve intervir, secundariamente, apenas quando as partes não se mostrarem bem sucedidas nessa atividade visando à composição da lide em razão da inexistência de resolução alcançada espontaneamente pelas partes.³⁰

O acesso à justiça que aqui se defende é aquele baseado na desnecessidade de se demandar em tantas instâncias, instâncias essas muitas vezes percorridas por meio de incontáveis interposições de recursos quase sempre meramente protelatórios e que só fazem surgir mais e mais morosidade, tendo como consequência imediata o distanciamento do cidadão jurisdicionado que fica por anos à espera de uma resolução para seu conflito enquanto necessita de decisão judicial para tanto³¹.

Entendemos que o acesso à justiça não deve ser garantido apenas através do direito de “acesso ao juiz”, pois a dinâmica da vida social não permite uma regra geral nesse

²⁸ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça Ante o Fortalecimento da Autocomposição Como Política pública Nacional. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Op. Cit.**, p. 17-18.

²⁹ **Idem Ibidem**, p. 19.

³⁰ **Idem Ibidem**, p. 19-20.

³¹ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. Mediação e Conciliação Histórico dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos e Experiências Contemporâneas no Brasil e em Outros Países: das Técnicas de Mediação, suas Nuances, Pontos Convergentes e Aspectos Práticos. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 89.

sentido, já que cada caso ocorre dentro de uma realidade distinta, a qual deve ser analisada enquanto fase processual.

Na determinação de acesso à justiça, importantíssimo analisar além dos recursos financeiros a educação e o *status social* de cada indivíduo, uma vez que eventuais diferenças vão influenciar no nível de conhecimento sobre os direitos à sua disposição, situação crucial para saber como utilizar os referidos direitos.³²

Boaventura explica que a sociologia do direito difere dos demais ramos da sociologia por se ocupar de um fenômeno social propriamente dito - o direito -,³³ tendo sido, depois da década de 60, quando a administração da justiça passou por uma crise que a sociologia passou a analisar o tema.³⁴

Naquela época, as lutas sociais aceleraram a transformação do Estado Liberal em Estado Providência, com uma expansão significativa dos direitos sociais, que acarretou mudanças radicais nos padrões de comportamento social e familiar, gerando como consequência, o aumento da conflitualidade e, conseqüentemente, dos litígios de competência dos tribunais³⁵.

Se é certo que se acorda em que o direito reflecte as condições prevalecentes e ao mesmo tempo actua conformadoramente sobre elas, o debate polariza-se entre os que concebem o direito como indicador privilegiado dos padrões de solidariedade social, garante a decomposição harmoniosa dos conflitos por via da qual se maximiza a integração social e realiza o bem comum, e os que concebem o direito como expressão última de interesses de classe, um instrumento de dominação econômica e política que por via da sua forma enunciativa (geral e abstracta) opera a transformação ideológica dos interesses particularísticos da classe dominante em interesse colectivo universal, um debate que se pode simbolizar nos nomes de Durkheim e de Marx.³⁶

A sociedade civil deve ter força para formar uma contracorrente no fluxo dos processos de decisão do poder administrativo de forma que o equilíbrio de forças permita a efetivação pelo sistema político, de pretensões que satisfaçam de fato aos interesses sociais.³⁷

Quando escolhemos o sistema de ação administrativa ou aparelho do Estado como ponto de referência, a esfera pública política e o complexo parlamentar passam a formar o lado *input*, a partir do qual o poder social de interesses organizados flui

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 161.

³⁴ **Idem Ibidem**, p. 165.

³⁵ **Idem Ibidem**, p. 166.

³⁶ **Idem Ibidem**, p. 162.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 58-59.

para o processo de legislação. No seu lado *output*, a administração encontra a resistência dos sistemas funcionais das grandes organizações que fazem valer o seu poder no processo de implementação.³⁸

A teoria do acesso à justiça surgiu a princípio enquanto um direito natural do ser humano, ou seja, um direito inerente à pessoa e anterior ao próprio Estado, motivo pelo qual, não necessitava de uma ação positiva estatal para sua proteção. Bastava que o Estado fosse capaz de impedir eventuais infrações desse direito, sem haver, no entanto, necessidade de uma ação direta para sua proteção, deixando os menos abastados financeiramente, à mercê de sua própria sorte, no caso de não possuírem condição para provocar o Estado em sua defesa.³⁹

Mais tarde, a referida sociedade evoluiu e se tornou aos poucos, cada vez mais complexa, fazendo surgir mais ações com um viés de caráter coletivo, dentro do Estado de bem estar social - *welfare state* - cujas diretrizes, na busca pelo bem estar da sociedade, ampliaram sua abrangência ao garantir novos direitos aos cidadãos, tais como direitos consumeiristas, locatícios, empregatícios, etc.⁴⁰

O sistema judiciário deixou de responder em tempo útil às demandas dos cidadãos, que passaram a enfrentar uma crise pautada pela falta de credibilidade na justiça, em que a efetividade do sistema se mostra distante se partirmos do princípio de que, esperar uma completa igualdade social é algo utópico, pois os atuais sistemas judiciais são lentos e caros, com estruturas processuais rígidas e ultrapassadas, motivo pelo qual precisamos repensar a função e o modelo dos tribunais.⁴¹

Um sistema jurídico moderno e igualitário dentro do Estado Democrático de Direito, deve ter a garantia de acesso à justiça enquanto requisito básico no intuito de garantir efetivamente direitos e não apenas proclamá-los⁴², articulando princípios e regras de modo que seja possível harmonizar e organizar as relações sociais em um sistema jurídico capaz de solucionar os conflitos de uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa⁴³

O acesso à justiça muitas vezes está relacionado às condições sociais nas quais estão inseridos os cidadãos, não havendo como garantir-lhes - na maioria das vezes por situações extrínsecas ao direito tais como o tempo de duração do processo, a possibilidade econômica das partes, as custas judiciais, o grau de escolaridade de cada uma, etc. - a

³⁸ HABERMAS, Jürgen, 1997. **Op. Cit.**, p. 57.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Op. Cit.**, p. 09.

⁴⁰ **Idem Ibidem**, p. 10.

⁴¹ SILVA, Paula Costa. **Op. Cit.**, p. 97.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Op. Cit.**, p. 12.

⁴³ NAGÃO, Paulo Issamu. Notas sobre a efetividade da prestação jurisdicional e vícios na arbitragem. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 287-289.

isonomia de armas entre as partes envolvidas numa lide, o que afeta seguramente, não apenas a afirmação, como também a reivindicação de direitos.⁴⁴

Nesse sentido, Cappelletti traça dois obstáculos que competem ao tema em questão e devem ser enfrentados na busca por um significado para o efetivo acesso à justiça, quais sejam: as custas judiciais e as possibilidades das partes.⁴⁵

No caso das custas judiciais, devemos incluir além das despesas processuais, os honorários de advogado, muitas vezes altos, bem como o tempo de duração do processo, sendo esse último um fator estritamente relevante, conforme se depreende das palavras de Cappelletti:

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.⁴⁶

Já no que se refere às possibilidades das partes, devemos analisar os recursos financeiros, situação que proporciona à parte com condições de gastar mais do que a outra, apresentar argumentos mais eficientes, principalmente se considerarmos que o dever de obter e apresentar provas é da parte⁴⁷.

Inclui-se ainda, aqui, a aptidão para reconhecer e reivindicar direitos, relacionada às diferenças de educação, meios e *status* social, além da possível “experiência” de cada parte com o litígio de acordo com a frequência que cada uma costuma demandar no judiciário⁴⁸.

Cappelletti faz referência a Galanter, que criou uma distinção entre o que chamou de litigantes habituais e litigantes eventuais, desenvolvendo suas ideias no sentido de que aqueles, devido à sua experiência, poderiam planejar o litígio, testar estratégias e até mesmo relacionar-se informalmente com membros da instância decisora.⁴⁹

Ressalta ainda o autor que não há no sistema judicial brasileiro, meios eficientes para que os indivíduos cobrem danos relativamente pequenos que lhes tenham sido causados por grandes organizações. E essas disparidades estão interrelacionadas de modo que, muitas vezes, uma tentativa de mudança criada no intuito de melhorar o acesso a certos tipos de

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Op. Cit.**, p. 15.

⁴⁵ **Idem Ibidem**, p. 15-26.

⁴⁶ **Idem Ibidem**, p. 20.

⁴⁷ **Idem Ibidem**, p. 21-22.

⁴⁸ **Idem Ibidem**, p. 22-25.

⁴⁹ **Idem Ibidem**, p. 25-26.

demanda pode acabar por exacerbar barreiras outras que continuarão bloqueando a prestação jurisdicional equânime que se espera.⁵⁰

É o que ocorre, por exemplo, com a dispensa de representação por advogado em determinadas causas, como as dos Juizados Especiais, nas quais uma grande empresa estará certamente assistida pelo seu setor jurídico, vindo a apresentar assim, uma defesa muito mais consistente e segura.⁵¹

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.⁵²

Neste sentido, aponta Mancuso,⁵³ corremos o risco de termos de lidar com uma justiça estatal sobrecarregada, ineficiente e desacreditada, que a muitos interessa, tais como aos maus pagadores, aos que buscam procrastinar suas obrigações e aos que auferem proveito quando tornam a coisa litigiosa, judicializando o conflito com uma aposta na lógica do “quanto pior, melhor”. É como costumam fazer aqueles ditos litigantes habituais, ou *repeat players* do Judiciário - que nem sempre o fazem apenas em face de sujeitos individuais e que quase sempre causam danos coletivos - como por exemplo, os bancos, empresas de telefonia, de seguro saúde, administradoras de cartão de crédito, etc.

Igual pensamento demonstrou o juiz Dr. Maury Ângelo Bottesini, quando foram distribuídas milhares de ações objetivando o ressarcimento de correção a menor de ativos aos poupadores prejudicados em julho de 1987 no chamado plano Bresser. A sentença do citado magistrado, no processo 2.007.165954-6, da 31ª Vara Cível do foro da capital paulista, aplicou multa diária ao banco para que efetuasse depósito do valor da condenação com a correção e juros impostos pela sentença e calculados até o dia do depósito.⁵⁴

Isso porque, justificou o magistrado, a parte vencida não pode, sob o pálio do Judiciário, financiar o custo da demanda e ainda auferir lucro, discutindo até a última instância, utilizando-se de todos, até do último dos recursos legais, encurralando a parte mais fraca com a espera. Não é admissível que o Judiciário sancione referida conduta em que a

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Op. Cit.**, p. 28.

⁵¹ **Idem Ibidem**, p. 29.

⁵² **Idem Ibidem**, p. 28.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 221.

⁵⁴ **Idem Ibidem**, p. 222.

parte vencedora financie sua própria insatisfação, assistindo os recursos que lhe pertencem, a partir da sentença definitiva, permanecerem em poder e disponibilidade do vencido.⁵⁵

Deve-se afastar, então, a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual, quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes.⁵⁶

Dessa forma, concluímos em concordância com o que expõe Rodolfo de Camargo Mancuso, que os meios ditos alternativos de solução de conflitos não devem apostar na atual deficiência da justiça oficial, mas devem buscar sua própria afirmação social embasada na busca pela convivência harmônica com os demais meios de solução de controvérsias, bem como, pela manutenção da paz social.⁵⁷

2.2 O CONFLITO

O conflito é algo natural e inerente às relações humanas, pois está diretamente relacionado aos interesses, aspirações e necessidades de cada pessoa. Assim, a percepção de cada um sobre uma mesma situação, ainda que seja diferente, deve ser aceita como igualmente sincera, embora muitas vezes, discrepantes.⁵⁸

É necessário que entendamos o conflito de forma a afastar a valoração negativa que, em geral, atribui-se às situações conflitivas, pois como dito ainda que, momentaneamente, referidas situações são inerentes a qualquer inter-relação. Além do mais, o conflito pode ser visto, em uma conotação positiva, como uma oportunidade de reflexão sobre o fato do qual se originou, fazendo surgir daí uma possibilidade de crescimento entre os envolvidos, inclusive aprimorando suas relações.⁵⁹

Pode-se definir o conflito como “uma situação de concorrência, em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais e, na qual, uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra.”⁶⁰

⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 222.

⁵⁶ CALMON FILHO, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 220.

⁵⁸ DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 51.

⁵⁹ **Idem.**

⁶⁰ TURA, Adevanir. **Direito arbitral: curso prático de arbitragem nacional e internacional**. Leme: JH Mizuno, 2007, p. 50.

Há ainda que se observar a conotação negativa que se costuma vislumbrar face ao conflito que nos faz acender uma espécie de alerta de defesa natural, pois assim como os demais seres vivos, o homem busca preservar sua integridade, seja física ou de pensamento, da forma mais eficiente possível e, qualquer pretensão indefinida pode ser motivo de angústia e tensão individual e social, fato esse que precisa ser superado.⁶¹

Na conceituação de conflito, não há apenas um fenômeno que possa ser assim denominado. Esse pode ser indicado por disputas esportivas ou econômicas, por dilemas intrapsíquicos ou ainda, como referência à projeção judiciária a qual se submetem normalmente as controvérsias.⁶²

Sampaio explica que,

Todos os organismos vivos buscam o que se denomina “homeostase dinâmica” (auto-regulação), uma tendência a manter seu estado e, simultaneamente, cumprir o ciclo vital de sua evolução. Em outras palavras, o conforto de uma situação já conhecida, mesmo que traga algumas preocupações, se antepõe ao desconhecido de uma futura situação ainda não vivenciada que necessita sê-lo sob pena de se sucumbir ao comodismo e à não evolução. Há portanto, um conflito inerente à vida, presente nos organismos, por meio do qual a evolução se processa.⁶³

Dessa forma, ainda sobre a conceituação proposta por Freitas Jr. e de acordo com o que se propõe no presente tema de estudo, a última hipótese de conceituação do conflito intersubjetivo de justiça é a que mais nos interessa, de forma que nela estão presentes dois ou mais sujeitos, com duas ou mais possibilidades de solução alocativa e dois ou mais comportamentos orientados em sentido contraposto, além de haver necessariamente duas ou mais apropriações morais sobre a mais justa hipótese de decisão.⁶⁴

O problema alocativo a que se faz referência reside na dificuldade de se estabelecerem critérios de justiça equivalentes, pois

O quadro de realidade em que se situam e se movem os sujeitos é aquele que percebem como verdadeiro. Sob o ângulo lógico, a alocação positiva de um bem escasso é o equivalente matemático da alocação negativa de um encargo. [...] Para a materialidade do conflito, é imprescindível a ação vetorialmente contraposta dos sujeitos. Não a consciência nem a intencionalidade da contraposição.⁶⁵

⁶¹ TURA, Adevanir. **Op. Cit.**, p. 51.

⁶² FREITAS Jr, Antonio Rodrigues de. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. agosto/2014, p. 13.

⁶³ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 24.

⁶⁴ FREITAS Jr, Antonio Rodrigues de. **Op. Cit.**, p. 15.

⁶⁵ **Idem Ibidem**, p. 16.

Para Guilherme Assis de Almeida, a primeira etapa para se atingir uma solução não violenta do conflito é o reconhecimento da pessoa, tendo como principal característica positiva, possibilitar o surgimento de um potencial criativo, que permita a essas pessoas se adaptarem às novas realidades decorrentes tanto do conflito, quanto da forma a ser utilizada para a sua resolução.⁶⁶

Aponta, o referido autor, que no âmbito do direito natural moderno o conceito de pessoa dentro do pensamento jurídico teve como ponto de partida o ser humano individual e natural, que possui, antes de qualquer condição, direitos e faculdades naturais e morais, de que se podem derivar consequências jurídicas⁶⁷.

O ser humano é, ainda, um ser comunicativo. Devemos lembrar nesse sentido que comunicação e emoção encontram-se intrinsecamente interligadas, pois a emoção pode restringir ou ampliar a compreensão da fala, podendo com isso fazer surgir um conflito que, como consequência, interrompe o fluxo natural do diálogo, podendo resultar em novas interpretações equivocadas que levam ao surgimento de mais conflitos.⁶⁸

Entender o conflito é importante porque é esse entendimento que vai permitir a facilitação do diálogo, ressaltando pontos em comum para que haja a aproximação necessária dos envolvidos no sentido de buscarem juntos uma solução satisfatória para o problema.⁶⁹

Estas ideias acerca dos conflitos e das relações nas quais os mesmos se inserem fundamentam um conjunto de métodos de solução de conflitos que procura atender de forma mais adequada aos reais interesses das partes caracterizando-se pela não adversariedade.⁷⁰

Para a antropologia, pessoa é o indivíduo que se relaciona com outro, que tem relação de consideração com o outro. A declaração universal dos direitos humanos estabelece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, devendo todas agirem entre si com espírito de fraternidade,

Nessa perspectiva, aqueles indivíduos que se colocam diante do mediador, ao construírem-se como pessoas, terão a oportunidade de construir - com o auxílio do mediador - uma solução não violenta para o conflito que os mantém distantes e indivisos na clausura social de sua própria individualidade.⁷¹

⁶⁶ ALMEIDA, Guilherme Assis de. Mediação e o reconhecimento da pessoa. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. agosto/2014, p. 20.

⁶⁷ **Idem Ibidem**, p. 21.

⁶⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **Op. Cit.**, p. 29.

⁶⁹ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 51.

⁷⁰ **Idem**.

⁷¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Op. Cit.**, p. 22.

A humanidade deve se esforçar na busca da paz social e entender que ela não está limitada à ausência de conflito, posto que esse é inerente à vida em sociedade. No entanto, todos devem buscar promovê-la de forma ativa, pois a resolução adequada desses conflitos contribui para esse objetivo uma vez que favorece o diálogo e, conseqüentemente, o espírito de compreensão e cooperação, mediante um processo dinâmico e participativo do cidadão que passa a ter atuação decisiva na resolução dos seus próprios problemas.⁷²

2.3 CONFLITO DESTRUTIVO E CONSTRUTIVO POR MORTON DEUTSCH

Nesta seção, visando a estabelecer o conceito de conflito, vamos abordar brevemente a teoria dos conflitos de Morton Deutsch que divide os conflitos em construtivos e destrutivos de forma que, sempre que o conflito for capaz de enfraquecer ou romper uma relação social pré-existente a uma disputa, em razão da forma pela qual essa foi conduzida, esse conflito será tido como destrutivo, casos nos quais, há forte tendência em expandir ou acentuar o conflito durante o desenvolvimento da relação processual.⁷³

Neste sentido são também os apontamentos de André Gomma de Azevedo:

Como resultado, tal conflito frequentemente torna-se independente de suas causas iniciais, assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca vencer a disputa e decorre da percepção, muitas vezes, errônea, de que os interesses das partes não podem coexistir.⁷⁴

Para Deutsch, a maior parte dos conflitos envolve motivos variados e possui interesses cooperativos e competitivos que dão origem a processos distintos para sua resolução, exigindo das partes diferentes estratégias para lidar com as atitudes do outro.⁷⁵

Morton explica que o conflito tem origem em uma mudança social ou pessoal e a questão a ser considerada não é a de descobrir como eliminar ou prevenir conflitos, mas sim a de definir como eles serão resolvidos, pois dependendo dessa resolução poderemos estar diante de um conflito construtivo ou destrutivo.⁷⁶

⁷² ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012, **Op. Cit.**, p. 250-251.

⁷³ DEUTSCH, Morton. **Constructive Conflict Resolution: Principles, Trainig and Research**. Disponível em: <https://lms.manhattan.edu/pluginfile.php/86195/mod_resource/content/1/Constructive%20Conflict%20Resoluti on.pdf> Acesso em 27/08/2014, p. 199.

⁷⁴ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Op. Cit.**, p. 21.

⁷⁵ DEUTSCH, Morton. **Op. Cit.**, p. 199.

⁷⁶ **Idem.**

Para a referida classificação, será determinante a relação de forças entre as partes conflitantes, ou seja, será necessário primeiro, saber se serão competitivas ou cooperativas no curso do processo, pois segundo Morton Deutsch há duas formas de nos vermos diante de conflitos: a primeira se relaciona com o cooperativismo que está associado ao alto nível de preocupação tanto consigo, quanto com o outro; já a segunda forma, está ligada ao “competitivismo”, no qual o indivíduo possui grande consideração consigo e baixa consideração com o outro.⁷⁷

Para o autor é fundamental que entendamos as razões que dão origem às citadas formas de conflito, pois só assim poderemos compreender as circunstâncias que irão envolver os processos construtivos e destrutivos de resolução do mesmo.⁷⁸

Para ele, existem três tipos de orientações motivacionais de um conflito: a motivação individualista, na qual a parte tem interesse no benefício próprio, sem se interessar pelo outro, a motivação competitiva na qual o indivíduo tem interesse em fazer melhor que o outro e a motivação cooperativa, em que as partes se interessam pelo bem estar uma da outra de forma equilibrada.⁷⁹

Nesse sentido, o autor analisou as hipóteses que podem dar origem à cooperação e à competição, concluindo que, na primeira hipótese - de cooperação - o sujeito induz e é induzido por uma similaridade de crenças e atitudes, havendo sensibilidade quanto aos interesses comuns e uma desacentuação de interesses opostos orientando-se as partes para o reforço do poder mútuo.⁸⁰

Já na segunda hipótese, de competição, pressupõe-se o uso de força e coerção em um ambiente em que o indivíduo, com pouca comunicação e atitudes hostis, tenta exacerbar a diferença de poder entre si mesmo e o outro. Dessa forma, um processo construtivo de resolução de conflitos seria, em sua essência, semelhante a um processo eficaz de cooperação, enquanto o processo destrutivo seria semelhante à competição.⁸¹

Existem muitas questões envolvidas no conflito que devem ser analisadas para compreender seu conteúdo tais como: os valores, crenças e natureza das relações envolvidas. E, para a análise que vai determinar o caminho construtivo ou destrutivo, devemos considerar algumas características formais relativas ao tipo, tamanho e rigidez de cada questão.⁸²

⁷⁷ DEUTSCH, Morton. **Op. Cit.**, p. 200.

⁷⁸ **Idem.**

⁷⁹ **Idem.**

⁸⁰ **Idem.**

⁸¹ **Idem Ibidem**, p. 201.

⁸² **Idem Ibidem**, p. 203.

No que se refere ao tipo das questões envolvidas, Morton Deutsch explica que existem certos tipos menos passíveis de alcançarem uma solução construtiva do que outros, pois conduzem as partes para uma definição de ganha-perde, em que um tem poder ou controle sobre o outro, ou mais status que o outro, em que um não admite mudar de posição.⁸³

Já no que tange ao tamanho da questão a ser solucionada, as características destrutivas tendem a fazer crescer o conflito em tamanho e escala, pois um dado conflito pode ser maior para uma parte do que para a outra e, controlar a importância daquilo que é percebido como um conflito em jogo, podendo impedir que sua resolução tome um rumo destrutivo.⁸⁴

Por fim, na terceira característica apontada, que se refere à rigidez da questão em tela, o autor percebeu que, muitas vezes, as limitações intelectuais podem influenciar na forma com que cada parte percebe determinada questão e a percepção de falta de alternativas satisfatórias ou substitutivas para cumprir os interesses em jogo pode tornar a questão ainda mais rígida, pois suas diferenças culturais podem fazer surgir barreiras prejudiciais e comportamentos ofensivos involuntários que reduzem as chances de uma negociação que possa ser construtiva.⁸⁵

É nesse contexto que se passa a tratar das habilidades que envolvem uma solução construtiva de conflitos, em que terceiros - tais como mediadores e conciliadores - são chamados a prestar assistência às partes de um conflito cuja questão não estejam conseguindo resolver.⁸⁶

As duas primeiras habilidades desse terceiro residem em conseguir estabelecer sua relação com as partes conflitantes, de forma que ambas confiem no seu trabalho e sejam capazes de se comunicar livremente com ele, tornando possível, uma negociação a partir de sugestões responsáveis, feitas de forma cooperativa.⁸⁷

Deve ainda o terceiro ter habilidade para desenvolver um processo criativo de tomada de decisão, tal como clarear a natureza dos problemas conflitantes, ajudando as partes a expandirem o alcance de suas possíveis alternativas, facilitando assim, a implementação de soluções consensuais.⁸⁸

⁸³ DEUTSCH, Morton. **Op. Cit.**, p. 203.

⁸⁴ **Idem Ibidem**, p. 204.

⁸⁵ **Idem Ibidem**, p. 205.

⁸⁶ **Idem Ibidem**, p. 209.

⁸⁷ DEUTSCH, Morton. **Op. Cit.**, p. 209.

⁸⁸ **Idem.**

Já a quarta habilidade apontada pelo autor se refere ao fato de o terceiro mediador ter que ser capaz de considerar questões externas inerentes ao conflito central, enxergando soluções além daquilo que as partes, por estarem envolvidas, são capazes de perceber, contribuindo assim para que alcancem soluções mais realistas e acessíveis às propostas de cada um.⁸⁹

2.4 CONFLITO vs. DISPUTA

Como já dito neste trabalho, o conflito é algo natural, inerente a todas as relações humanas, seja na esfera coletiva ou individual e que surge, diversas vezes, de diferentes formas na vida em sociedade.⁹⁰ Mas para Daniela Monteiro Gabay esta é uma definição que não abrange a conceituação de disputa, sendo mera faceta do conflito, inerente não às relações humanas, mas ao processo judicial.⁹¹

Daniela Gabay sustenta, nesse sentido, que o judiciário só pode cuidar dos casos conflituosos que forem levados à análise de juízes e na exata medida em que o forem, sendo que o juiz só poderá intervir na exata medida do pedido do autor da demanda e de acordo com a lei, concedendo ou negando por consequência, a providência que lhe foi pedida, decidindo unicamente se a solução proposta está ou não conforme prevê o direito vigente.⁹²

Ressalta a referida autora que no processo judicial os conflitos de interesses não se apresentam do mesmo modo que se manifestaram na vida real, mas sim sob a configuração que receberam do autor da demanda, ao contrário do que acontece quando tratamos dos métodos adequados de solução de conflitos, dentro dos quais o conflito é definido de forma diferente, partindo da premissa de que é parte normal da interação humana e, por isso, pode assumir viés construtivo.⁹³

Nesse sentido, devemos entender que o conflito no campo da mediação é tratado enquanto um processo complexo e interrelacional que ocorre entre duas ou mais pessoas

⁸⁹ DEUTSCH, Morton. **Op. Cit.**, p. 209.

⁹⁰ DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 51.

⁹¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 2011, tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, p. 29. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CEQQFCEQ&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2137%2Fde-24042012-141447%2Fpublico%2FDaniela_Monteiro_Gabbay.pdf&ei=1PP1VJjqKIKrNoSMg-gK&usg=AFQjCNFuCRoL79cY2RSUFUetVhP2-19G2w&sig2=M5-J_GMjncZEIcp1d_1-Yw&bvm=bv.87269000,d.eXY> Acesso em 03/03/2015.

⁹² GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 30.

⁹³ **Idem.**

possuidoras de ações, pensamentos e discursos antagônicos, mas que se mostram capazes, com o auxílio de um mediador, de reconstruir uma situação conflituosa de forma cooperativa, sendo a disputa apenas uma parte desse processo que se caracteriza como fase aparente do conflito processual.⁹⁴

Ainda segundo Gabay, a mediação seria uma excelente forma de conseguirmos separar o conflito processado do conflito real, sem superficializar sua expressão jurídica dominada pela estrutura processual fazendo surgir excelente potencial de transformação das relações sociais, pois se preocupa em resolver a relação conflituosa em si e não apenas a disputa que surge em sua decorrência já que, resolver a disputa na maioria das vezes não vai colocar fim ao conflito.⁹⁵

2.5 A CULTURA DO LITÍGIO E A JUDICIALIZAÇÃO

Depois do século XX, com o assistido progresso do direito, os meios de solução de conflitos, tais como mediação e conciliação voltaram à pauta de discussão, amenizando a necessidade de que o Estado, sempre que seja chamado a atuar em sua função jurisdicional, tenha que reconhecer diante de uma pretensão resistida com quem está o direito.⁹⁶

Ocorre que, conforme nos lembra a professora Dra. Flávia Zanferdini, a sociedade brasileira não sabe trabalhar de forma coletiva, pois possui uma cultura muito dependente de autoridades precisando sempre de alguém que decida em seu lugar. Por isso, precisamos abrir a mente para que sejamos capazes de receber outros métodos de resolução de litígios visando a alcançar a eficiência da administração e a pacificação da sociedade, sendo esse um dos propósitos da justiça conciliativa que tem como um de seus fundamentos a participação popular na administração da justiça.⁹⁷

Importante ressaltar que existe uma questão cultural não apenas da sociedade em geral, mas também dos próprios profissionais do direito que aprendem desde a sua formação profissional que

[...] num Estado de Direito o indivíduo troca, queira ou não, a justiça privada pela justiça pública. Por seu turno, o Estado permuta a anarquia pela organização e prestação de serviços de justiça, assim se garantindo que todo conflito seja decidido

⁹⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 31.

⁹⁵ **Idem Ibidem**, p. 32.

⁹⁶ TURA, Adevanir. **Op. Cit.**, p. 51.

⁹⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 248.

por um juiz que, tendo seu estatuto informado pelo princípio do juiz natural, ditará a solução do caso concreto em consonância com os dados do sistema.⁹⁸

Com esse tipo de ensino, os profissionais do direito saem das escolas acreditando que a garantia constitucional de acesso à justiça ocorre efetivamente apenas por meio do processo judicial, o que não é verdade, conforme raciocínio de Vincenzo Vigoritti, quando afirma que é apenas uma questão de tempo o declínio do processo enquanto instância privilegiada de gestão do contencioso.⁹⁹

Boaventura defende uma nova política judiciária baseada na democratização da vida social, econômica e política sob duas vertentes, sendo uma interna ao processo judicial e a outra externa ao mesmo, enquanto agentes de democratização da sociedade, a depender dos interesses em jogo dentro do processo democrático da sociedade como um todo.¹⁰⁰

A composição particularista e secreta dos interesses econômicos que, pela envergadura destes, afecta significativamente os interesses sociais globais, é feita muitas vezes com a conveniência e a ratificação dos aparelhos políticos e administrativos do Estado, mas fora do escrutínio público a que a justiça civil os exporia. Este particularismo é, aliás, um dos fatores de emergência de novas formas de pluralismo jurídico nas sociedades capitalistas avançadas, formas que constituem a expressão sócio-jurídica de que em sede de ciência política se tem vindo a designar por neocorporativismo.¹⁰¹

A primeira vertente deve incluir orientações procedimentais, tais como a ampliação da participação dos cidadãos na administração da justiça, através da simplificação dos atos processuais e incentivo à conciliação, ampliando os conceitos de legitimidade e interesse de agir.¹⁰²

A segunda vertente, por sua vez, deve buscar além da eliminação de obstáculos econômicos, a eliminação dos obstáculos sociais e culturais, através da informação aos cidadãos sobre seus direitos, por meio de ações educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho e nas escolas, além da possibilidade de oferta de serviços de informação através de consultas individuais ou coletivas.¹⁰³

Para Boaventura,

⁹⁸ SILVA, Paula Costa. **Op. Cit.**, p. 94.

⁹⁹ VIGORITTI, Vincenzo. Mito e Realtà. Processo e Mediazione. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, n. 192, fevereiro/2011, p. 387-395.

¹⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Op. Cit.**, p. 179.

¹⁰¹ **Idem.**

¹⁰² **Idem Ibidem**, p. 177.

¹⁰³ **Idem.**

A concepção da administração da justiça como instância política foi inicialmente propugnada pelos cientistas políticos que viram nos tribunais um subsistema do sistema político global, partilhando com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produziram *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes subsistemas.¹⁰⁴

Referida concepção dos tribunais passou a analisar as motivações das decisões proferidas por juízes, bem como suas possíveis correlações com ideologias pessoais, sejam políticas ou sociais, de origem de classe, formação profissional, idade, etc. Como consequência, tivemos a descaracterização daquela ideia convencional de que a administração da justiça é uma função neutra protagonizada por magistrados equidistantes dos interesses das partes¹⁰⁵.

Nestas condições não me parece possível que o Estado possa, através de medidas de dinamização da administração da justiça, absorver em futuro próximo estas formas de justiça privada como por vezes se designam. Quando muito, é possível que os grupos neocorporativistas mais organizados venham a ter poder político suficiente para impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais afeitas à dinâmica interna dos seus interesses.¹⁰⁶

Por esse motivo, Boaventura chama a atenção para o fato de que é importante dotar os magistrados - e acrescente-se, bem como todos os demais profissionais jurídicos - de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos com o intuito de esclarecê-los sobre suas opções pessoais, possibilitando-lhes certo distanciamento crítico no seu exercício profissional dentro de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.¹⁰⁷

Nesse sentido, conclui-se que o Estado contemporâneo, do ponto de vista sociológico, não tem o monopólio da produção e da distribuição do direito que, embora estatal, possui interrelações com outros modos de produção e formação jurídica o que traz, como consequência, a necessidade de desviar a conflitualidade jurídica e social para outros mecanismos de resolução, criando um relacionamento mais horizontal e informal entre os participantes do processo, garantindo assim a participação mais ativa e inteligível das partes e testemunhas.¹⁰⁸

¹⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Op. Cit.**, p. 72.

¹⁰⁵ **Idem Ibidem**, p. 173.

¹⁰⁶ **Idem Ibidem**, p. 179.

¹⁰⁷ **Idem Ibidem**, p. 174.

¹⁰⁸ **Idem Ibidem**, p. 176.

As reformas que visam a criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito (...) de modo a maximizar o acesso aos seus serviços (...) com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes.¹⁰⁹

Estes podem ser bons agentes de democratização da sociedade se considerarmos que, em geral, antes de surgir uma questão sob a tutela do judiciário, havia entre as partes ali envolvidas algum tipo de relação, seja pessoal, comercial ou contratual, sendo que no decorrer destas relações algum fato fez surgir um desequilíbrio que foi o desencadeador da lide¹¹⁰.

Sendo assim, a análise em pauta é para que dentro das normas de processo civil, todo cidadão deva necessariamente buscar sempre, antes de dar início a uma demanda judicial, alcançar novamente o equilíbrio que já existiu ali buscando encontrar, juntos, o ponto que desencadeou aquela insatisfação, motivo do desequilíbrio da relação, fazendo surgir a partir de então, a possibilidade de uma nova negociação, estabelecendo-se ao final novas formas e regras no intuito de manter a antiga relação da melhor forma possível¹¹¹.

As pessoas sempre puderam resolver suas pendências pessoalmente, por meios conciliatórios e, numa variante conciliatória, até por eleição de terceiro não integrante dos quadros da magistratura oficial. É o exemplo da arbitragem. A livre manifestação da vontade de pessoas capazes, no sentido de solucionar suas pendências fora do Poder Judiciário, deve ser respeitada, sem que reste prejudicado o monopólio jurisdicional, muito menos afrontado que o princípio da inafastabilidade.¹¹²

2.6 ACESSO À JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A CIDADANIA

Boaventura, para tratar do acesso à justiça, estabelece uma distinção entre três grandes grupos: o acesso à justiça em si, a administração da justiça e a litigiosidade social equacionando as relações entre processo civil e justiça social e entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica¹¹³.

Esclarece o referido autor que, estudos sobre o tema revelaram haver uma discriminação social relevante quando o assunto é acesso à justiça, que as condicionantes

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Op. Cit.**, p. 176.

¹¹⁰ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 88.

¹¹¹ **Idem.**

¹¹² BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: A nova Mediação Paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69. **Apud** ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica**. Faculdade de Direito de Franca, p.111.

¹¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Op. Cit.**, p. 167.

sociais e culturais são muito mais complexas que as próprias condições econômicas nos processos de socialização.¹¹⁴

Quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, quando e como pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.¹¹⁵

Para Boaventura são as obrigações horizontais entre cidadãos, bem como a ideia de participação e solidariedade na formação da vontade geral, as únicas formas suscetíveis de fundar uma nova qualidade de vida pessoal e coletiva assente na autonomia e no cooperativismo, abrindo espaço para novos exercícios de cidadania, sendo esta a responsável por regular a tensão vivida entre Estado e sociedade civil.¹¹⁶

A nova teoria democrática deverá proceder à repolitização global da prática social e o campo político imenso que daí resultará permitirá desocultar formas novas de opressão e de dominação, ao mesmo tempo que criará novas oportunidades para o exercício de novas formas de democracia e de cidadania. [...] Politizar significa identificar relações de poder e imaginar formas práticas de as transformar em relações de autoridade partilhada.¹¹⁷

Ter cidadania plena significa ter direitos civis, políticos e sociais, mas Jaime Pinsky ressalta que a definição de cidadania é um conceito histórico, que varia no tempo e no espaço, por isso a aceleração do tempo histórico com suas conseqüentes mudanças faz com que aquilo que em determinada época podia ser considerado subversivo, em outra seja tido como algo natural ou, para o referido autor, algo perfeitamente social. Afirma, por fim, que a cidadania em sua acepção mais ampla é a expressão concreta do exercício da democracia.¹¹⁸

Mas a cidadania exige um sentimento direto de participação do indivíduo na comunidade estimulando seu desenvolvimento não apenas por meio da luta por direitos, mas também, principalmente, pelo efetivo exercício dos direitos já adquiridos.¹¹⁹

[...] cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre cidadãos e o estado, como na obrigação política horizontal entre cidadãos. Com isto, revaloriza-

¹¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Op. Cit.**, p. 170-171.

¹¹⁵ **Idem Ibidem**, p. 170.

¹¹⁶ **Idem Ibidem**, p. 263.

¹¹⁷ **Idem Ibidem**, p. 271.

¹¹⁸ PINSKY, Jaime. **História da cidadania**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). 4ª ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 09-10.

¹¹⁹ MARSHALL. Thomas Humprey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967, p. 84

se o princípio da comunidade e, com ele, a ideia da igualdade sem mesmidade, a ideia de autonomia e a ideia de solidariedade.¹²⁰

Sobre esse tema Tatiana Cavalcante destaca que a cidadania está intrinsecamente ligada ao direito de acesso à justiça, posto que esse é direito elementar de todo cidadão e é meio garantidor de muitos outros direitos através do quais pode-se assegurar a concreção da efetiva cidadania, bem como da dignidade da pessoa humana, tornando possível assim a existência do Estado Democrático de Direito.¹²¹

Para Azevedo¹²², o conceito de acesso à justiça está intrinsecamente ligado à contínua redução da insatisfação dos cidadãos com o sistema público de resolução de conflitos.

O referido autor aponta, com base em dados do Ministério da Justiça, que a satisfação do usuário depende muito mais da sua percepção própria de que o procedimento foi justo do que do mero acesso a uma ação jurídica processual,¹²³ bem como a participação do jurisdicionado no processo de escolha dos meios a serem utilizados para dirimir seus conflitos contribui significativamente para sua satisfação. A incorporação de mecanismos independentes de resolução de disputas pelo Estado, aumenta a confiabilidade do usuário para com o sistema.¹²⁴

A recomendação é no sentido de que o processo assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, abandonando fórmulas exclusivamente positivadas para implementar mecanismos paraprocessuais ou metaprocessuais que possam efetivamente complementar o sistema instrumental no intuito de atingir seus escopos fundamentais. Preocupa-se ainda com a litigiosidade remanescente que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo em razão da existência de conflitos que não foram tratados no processo judicial.¹²⁵

¹²⁰ SANTOS, Boaventura. **Op. Cit.**, p. 278.

¹²¹CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br/arquivos/office/253de0d73303275354f7d6ff0f85ce1b.pdf>> Acesso em: 15/04/2015.

¹²² AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Op. Cit.**, p. 11.

¹²³AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. 2013 (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD). Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf> Acesso em 12/04/2015.

¹²⁴ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Op. Cit.**, p. 12.

¹²⁵ **Idem Ibidem**, p. 14-17.

3 O PROCESSO JUDICIAL E A REALIDADE DO BRASIL

A metodologia tradicional de trabalho do Judiciário, na qual a única via de eliminação dos litígios é a decisão judicial, não se tem mostrado viável há algum tempo, pois nesse sistema processual formalista, a definição de um direito, de acordo com cada caso, é imposta ao vencido em um ambiente conflituoso entre as partes, com discussões intelectualmente instigantes, mas que excluem sua participação e tornam duvidosa a eficácia do resultado final.¹²⁶

A cultura da sentença e do recurso que se tem alimentado no Brasil, tornou o direito um domínio de especialistas, dificultando a prática do exercício de direitos pelos próprios cidadãos que, frente à amplitude da técnica legal do judiciário, viram sua cidadania apequenada dentro de uma lógica formal que não se atenta às necessidades do usuário, apenas organiza passos procedimentais técnicos que não promovem convivência e pacificação social.¹²⁷

O modelo processual atual exige uma adequação técnica muito rígida para que os conflitos possam ser levados ao judiciário, mas muitos deles, da sociedade contemporânea, não possuem referida adequação e da forma como funcionamos hoje tais conflitos correm o risco de permanecerem sem solução.¹²⁸

Dessa forma, o conflito, que deveria ser protagonista na relação processual, torna-se coadjuvante, havendo um percentual expressivo de processos extintos sem resolução de mérito, por ser essa uma obrigação do juiz quando se depara com a ausência de qualquer um dos requisitos formais do processo priorizando, clara e inevitavelmente, a forma em detrimento do conteúdo.¹²⁹

Referida adequação técnica pode ser percebida por todo o processo, desde sua propositura até a decisão final, pois tanto partes e advogados quanto juízes estão presos às previsões legais e só podem atuar dentro de seus limites, pois nos termos dos artigos 128 (“O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões

¹²⁶ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. Os Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 25.

¹²⁷ **Idem Ibidem**, p. 26.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 02-03.

¹²⁹ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 90.

não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”).¹³⁰, e 460 (É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado)¹³¹ do CPC o juiz não pode proferir sentença que extrapole o âmbito do processo.¹³²

Logo, só haverá relevância jurídica de um conflito se houver meios legais para solucioná-lo. Isso porque pretendendo garantir a segurança jurídica dos sujeitos, o judiciário acaba por descobrir, muitas vezes, uma verdade fictícia de fatos que não corresponde à realidade dos desejos dos sujeitos envolvidos, além de impedir a coexistência de interesses na busca pela melhor verdade de cada parte.¹³³

Neste sentido pontua Spengler que,

A procura da verdade, nos termos da ciência mecanicista é, por si mesma, violenta. Traduz-se numa forma de manipulação do mundo e dos outros. Ninguém pode predizer o real, ninguém sabe o que vai acontecer; por isso, as verdades como momentos predizíveis do saber e da ciência são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares comuns do medo, com as quais pretendemos dotar ‘de sentido o sentido da nossa existência’.¹³⁴

O mesmo não ocorre quando a solução é alcançada de forma consensual, pois conforme previsões do artigo 475-N, inciso III (São títulos executivos judiciais: III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo)¹³⁵, o juiz pode homologar acordo ainda que verse sobre questões não formuladas no processo, motivo pelo qual, em se tratando dos métodos adequados de resolução de conflitos, em que as partes possuem liberdade para acordar nos termos em que bem entenderem, sem se verem obrigadas a celebrar qualquer tipo de acordo que vá contra a sua vontade, as mesmas não ficam limitadas ao entendimento do juiz, seja sob qualquer questão fática ou mesmo jurídica.¹³⁶

¹³⁰ BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília/DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm> Acesso em: 14/01/2015.

¹³¹ **Idem**.

¹³² DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 62.

¹³³ FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A Jurisdição e a Mediação: da Autoridade à Autonomia**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em 18/08/2014.

¹³⁴ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. **In** FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

¹³⁵ BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília/DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm> Acesso em: 14 de janeiro de 2015.

¹³⁶ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 61-62.

Assim, ainda que o conciliador/mediador, segundo seus critérios pessoais, entenda que o acordo é mais ou menos vantajoso para uma parte, não pode aconselhar a parte a deixar de celebrar o acordo e, em se tratando de interesses disponíveis, nem pode o juiz deixar de homologar o acordo sob este argumento. Frise-se que apenas não pode ser homologado o acordo que ofenda normas de ordem pública ou implique em renúncia de direitos indisponíveis. [...] Mas o conteúdo do acordo, a decisão final sobre a composição do conflito, é das partes e deve ser respeitada.¹³⁷

O citado problema funcional de inacessibilidade, somado à morosidade e ao alto custo das demandas judiciais são os principais motivos ensejadores da atual crise do judiciário¹³⁸ e, nenhuma reforma da lei processual ou mesmo da sistemática forense será capaz de minimizar essa letargia do processo e que distancia, cada vez mais, o cidadão do Estado, neste caso representado pelo Poder Judiciário.

Sob esse enfoque, mediação e conciliação assumem *status* de política judiciária nacional não só porque auxiliam na sobrecarga do judiciário, mas principalmente, porque levam à solução determinadas controvérsias que, não fosse assim, não seriam nem mesmo apreciadas pela justiça tradicional.¹³⁹

A citada justiça tradicional vem eivada de características violentas, no sentido de que as decisões são alcançadas por meio de sentença na qual as regras para cada caso concreto são ditadas de forma autoritária e, na maioria das vezes, não são bem aceitas pela parte vencida que, em geral, não cumpre o que restou determinado, fazendo com que seja necessário cumprir todos os meios processuais de execução, sem que referida decisão seja capaz, no entanto, de pacificar a lide sociológica, “em geral, mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg”¹⁴⁰, limitando-se a solucionar apenas a parcela formal da lide que foi submetida ao judiciário.¹⁴¹

Importante lembrar ainda que, mesmo quando o juiz julga o mérito da demanda, há que se buscar quase invariavelmente a execução forçada daquele direito reconhecido, o que não ocorre quando o acordo é avençado pelas próprias partes, concordando ambas com uma solução dentro das suas possibilidades e necessidades.¹⁴²

É inaceitável sob a ótica daquele que necessita de uma resposta ao seu pleito dirigido ao Poder Judiciário, que um processo demande aproximadamente uma

¹³⁷ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 61.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano Lagrasta Neto (coord.). **Op. Cit.**, p. 02-03.

¹³⁹ **Idem Ibidem**, p. 03.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 04.

¹⁴¹ **Idem Ibidem**, p. 03-04.

¹⁴² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 90.

década para se encerrar. É pouco crível que qualquer demanda processada necessite de tantas instâncias judiciais percorridas em vista das incontáveis interposições de recursos. E a cada um deles o término da demanda se distancia ainda mais. É evidente que a demora excessiva da resposta jurisdicional, como consequência do ajuizamento de uma ação, traz a ideia de que o tardio não mais resolve, não mais soluciona.¹⁴³

Torna-se flagrante a necessidade de se conceberem outros meios de solução de conflitos que não aquele da adjudicação tradicionalmente disponível, cuja ineficiência é patente¹⁴⁴ e para o qual, a cada dia são criadas mais e mais leis que visam à redução das custas judiciais, à dispensa de advogados e a uma suposta celeridade que, até aqui, não vimos se tornar efetiva.

Responder ao excesso de demandas judiciais desta forma seria, segundo Posner, trabalhar com a “imaginação de um engenheiro de tráfego cuja única resposta ao congestionamento nas rodovias fosse a construção de mais rodovias”.¹⁴⁵

Estou convencida de que é justamente a demora nas decisões judiciais que faz com que o problema que acomete as partes envolvidas aumente substancialmente, pois é inegável que quanto mais o processo tramita, maior fica a latência e a potência do conflito e, por via de consequência, os seus nefastos efeitos. Desta forma, o mais intransponível defeito do atual sistema de justiça é a excessiva morosidade, e por via reflexa se depreende, então, a primeira grande vantagem das formas adequadas de solução de conflitos que é a agilidade, a rapidez na solução; e pela diminuição do tempo transcorrido entre o nascedouro do conflito e a sua resolução pacífica deste, dar-se-á uma expressiva redução não só das proporções do conflito, como de sua latência e efeitos colaterais.¹⁴⁶

Este é um dos principais fundamentos das vias conciliativas, pois busca racionalizar a distribuição da justiça a partir da solução de certas controvérsias por meios autocompositivos, o que dispensa, muitas vezes, a adequação técnica processual e traz como consequência, a desobstrução dos tribunais, melhorando o desempenho e a funcionalidade da justiça.¹⁴⁷

O que se quer dizer com esta maneira de formalizar-se o litígio e demandar processualmente, é que, muitas vezes, na maioria delas, há uma grande distorção entre o verdadeiro interesse das partes, sua vontade, sua intenção, a posição apresentada em juízo, a formulação do pedido; isto porque, não se pode formular sem a apresentação de fatos, de uma narrativa lógica, que estabelece um ‘link’, um

¹⁴³ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 89.

¹⁴⁴ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. Os Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 25.

¹⁴⁵ POSNER, Richard Allen. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2007, p. 573.

¹⁴⁶ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 90.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 03.

nexo de causalidade com o pedido, e ainda, não se pode demandar sem se fulcrar a alegação que justificou a postulação, em um robusto conjunto de provas. E é justamente neste momento que o conflito se torna ainda mais latente, ganha uma grande carga de acusações e defesas, estabelecendo-se como tenho chamado a relação de vitimização e vilania, adentrando ao campo de batalhas entre culpados e vítimas. Sem este formato, o processo judicial não se completa, e é justamente neste campo minado que o conflito engrandecerá ainda mais, e trará a vontade de vencer nos envolvidos, de se vingar, de retaliar o outro, e em última análise, de vencer.¹⁴⁸

Além das formalidades apontadas no modelo atual de processo que deixa de lado determinados conflitos por não possuírem os requisitos técnicos exigidos pela lei, podemos perceber que o fundamento social da jurisdição, consistente na busca pela pacificação social, também restou esquecido ou ignorado pelo sistema atual.¹⁴⁹

O fundamento político da participação social dita que os indivíduos que vivem sob o poder único do Estado, o fazem com a garantia de que o referido poder será exercido em nome de todos e, por isso, será passível de controle popular com base no princípio participativo, a partir do qual a participação poderá ocorrer tanto na tomada de decisões, quanto no próprio exercício do poder das formas mais variadas, caracterizando graus mais ou menos intensos de participação¹⁵⁰

Ada Pellegrini Grinover explica ainda que o princípio participativo se desdobra em duas vertentes quando da atividade jurisdicional, sendo a primeira referente à participação na administração da justiça e a segunda, que nos interessa, a participação mediante a justiça, enquanto meio de utilização do processo como veículo de participação democrática.¹⁵¹

Desta forma:

Inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza não jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação popular na administração da justiça. Representa ela, ao mesmo tempo, instrumento de garantia e de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionalizados de conciliação e mediação.¹⁵²

Hoje, em decorrência do elevado número de demandas judiciais, há ainda um distanciamento entre juiz e processo pois, por falta de tempo, muitos juízes vão tomar conhecimento da matéria discutida nos autos apenas no momento da audiência, motivo pelo

¹⁴⁸ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 93.

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 03-04.

¹⁵⁰ **Idem Ibidem**, p. 04.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO (coord.). **Op. Cit.**, p. 05.

¹⁵² **Idem**.

qual não têm ao menos condição de tentar uma aproximação das partes, apenas proferindo sentença de forma técnica, acarretando como consequência inúmeros outros processos em sede de recurso.¹⁵³

3.1 A BUSCA PELA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA

Humberto Theodoro Júnior explica que nas últimas décadas houve um desvio nítido de atenção do processo civil com o objetivo de alcançar medidas que venham a melhorar os serviços forenses, preocupando-se muito mais com os resultados a serem alcançados pela prestação jurisdicional do que apenas com meras solenidades de procedimento.¹⁵⁴

A demora no julgamento de processos judiciais tem sido uma preocupação persistente do legislador brasileiro. Não foi por menos que a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegurando a todos a razoável duração do processo, bem como dos meios que possam garantir a celeridade de sua tramitação.¹⁵⁵

A busca deve ser a da obtenção dos melhores resultados possíveis com a máxima economia de esforços, despesas e tempo. O princípio se imbrica com o da efetividade do processo: afinal, a duração razoável é necessária para que o processo seja eficiente.¹⁵⁶

Isso, no intuito de desburocratizar o procedimento e acelerar seus resultados de modo a concretizar a garantia do amplo e irrestrito acesso à justiça¹⁵⁷, pois um processo judicial com duração ilimitada ou indefinida afeta não apenas a proteção judicial efetiva, mas também a dignidade da pessoa humana, já que permite que o ser humano seja transformado em coisa, em objeto processual.¹⁵⁸

¹⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROAMANO, Michel Betenjan; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 20.

¹⁵⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 09.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

¹⁵⁶ **Idem.**

¹⁵⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Op. Cit.**, p. 10.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393.

A pertinência da temática abordada encontra-se no fato de que não podemos esquecer que o Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção aos indivíduos, conforme preceitua o inciso II do artigo 1º da Constituição Federal e que a prestação jurisdicional em prazo razoável se mostra indissociável da proteção judicial efetiva. Se utilizarmos o direito penal a título de exemplo, o direito à razoável duração do processo pode ter efeitos imediatos tanto do ponto de vista de direitos individuais, quanto de direitos coletivos.¹⁵⁹

A questão se apresenta como um quadro de colisão de princípios e direitos fundamentais. De um lado o direito da coletividade de ver as normas jurídicas aplicadas e o direito coletivo à segurança, simbolicamente concretizado com o resultado de um processo penal efetivo. De outro lado o direito fundamental a não ser processado indefinidamente e sem qualquer objetividade, que está contido no direito à razoável duração de um feito criminal contra si movido. Também é corolário natural do direito à razoável duração do feito criminal o direito à liberdade garantido contra prisão com excesso de prazo não justificado.¹⁶⁰

No que diz respeito à prisão cautelar, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o excesso de prazo, ainda que se trate de crime hediondo, afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da razoável duração do processo, o que impõe ao Poder Judiciário a necessidade de deferimento imediato dos pedidos de relaxamento da prisão.¹⁶¹

A interpretação do dicionário jurídico de Ricardo Rodrigues Gama nos permite entender que o processo será eficaz sempre que puder proporcionar efeitos reais como consequência, bem como, será eficiente sempre que puder garantir a qualidade desses efeitos. Mas o processo judicial só será efetivo quando for vigente, permanente e atual.¹⁶²

Referida interpretação nos permite ainda apontar que um processo permanente e atual exige adaptações que lhe permitam acompanhar a evolução política e social da sociedade civil.

Ocorre que, o direito processual não foi capaz de acompanhar o progresso do judiciário, bem como da administração da justiça, gerando como consequência a morosidade dos processos, o alto custo e certa complicação procedimental que, aliados à mentalidade dos

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Paulo Gonet. **Op. Cit.**, p. 393.

¹⁶⁰ **Idem.**

¹⁶¹ **Idem Ibidem**, p. 394.

¹⁶² GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. 2ª ed. Campinas: Russel, 2007, p. 157.

juízes e à falta de informação e orientação para os jurisdicionados, levou à obstrução das vias de acesso à justiça e por consequência, ao distanciamento dos usuários.¹⁶³

Referida situação contribui para além do descrédito em relação ao judiciário, com incentivo da litigiosidade, que já é de alto grau na sociedade moderna, onde cada vez mais as pessoas acedem ao judiciário, o que o tem sobrecarregado para além da mão de obra hoje disponível.

Ocorre que, o problema a ser enfrentado na realidade processual brasileira hoje não diz respeito ao aumento do número de magistrados ou da máquina judicial como um todo, “pois, quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve”.¹⁶⁴

É justamente em função desse acesso desmedido que podemos enxergar a necessidade de mudança de mentalidade da sociedade como um todo se quisermos um dia, resolver a atual crise a que ora fazemos referência, pois “é preciso não se olvidar, contudo, que é mais fácil a sociedade mudar a lei do que a lei mudar a sociedade. A mudança de mentalidade, portanto, é fundamental na solução dessa crise.”¹⁶⁵

A crise do judiciário já assumiu lugar comum no Brasil, sendo visível o descontentamento geral em relação à resolução de conflitos, pois o Estado não tem conseguido mais responder com eficiência às demandas da sociedade por meio do modelo tradicional de solução de controvérsias.¹⁶⁶

Hoje, talvez em decorrência das propostas de universalização da tutela jurisdicional somadas à conscientização dos direitos decorrente das previsões Constitucionais de 1988, vimos um aumento bastante considerável do ajuizamento de ações, sem que a mão de obra do judiciário pudesse crescer na mesma proporção, o que deixou o judiciário com uma massa de trabalho maior do que sua capacidade de proporcionar resposta eficaz ao cidadão jurisdicionado que dela necessita para a resolução de um conflito.¹⁶⁷

Devemos ressaltar que a crise numérica da quantidade de ações judiciais é consequência e não causa da questão que ora se discute. Logo, o crescimento físico do Judiciário não seria capaz de resolver referido problema, porque a oferta exacerbada de justiça só faz crescer a demanda por ela, incorrendo no risco de adentrar a um sério círculo vicioso

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 02.

¹⁶⁴ **Idem.**

¹⁶⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012, **Op. Cit.**, p. 245.

¹⁶⁶ **Idem.**

¹⁶⁷ **Idem.**

em que teremos que conviver com a produção de uma justiça de massa que conduz a um indesejável gigantismo da máquina estatal.¹⁶⁸

É dizer: impende que o direito de ação não se converta num... dever de ação, passando-se à população a falaciosa ideia de que todo e qualquer conflito de interesse deva ser judicializado, numa leitura assim, atécnica como irrealista do que se contém na propalada garantia de acesso à Justiça.¹⁶⁹

A justiça está em crise juntamente com o processo civil, pois de forma geral, efetividade e celeridade ainda não existem como se pretende para o devido acesso à justiça. Esta situação que mostra um sistema judiciário inadequado e inconclusivo tem culminado na rejeição do processo civil enquanto instrumento privilegiado de decisões de controvérsias.¹⁷⁰

A duração razoável do processo e sua efetividade são metas que precisam ser alcançadas se quisermos resolver a crise aguda que a justiça enfrenta hoje, podendo-se afirmar inclusive que “se está a justiça em crise, por consequência o processo como instrumento de solução de litígios também está.”¹⁷¹

Neste ponto concordamos com a professora Flávia Zanferdini, quando diz que o acesso desmedido ao Poder Judiciário é o responsável pela atual crise de legitimidade que este poder enfrenta perante os cidadãos que, sem uma prestação jurisdicional de qualidade, descredita da efetividade que buscam encontrar no Estado.¹⁷²

Diante desse cenário de lentidão, em que os juízes não conseguem se dedicar o bastante a cada caso que lhes é apresentado, pois encontram-se assoberbados de trabalho, a atuação de mediadores e conciliadores pode vir a melhorar a atividade do poder judiciário no que tange à verdadeira solução do conflito, além de agilizar a prestação jurisdicional, já que dispõem de mais tempo e de técnicas para auxiliar as partes na melhor composição de acordo com os seus interesses, contribuindo, assim, para uma mudança de perspectiva não apenas dos envolvidos, mas dos próprios operadores do direito. Tal situação, por consequência, vai incentivar a cultura da paz em todo o território nacional.¹⁷³

Por tudo isso é que se pretende trazer os métodos adequados de resolução de conflitos ao conhecimento e alcance de todos, fazendo-os surgir enquanto complemento do

¹⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 65.

¹⁶⁹ **Idem.**

¹⁷⁰ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade.** Rio de Janeiro, Forense: 2004, p. 02-03.

¹⁷¹ **Idem Ibidem**, p. 09.

¹⁷² ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica.** Faculdade de Direito de Franca, p. 111.

¹⁷³ FABRETTI, Daniel. Conciliação e mediação em juízo. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 73.

sistema jurisdicional atual que tem trabalhado apenas com fórmulas positivadas, caindo assim no excesso de formalismo e alto custo, sem conseguir, no entanto, oferecer resposta de fácil compreensão e em tempo hábil.

Para conseguirmos fortalecer a justiça é preciso muito mais do que fortalecer a imposição de suas decisões, pois de nada adiantam boas leis se a estrutura para sua aplicação continuar precária. É necessário reorganizar o sistema judicial de forma que o Estado possa lhe proporcionar outros meios de se fazer justiça.¹⁷⁴

Temos legislação processual de primeiro mundo a ser aplicada com recursos de terceiro mundo, por um poder judiciário desprestigiado, criticado e sem recursos. O Judiciário carece, com urgência, de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda por seus serviços, portanto precisa ser aparelhado de forma adequada e suficiente para fazer cumprir a garantia do término do processo em tempo razoável.¹⁷⁵

Dentro de uma democracia participativa efetiva, cabe à própria sociedade dizer qual é o modelo de justiça que mais lhe agrada e cobrar uma posição clara de seus representantes a respeito do tema.¹⁷⁶

Hoje, a busca é pela plena consecução da promessa constitucional de acesso à justiça, sem se esquecer de que “como o processo moderno promete a pacificação dos conflitos sociais, será efetivo aquele que mais perto chegue de alcançar esse ideal.”¹⁷⁷

3.2 A RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No Brasil, o movimento pela conciliação teve início no ano de 2006, tendo sido organizada para dezembro de 2007 a primeira semana nacional pela conciliação. Visando consolidar a referida proposta, o Conselho Nacional de Justiça, considerando sua função de planejamento estratégico do Poder Judiciário, editou a Recomendação n. 08 de fevereiro de 2007, na qual sugeriu que os tribunais planejassem e viabilizassem atividades conciliatórias.¹⁷⁸

Mais tarde, em 2010, o CNJ criou o primeiro prêmio “Conciliar é Legal”, no intuito de identificar e disseminar boas e inovadoras práticas autocompositivas que contribuam para pacificação, modernização e eficiência da justiça brasileira e, as referidas iniciativas

¹⁷⁴ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli, 2004. **Op. Cit.**, p. 10-12.

¹⁷⁵ **Idem Ibidem**, p. 14-15.

¹⁷⁶ **Idem Ibidem**, p. 17.

¹⁷⁷ **Idem Ibidem**, p. 24.

¹⁷⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**

foram sendo desenvolvidas e culminaram com a Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010.¹⁷⁹

Essa resolução é bastante apropriada no sentido de incentivar a necessária mudança de mentalidade social que aqui defendemos, pois ela institui a chamada Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, regulamentando tanto a conciliação quanto a mediação e incentivando sua utilização como formas de acesso ao judiciário em todo o país.¹⁸⁰

Suas previsões incluem, além da capacitação de conciliadores e mediadores, a busca pela mudança de mentalidade tanto dos operadores do direito, quanto das próprias partes conflitantes, com o intuito de diminuir a resistência que ainda encontramos em relação a esses métodos de resolução de conflitos, a fim de efetivar o acesso à justiça de qualidade e, o mais importante, tudo isso na mesma direção do escopo magno da jurisdição, ou seja, tudo visando à pacificação social.¹⁸¹

A resolução traz à tona o acesso à justiça em sentido amplo, visando a atender os cidadãos não apenas por meio da adjudicação estatal, mas também com orientações jurídicas, assistência social e exercício da cidadania através da obtenção de documentos essenciais, por exemplo.¹⁸²

Um dos focos dessa resolução é criar uma disciplina mínima e uniforme para a prática dos meios consensuais de solução de conflitos no Judiciário, que funcionam como um importante filtro da litigiosidade, além de estimular em nível nacional a cultura da pacificação social, estabelecendo diretrizes para implantação de políticas públicas que tracem caminhos para um tratamento adequado de conflitos.¹⁸³

O art. 1º da referida resolução estabelece que a solução dos conflitos deverá ocorrer por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, incumbindo ao judiciário oferecer mecanismos de solução de controvérsias, especialmente os consensuais, além de prestar atendimento e orientação ao cidadão, sendo este um dos pilares da Resolução.¹⁸⁴

Além das citadas exigências, o CNJ estabeleceu dentre suas competências, a de incentivar a autocomposição e a pacificação, por meio da conciliação e da mediação,

¹⁷⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**

¹⁸⁰ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 248.

¹⁸¹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Capacitação de conciliadores e mediadores. **In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). Op. Cit.**, p. 07.

¹⁸² LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Op. Cit.**, p. 08.

¹⁸³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**

¹⁸⁴ WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 07.

contando com a participação de todos os órgãos do Judiciário, além de parcerias públicas e privadas, estabelecendo seus deveres para o desenvolvimento adequado dessa rede.¹⁸⁵

Para concretizar seus objetivos, prevê ainda a instalação de unidades judiciárias baseadas nos Setores de Mediação e Conciliação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no tribunal multiportas do direito norte americano. São os chamados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que permitem a utilização de mediação e conciliação tanto na fase processual quanto na pré-processual, através de mediadores e conciliadores devidamente capacitados.¹⁸⁶

Isso se deve ao fato de que mediadores e conciliadores devidamente capacitados utilizam técnicas importantes que fazem com que as partes sejam capazes de se comprometerem com o resultado ali obtido, evitando não apenas uma ação ou seu prosseguimento à espera de uma sentença, mas também os processos de execução e eventuais recursos.¹⁸⁷

No citado Sistema Multiportas de Solução de Conflitos do direito norte-americano - *Multidoor Courthouse* -, por exemplo, a parte, quando chega com o seu problema, passa por uma triagem a partir da qual é direcionada por pessoas bem capacitadas para tanto, ao processo mais adequado para o seu tipo de caso, motivo pelo qual, a mediação pode ser indicada antes mesmo de haver uma demanda judicial, otimizando tempo, despesas e melhorando de forma relevante a satisfação do usuário que se sente acolhido pelo Estado, sendo o que se espera de um país democrático.¹⁸⁸

Mas, para que tal projeto fosse possível nos Estados Unidos e se tornasse realidade, o Estado investiu dinheiro e buscou apoio de instituições, tais como a associação de advogados dos Estados Unidos que investiu também, desde os projetos piloto até a efetiva concretização do sistema, que hoje serve de parâmetro para o Brasil, no intuito de melhorar a política judiciária nacional.¹⁸⁹

Nos Estados Unidos o papel do advogado sempre foi bastante ressaltado o que contribuiu para que a Associação dos Advogados dos EUA abraçasse essa causa, criando, por exemplo, uma conferência nacional anual sobre o assunto, além do jornal, *Dispute Resolution Magazine* que servem para divulgar e incentivar a utilização dos novos métodos, fazendo com

¹⁸⁵ BRASIL, **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília/DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 09/01/2015.

¹⁸⁶ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Op. Cit.** p. 08.

¹⁸⁷ **Idem Ibidem**, p. 09.

¹⁸⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 115.

¹⁸⁹ **Idem.**

que os advogados considerem explorar as diversas formas de solução de disputas, contribuindo para uma educação menos adversarial da classe. Isso foi deveras importante para o sucesso do sistema.¹⁹⁰

Ainda sobre a Resolução 125/2010, é necessário apresentar as diretrizes expostas nos incisos do seu art. 6º, estabelecidas no intuito de promover e viabilizar a efetiva implementação dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Dentre elas: i) desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados, tanto da Justiça Estadual, quanto da Justiça Federal, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; ii) providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; iii) regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores e mediadores, além dos demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; iv) buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas de ensino, para que sejam criadas disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como, que haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, nas Escolas de Magistratura; v) estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando sua atuação na prevenção dos litígios; vi) realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; vii) atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.¹⁹¹

Uma crítica que merece atenção neste ponto se refere à previsão do art. 6º, inciso III que, talvez, na busca por uma forma de incentivar os próprios magistrados na implementação dos objetivos da resolução, pode-se ter aberto um espaço para que alguns juízes, que eventualmente não possuam o devido preparo, tentem conciliar, muitas vezes deixando-se levar pelo critério de promoção estabelecido.

¹⁹⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Op. Cit.**, p. 116.

¹⁹¹ BRASIL, **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Capítulo II. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 18/02/2015.

É importante que as partes sintam que o Poder Judiciário é uma garantia da resolução do conflito, e não uma ameaça para o caso de não celebrar o acordo. A persuasão para a conciliação deve advir de suas vantagens intrínsecas (possibilidade de as próprias partes resolverem seus problemas, liberdade para a discussão das questões deduzidas no processo e também de outras que porventura não sejam objeto do pedido, busca dos reais interesses dos envolvidos), e não do assoberbamento o Poder Judiciário, que representa a garantia do Estado de que conflitos serão resolvidos.¹⁹²

Além da dita falta de capacitação de profissionais do Poder judiciário, não há, também, o devido investimento em capacitação de qualidade para mediadores e conciliadores, e, na prática, o que assistimos são audiências de conciliação ocorrendo de forma brutalmente inadequadas, resumindo-se a uma única pergunta sobre haver ou não a possibilidade de acordo; isso, quando não há a tentativa de forçar acordos para eliminar processos.

Aqui, o que preocupa é que com o passar do tempo, o referido instituto venha a perder credibilidade junto à sociedade que, por já ter passado por uma experiência desse tipo, não vá confiar no método, fazendo com que a necessária mudança de mentalidade se torne ainda mais difícil do que já é.

Não foi por outro motivo que a resolução trouxe a previsão de que os Centros Judiciários de Resolução de Conflitos devam contar com um juiz coordenador que terá a função de homologar os acordos ali realizados, bem como de supervisionar mediadores e conciliadores, devendo assegurar ainda que, nos Centros, atuem servidores com dedicação exclusiva, todos devidamente capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos um, capacitado também para fazer a triagem e encaminhamento adequados aos casos.¹⁹³

Mediadores e conciliadores têm suas atividades previstas na forma de princípios e recomendações genéricas, mas não compete a eles julgar condutas ou punir comportamentos, como acontece nos métodos adjudicatórios. A natureza desses institutos é muito diferente; os métodos consensuais visam a alcançar o objetivo maior do sistema, que é produzir justiça e paz social, por isso há a necessidade de capacitação diferenciada também desses profissionais - já que aqui, nos moldes da Resolução 125/2010 importa mais a qualidade do que a produtividade -, que devem atuar em busca da qualidade, abandonando a ilusão da quantidade de unidades de acordos celebrados.¹⁹⁴

¹⁹² DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 57.

¹⁹³ BRASIL, **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Capítulo II. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 18/022015.

¹⁹⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. Agosto/2014, p. 44-45.

A referida Resolução¹⁹⁵ traz os citados princípios que norteiam e representam imperativos para as atividades dos mediadores e conciliadores no Código de Ética, estabelecido por meio de anexo, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos, bem como a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de prevenção de litígios e pacificação social.

O artigo 1º estabelece quais são esses princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais, são eles: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

A confidencialidade é o dever que referidos profissionais têm de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo mediante autorização expressa das partes envolvidas, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo, em hipótese alguma, ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos.

O princípio da competência estabelece o dever de os profissionais possuírem a qualificação necessária que os habilite à atuação judicial, na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada. Ressaltamos nessa previsão o quão importante é a devida capacitação, pois inclusive quem já trabalha como terceiro facilitador judicial tem o dever de frequentar cursos de reciclagem periódicos, o que é de extrema relevância para o tema proposto.

A imparcialidade, por sua vez, é representada pelo dever dos mediadores e conciliadores de agirem com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do seu trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Já a neutralidade determina que os profissionais mantenham equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles.

O princípio da independência e autonomia quer que conciliadores e mediadores atuem com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido a eles recusar, suspender ou interromper a sessão, se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

¹⁹⁵ BRASIL, **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Capítulo II. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 18/022015.

Por fim, o respeito à ordem pública e às leis vigentes estabelece o dever dos profissionais de zelar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Nos moldes das previsões da Resolução 125 do CNJ, Kazuo Watanabe¹⁹⁶ defende que há a necessidade de transformação da hoje dominante cultura da sentença para a necessária cultura da pacificação, o que para se concretizar exige uma mudança de mentalidade tanto dos profissionais do direito, quanto dos próprios jurisdicionados.

O autor sugere que a referida mudança tenha início na educação de ensino fundamental, para que a base de formação das crianças de hoje propicie a elas o necessário discernimento no interesse por tais práticas, passando ainda pela implementação, já no ensino jurídico, de disciplinas obrigatórias que propiciem a formação desta nova mentalidade necessária aos profissionais da área.¹⁹⁷

Nesse sentido, Vezzulla aponta que a luta pela demonstração de poder é inerente à cultura ocidental marcada por uma longa tradição de converter conflitos em litígios, em que o indivíduo adota posição de enfrentamento e busca que a referida posição seja resolvida por um terceiro com poder de decisão. Para o autor,

Aprendemos isso na família quando apresentamos ao “julgamento” materno ou paterno uma briga com o irmão, argumentando para convencer de nossa razão e pedindo pelo castigo do irmão que está a argumentar contra mim. Fortalece-se na escola, na profissão e na vida toda, começando por ser julgados e nos convertendo também em julgadores, à medida que vamos atingindo situações de poder (pai, chefe, professor...) ¹⁹⁸

3.3 A SOLUÇÃO ALTERNATIVA OU ADEQUADA DE LITÍGIOS

Inicialmente, cumpre ressaltar que no presente trabalho, as técnicas de conciliação e mediação serão denominadas de forma geral, enquanto métodos adequados, consensuais e/ou pacificadores de resolução de conflitos, não havendo aqui preocupação em diferenciar ou destacar sua denominação enquanto métodos alternativos como o são em algumas obras.

Para Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes, por exemplo, “alternatividade” pressupõe semelhança, não se podendo considerar métodos como mediação e conciliação enquanto alternativos em relação à adjudicação, pois esta vem para impor,

¹⁹⁶ WATANABE, Kazuo. 2014. **Op. Cit.**, p. 37.

¹⁹⁷ **Idem.**

¹⁹⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 57.

mandar, definir e coibir os sujeitos, fazendo com que se submetam a uma decisão, ao passo que, mediação e conciliação são formas pacíficas, que visam a restabelecer o diálogo, objetivando resolver de fato a controvérsia, amenizando tanto suas causas como suas possíveis e eventuais consequências, ou seja, mediação e conciliação em nada se assemelham à adjudicação para que sejam tratados enquanto alternativas uns dos outros.¹⁹⁹

Mas, nesse sentido compartilhamos as ideias de Mariana França Gouveia²⁰⁰, para quem a resolução alternativa de litígios deve ter seu conceito alargado a todos os meios que sejam diferentes dos adjudicatórios e, definições nesse sentido são apenas exercícios de racionalização e não alteram em nada sua natureza, sendo portanto o referido debate irrelevante, pelo menos para os objetivos propostos neste trabalho.

Os métodos de resolução alternativa de conflitos podem ser divididos em consensuais ou adjudicatórios, sendo esses os que atribuem a um terceiro o poder de decisão, como no caso da arbitragem, por exemplo, e aqueles, os que visam a alcançar uma solução através de acordo entre as partes, deixando permanecer com elas o poder de decisão.²⁰¹ É onde se encontram mediação e conciliação, nossos objetos de pesquisa.

Os métodos adequados de solução de conflitos tem o intuito de reconciliar, de mostrar ao cidadão envolvido na lide que o conflito pelo qual está passando adveio de uma situação pretérita, a qual restou obstruída durante seu trajeto por algum motivo, levando à ruptura total ou parcial daquela relação que, por óbvio, teve origem no consenso dos termos pactuados à época de sua formação.²⁰²

Os referidos métodos, também chamados de consensuais, trabalham sob a ótica dos interesses das partes, considerando-os individualmente e desconsiderando o que o direito positivo determinaria sobre o caso, pois seu objetivo é a pacificação do conflito e não uma solução juridicamente correta, ao contrário do que ocorre com os métodos adjudicatórios que trabalham sob a perspectiva dos direitos, ou seja, discutem argumentos legais inerentes à situação de cada envolvido e baseiam-se na lei positivada para apresentarem uma posição, sendo ainda, o mais comum dentro dos tribunais.²⁰³

Devemos ressaltar neste ponto que vivemos em um sistema legalista, no qual o direito se vê diretamente ligado às leis positivadas e é esse modelo que domina ainda hoje, a

¹⁹⁹ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 86.

²⁰⁰ GOUVEIA, Mariana França. **Resolução alternativa de litígios**. 3ª Ed. Edições Almedina. Coimbra: 2014, p. 18.

²⁰¹ **Idem Ibidem**, p. 19-20.

²⁰² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op.Cit.**, p. 88.

²⁰³ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 20.

formação dos juristas, fazendo com que todos pensem sempre na busca por soluções adjudicadas, baseadas na disputa e na arte do convencimento, fazendo-nos cair no excesso de burocracia e formalismo que, como dito, afasta cada vez mais o cidadão do Estado.²⁰⁴

O referido distanciamento não ocorre apenas em relação ao judiciário, é antes uma questão cultural de uma sociedade que ainda não sabe nem mesmo seu real papel e importância dentro do Estado Democrático em que vive.

Se a democracia representativa se resumisse, por exemplo, ao direito de votar, talvez o sistema legalista até fosse o melhor modelo a ser adotado pelos tribunais. Ocorre que, a democracia não é e nem poderia ser resumida simplesmente ao voto, até porque nas palavras de Mariana Gouveia, “se perguntarmos a qualquer pessoa se entende que é a si que compete a feitura da lei e que delega esse poder através do voto, a reação será no mínimo de estranheza”.²⁰⁵

Ainda neste sentido, se tentarmos apresentar um conceito do que seria o direito, haverá imensa dificuldade em desfazer imagens distorcidas que muitas pessoas associam como retrato fiel deste conceito, como por exemplo, o fato de estabelecerem ligação direta entre direito e lei, remetendo tudo que trata do direito à suposta existência de uma lei.²⁰⁶

Roberto Lyra explica que essa referência veio “importada” erroneamente do inglês, onde *Law* significa as duas coisas, mas em outras línguas, como o grego, latim, espanhol, italiano, russo, etc. este fato não ocorre e deveria nos ter servido de advertência.²⁰⁷ Ressalte que, no inglês, existem as palavras *Law* e *Right*, aquela usada muitas vezes de forma genérica, mas esta resguardada para quando se pretende referir ao direito independentemente da lei, bem como no português, onde usamos as palavras Lei e Direito. A presente observação é meramente em relação ao usual, a um costume de se relacionar estas palavras de forma indevida.

Se analisarmos referido conceito de forma crítica, poderemos perceber que a lei emana do Estado, que por sua vez, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico do país. Logo, a legislação abrange tanto o direito, como o antidireito, ou seja, abrange além do direito propriamente dito, a negação do direito deturpado pelos donos do poder que infiltram no repertório ideológico estatal, a identificação entre direito e lei de forma

²⁰⁴ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 26-27.

²⁰⁵ **Idem Ibidem**, p. 27.

²⁰⁶ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 07.

²⁰⁷ **Idem**.

a tentar nos convencer de que ali não há contradições, que o poder atende ao povo e que, tudo que vem dali é imaculadamente jurídico.²⁰⁸

Mas o direito autêntico, o direito global, não pode ficar restrito ao campo de concentração legislativa, pois

[...] se o direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este ‘Direito’ passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério de uma pseudociência, que os juristas conservadores, não a toa, chamam de ‘dogmática’. Uma ciência verdadeira, entretanto, não pode fundar-se em dogmas que divinizam as normas do Estado [...] e degradam a procura do saber numa ladainha de capangas inconscientes ou espertos.²⁰⁹

Para Roberto Lyra, o pensamento positivista, em especial o positivista legalista, pode ser resumido por uma fala de Hauriou no sentido de que a ordem social vai representar um mínimo de existência, sendo a justiça social um luxo, até certo ponto dispensável.²¹⁰

Desta forma, para o referido autor, o positivista, quando fala de direito, refere-se apenas ao sistema de normas que entende como válidas, impondo e rotulando o direito como se, ao pensamento e à prática jurídica, interessasse apenas o que o Estado diz (em nome de classes e grupos dominantes), o que equivale a deduzir todo o direito de certas normas sociais, canonizando a ordem social, dando à lei total superioridade e determinando que todo o resto fique subordinado ao que ela determina.²¹¹

O que permite que classes e grupos dominantes cuidem de si às custas dos demais, esquecendo-se da verdadeira essência do direito que depende, segundo Marx e Engels, do livre desenvolvimento de todos, tendo como condição para tanto o livre desenvolvimento de cada um, já que, ainda segundo Marx, “ninguém luta contra a liberdade, no máximo, luta contra a liberdade dos outros”.²¹²

Por isso, para o efetivo acesso aos meios adequados de resolução de conflitos deve-se buscar a mudança de mentalidade dos operadores do direito, bem como de toda a sociedade, substituindo-se paulatinamente a cultura da sentença pela cultura da pacificação, procurando demonstrar a importância da atividade de conciliador e mediador e de sua formação profissional, levando em conta o escopo principal da Constituição Federal de 1988,

²⁰⁸ LYRA FILHO, Roberto. **Op. Cit.**, p. 08.

²⁰⁹ **Idem Ibidem**, p. 10-11.

²¹⁰ **Idem Ibidem**, p. 34.

²¹¹ **Idem Ibidem**, p. 34-38.

²¹² **Idem Ibidem**, p. 104.

que é a pacificação dos conflitos de forma justa e que, acreditamos pode ser cumprido de forma eficaz através da composição consensual de interesses entre as partes.²¹³

Neste diapasão, necessário se faz a ampliação do conhecimento sobre as mais diversas realidades sociológicas do país, proporcionando assim uma maior conscientização social de toda a sociedade a partir do reconhecimento do outro e principalmente dos juristas em relação à aplicação e interpretação do direito, fazendo-os entender que as normas jurídicas existem para estabilizar as relações sociais de forma eficaz e duradoura, proporcionando segurança e tornando o Estado capaz de suportar as demandas da sociedade e respondê-las de forma diversificada e adequada.²¹⁴

É assim que a resolução alternativa de conflitos volta à tona no país, ou seja, em um cenário de crise de identificação entre o direito e a lei e diante de uma complexidade político-social enorme, que nos permite análise crítica sobre a coerência ou não, de continuarmos enxergando a lei como única fonte do Direito.²¹⁵

Assim como a ideia de que o Direito se identificava com a lei levou à criação de um sistema estatal monopolizador de Justiça, também a ideia de que o Direito surge de várias fontes (pluralismo) implica que haja instâncias diversificadas de aplicação das soluções jurídicas.²¹⁶

Nesse sentido, ao reconhecermos a insuficiência dos mecanismos legislados de aplicação do direito, com a promoção do conhecimento promove-se também a volta dos mecanismos comunitários de justiça. Logo, temos que a resolução alternativa de conflito surge do reflexo processual do pluralismo jurídico, enquanto uma forma de aprofundamento da democracia por ser um importante instrumento de diálogo e conscientização entre as pessoas.²¹⁷

O sistema tradicional de justiça é assumidamente afastado do cidadão, pois na maioria das vezes este precisa obrigatoriamente de um interlocutor para fazer valer seus direitos²¹⁸ e, mesmo quando não há essa exigência legal - como no caso dos juizados especiais, por exemplo -, não há compreensão suficiente por parte do cidadão sobre como funciona o procedimento e, ainda que faça seus pedidos sem a presença de advogado, muitas vezes acaba procurando um advogado depois, seja para dar sequência à demanda,

²¹³ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 62.

²¹⁴ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 28.

²¹⁵ **Idem.**

²¹⁶ **Idem Ibidem**, p. 28-29.

²¹⁷ **Idem Ibidem**, p. 29.

²¹⁸ **Idem Ibidem**, p. 30.

principalmente quando não há acordo na audiência de conciliação - que ressalte na maioria das vezes, sequer deveria ser assim chamada, posto que depõe contra o instituto aqui defendido -, seja para o processo de execução.

Mariana Gouveia sobre o tema conclui que “dada a complexidade do sistema jurídico é praticamente impossível a um não jurista defender sua posição”²¹⁹.

A volta dos meios alternativos de resolução de conflitos está ligada tanto à crise da justiça, quanto ao crescente desejo do cidadão em participar da resolução dos seus próprios conflitos, pois possuem como característica essencial o empoderamento das partes, que podem decidir por si mesmas o que entenderem melhor diante de sua realidade, sem ter que se apegar a debates jurídicos e a posições legais positivadas.

A consequente marginalização do cidadão tornou-se insustentável com a evolução social - os donos dos conflitos pretendem dominá-los controlando quer o processo, quer a solução. O mundo em que hoje vivemos terá seguramente defeitos, mas tem a vantagem de ter trazido às pessoas a legitimidade de decidir e a possibilidade de discordar. A autoridade já não é suficiente para a aceitação de uma decisão. O cidadão exige a explicação e exige ser convencido por ela.²²⁰

É assim que será possível a oferta de justiça em diversas modalidades, o que se mostra estritamente necessário diante de uma sociedade tão diversificada e complexa que dá origem a conflitos totalmente diferentes e que exigem, portanto, respostas diferenciadas, não devendo as referidas respostas se aterem sempre à decisão judicial adjudicada.²²¹

Seja como for, o serviço público de Justiça, pilar do Estado de Direito democrático, deve procurar conter resposta diversa para problemas distintos, aproximando-se o cidadão a quem serve. O que parece ser o futuro é um sistema complementar de Justiça em que as várias respostas são partes de um todo e a ele apenas devam o seu papel e significado. Julgo que, para esse fim se tem vindo a dar significativos passos.²²²

E, em sendo o objetivo maior do Estado Democrático de Direito a busca pela pacificação social, importante destacar ainda que a crise do judiciário no que tange ao excesso de demandas e morosidade não será o fim pretendido, será apenas consequência, pois a crise da justiça é sobretudo relacionada à qualidade, ou a falta dela no acesso ao judiciário.²²³

²¹⁹ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 30.

²²⁰ **Idem.**

²²¹ **Idem Ibidem**, p. 31.

²²² **Idem Ibidem**, p. 31-32.

²²³ **Idem Ibidem**, p. 25.

[...] Os meios de resolução alternativa de litígios pretendem ser uma resposta no âmbito da qualidade e não da quantidade. Isto é, os meios de resolução alternativa de litígios postulam uma abordagem diferente do conflito, procurando a solução mais adequada. Não se trata de fazer o mesmo mais rápido, mas de o fazer diferente e, em certos casos, melhor.²²⁴

No entanto, estão sendo dados apenas os primeiros passos nesse sentido, pois o sucesso que se espera dos meios alternativos de resolução de conflitos só acontecerá de forma plena quando passarem a fazer parte da cultura do país.²²⁵

3.4 DA OBRIGATORIEDADE OU NÃO QUANTO AO USO DAS TÉCNICAS CONCILIATIVAS

Mediação e conciliação podem ser integradas ao sistema de justiça de forma obrigatória, facultativa ou extrajudicial e, nesse sentido, se discute sobre a constitucionalidade ou não dentro do acesso à justiça nos casos de eventual obrigatoriedade.²²⁶

Mariana Gouveia explica que, na Alemanha, a mediação existe enquanto regra geral, como pressuposto processual, como condição de admissibilidade da ação, da mesma forma, nos Estados Unidos, vários tribunais já decidiram que o direito de acesso à justiça não é negado com a obrigatoriedade da mediação, desde que não lhe sejam inerentes altos custos ou demora excessiva no resultado.²²⁷

Explica a referida autora que a referência ao acesso à justiça nos textos internacionais e constitucionais não significa acesso irrestrito e imediato aos tribunais judiciais²²⁸ e, só há que se falar em inconstitucionalidade no que tange ao direito de acesso à justiça se a restrição eventualmente imposta pela dita obrigatoriedade, puder impedir efetivamente o exercício de direito, pois a intenção é justamente oposta a esta. O que se pretende com a utilização dos métodos não adversariais, é aproximar o cidadão da Justiça.

Num sistema ideal, os meios de resolução de litígios seriam alternativos entre si. Em função do tipo de conflito, as partes deveriam ser reencaminhadas para o meio que melhor o resolvesse. Todos os mecanismos seriam alternativos entre si e obrigatórios em conjunto.²²⁹

²²⁴ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 25.

²²⁵ **Idem Ibidem**, p. 39.

²²⁶ **Idem Ibidem**, p. 62-65.

²²⁷ **Idem Ibidem**, p. 66-67

²²⁸ **Idem Ibidem**, p. 68.

²²⁹ **Idem Ibidem**, p. 69.

Estudiosos apontam ainda a necessidade de se analisar se, com a obrigatoriedade, as partes não tenderão a encarar mediação e conciliação como mais uma fase processual, por haver a presunção de domínio das partes, com seu total envolvimento e responsabilidade.²³⁰

Mariana Gouveia aponta, nesse sentido, que referido argumento é ainda falho, posto que de difícil comprovação, pois nos EUA, por exemplo, a taxa de sucesso da mediação obrigatória para a voluntária não diferia, rondavam ambas em torno de 70%, mas há em outros países taxas que mostram a mediação voluntária com índices de acordo girando em torno de 62%, enquanto a obrigatória estaria por volta dos 46%. De qualquer, forma, esses estudos ainda são poucos e não podem embasar um posicionamento, ressaltando a referida autora que, em Portugal, a doutrina tem entendido pela não instituição da mediação obrigatória.²³¹

Neste sentido, importante é ressaltar que o assunto da obrigatoriedade foi tratado de forma singela, apenas porque há parte da doutrina que faz menção ao assunto e, não pretendendo de forma alguma esgotar o referido debate, concordamos com Mariana, principalmente porque esse aspecto é ainda muito recente no Brasil e a tomada de posição neste momento corre o risco de tornar-se prematura e infundada.

²³⁰ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 70.

²³¹ **Idem Ibidem**, p. 71.

4 DIFERENCIAÇÃO PRÁTICA DOS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E ÚLTIMAS NOVIDADES SOBRE A TEMÁTICA NO BRASIL

4.1 MEDIAÇÃO

A mediação é um método não adversarial de resolução de conflitos que visa trabalhar, de maneira profunda, os problemas que lhe são submetidos, de forma que o foco da questão seja o conflito em si e não a disputa.

Para Andreia Pacheco,

A visão do conflito segundo a mediação é de uma relação entre pessoas que deve ser trabalhada de forma construtiva, e não de um problema que deve ser resolvido. Na mediação se trabalha emoções e valores, como forma de capacitar os envolvidos no conflito a gerirem seus efeitos de forma duradoura.²³²

Esse instituto tem como base a ideia de que a resolução do problema reside nas próprias partes, donas do litígio, sendo também através delas, a melhor forma para se encontrar uma solução justa e adequada, trazendo a figura do mediador enquanto auxiliar, que vai ajudar as partes a primeiro restabelecer a comunicação entre si e depois, juntas, buscarem a solução mais adequada para o seu problema.²³³

A mediação não visa ao acordo pura e simplesmente. O que está em jogo é o relacionamento das partes e suas necessidades, por isso o terceiro imparcial vai coordenar reuniões, conjuntas ou separadas, com o intuito de estimular o diálogo cooperativo, auxiliando as partes a analisarem por si sós qual a melhor opção a ser seguida em face daquela relação geradora da controvérsia e, assim, o acordo passar a ser consequência lógica do trabalho de cooperação.²³⁴

Quanto ao tempo, a mediação é mais demorada que a conciliação, mas ainda assim é extremamente mais rápida que os processos judiciais, até porque, na mediação, o tempo decorre da necessidade das partes, das suas disponibilidades, possibilidades e interesses.²³⁵

²³² PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça restaurativa: uma possível alternativa à pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário**. Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf?sequence=1>> Acesso em: 09/01/2015.

²³³ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 48-49.

²³⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Op. Cit.**, p. 20.

²³⁵ **Idem Ibidem**, p. 21.

Na forma tradicional de solução de conflitos, que ocorre através de um juiz ou tribunal, há a linguagem técnica, os formalismos procedimentais, as declarações das partes são formais e limitadas e os poderes decisórios permanecem nas mãos de advogados, de forma que “ganha” aquele que conseguir convencer o juiz da sua verdade, gerando assim o afastamento do indivíduo em relação ao seu conflito, fato que não ocorre com a mediação que tem postura totalmente contrária e acredita que as próprias partes conflitantes são as mais indicadas para resolver o litígio, trazendo à mesa uma ideia de responsabilidade pessoal quando se atribui a elas o domínio do problema, dependendo exclusivamente delas o início, o decurso e o fim da resolução.²³⁶

Além disso, a mediação não tem como objetivo apenas resolver o problema apresentado, visa a restabelecer a paz social entre os litigantes, não importando discutir sobre quem tem razão, mas sim procurar os problemas anteriores que deram causa ao litígio, “trata-se, portanto, de um método de resolução de litígios assente nos interesses e não nos direitos.”²³⁷

As pessoas têm, assim, o domínio do processo na medida em que podem sair quando quiserem, nada as obrigando, evidentemente, a chegar a um acordo. Mas têm, sobretudo, o domínio do conteúdo, não sendo possível qualquer solução do litígio que nelas não tenha origem. [...] O acordo resultante da mediação tem de vir das partes e estas têm de aderir-lhe plena e convictamente.²³⁸

Isso porque, somente assim, com o abandono das posições, trazendo à tona os reais interesses e necessidades das partes em conflito, é que a composição dos interesses permitirá a manutenção do entendimento dos litigantes, bem como a duração do acordo celebrado.²³⁹

Assim, reorganizando as relações dos envolvidos de forma satisfatória é possível desconstruir o conflito e restaurar a convivência pacífica entre aquelas pessoas, sendo por isso, a referida técnica mais indicada para os casos nos quais há predominância de aspectos interpessoais entre as partes envolvidas, como por exemplo, naqueles que envolvem uma sociedade empresarial, um relacionamento familiar ou até mesmo contrato de prestação de serviço, pois não se privilegia aqui um acordo formal, mas sim a pacificação da relação que deu origem ao conflito.²⁴⁰

²³⁶ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 50-51.

²³⁷ **Idem Ibidem**, p. 51.

²³⁸ **Idem.**

²³⁹ **Idem Ibidem**, p. 52.

²⁴⁰ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 59.

Assim, o objetivo maior da mediação não é a rápida obtenção do acordo, mas a condução das partes a um estado de cooperação. O mediador aplica as técnicas da negociação para que as partes, que antes eram incapazes de negociar diretamente, acabem por o fazer através de um terceiro que conduz a discussão do problema mas não opina nem faz qualquer sugestão quanto ao teor do acordo.²⁴¹

Para Célia Regina Zapparolli, a mediação deve ser entendida enquanto um instrumento de gestão de conflitos destinado a tratar de relações continuadas, com um objetivo relacional que vai para além do processo, desta forma, o acordo, se vier, será fruto de uma mudança no padrão comunicativo das partes que, segundo estratégia definida pelo mediador, poderão ser qualquer sujeito envolvido no conflito direta ou indiretamente e que possam auxiliar na sua gestão.²⁴²

Paulo Eduardo Alves da Silva ressalta que as regras de procedimento referentes à mediação são mais flexíveis, além de ter por meta a manutenção do relacionamento das partes para além do acordo, o que exige sejam trabalhados aspectos escondidos do conflito que não é exclusivamente patrimonial.²⁴³

Naturalmente que, sendo um método de resolução por consenso, o acordo sempre será o objetivo final, mas na mediação o acordo é mais uma consequência natural do aprofundamento do tratamento entre partes e do conflito do que um objetivo isolado a ser formalmente atingido.²⁴⁴

O autor Paulo conclui, no que se refere à escolha da técnica a ser utilizada, que há conflitos que vão necessitar de atuações mais incisivas, mais propositivas, bem como há aqueles em que haverá a necessidade de intervenções meramente sugestivas, mais tênues e, por isso, não existe regra para definir cada modalidade de intervenção, ficando a decisão para a análise de cada caso concreto.²⁴⁵

A razão desta constatação é baseada na premissa de que, quando as partes estão envolvidas em um conflito, passam a se sentir atingidas em seu equilíbrio interno, motivo pelo qual só o vislumbram naquele momento, tendo como sustentáculo a adoção de posições fechadas que identificaram como única saída para o que estão

²⁴¹ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 59.

²⁴² ZAPPAROLLI, Célia Regina. Nota da Coordenadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 05-06.

²⁴³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 43.

²⁴⁴ **Idem.**

²⁴⁵ **Idem.**

enfrentando em se for apenas mantida uma análise sobre a controvérsia em si, resultará em seu acirramento.²⁴⁶

Segundo Maria Lucia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes, na mediação, o terceiro imparcial (mediador) deve funcionar como um comunicador entre as partes, que auxilia na promoção de um diálogo entre as mesmas, trabalhando para buscar a verdadeira causa daquela discórdia e estabelecendo um diálogo não só no que tange ao problema apresentado, mas visando a tratá-lo como um todo, englobando nas suas sessões todas as eventuais causas daquela questão de modo a promover a comunicação dos envolvidos.²⁴⁷

O mediador possui papel de grande importância e é ele que constrói a comunicação entre os mediandos, de forma que, por meio de uma comunicação construtiva, explica o conceito de mediação, deixa que as partes discutam sem intervenção, mas por meio de uma comunicação circular e não dominadora, com foco em uma conotação positiva; na escuta ativa, em perguntas sem julgamento; na reciprocidade discursiva; na mensagem como opinião pessoal; na assertividade; na priorização do elemento relacional; no reconhecimento da diferença; na não reação; na não ameaça.²⁴⁸

Por fim, no que tange às etapas de procedimento, a mediação exige maior número de reuniões, pois sua realização exige maior número de etapas, havendo inclusive a possibilidade de uma pré-mediação que visa a consolidar a segurança das partes uma na outra e de ambas no mediador, para somente depois na primeira reunião de mediação, investigarem juntos a realidade dos fatos e a visão de cada um sobre o conflito para se estabelecerem opções viáveis e criativas dentro dos seus interesses e necessidades, sendo que, referidas opções serão profundamente avaliadas, antes de as partes escolherem efetivamente a que mais lhes agrada para que o mediador dê início à preparação do acordo antes de este ser efetivamente aceito e assinado.²⁴⁹

A prática demonstra que o desencadeamento natural de todas as etapas da mediação possui uma dinâmica lógica que passa por fases bem delineadas como, passado, presente e futuro. Em realidade não seria a rigidez de três reuniões que abordassem especificamente estas três fases, mas sim a implementação natural das etapas da mediação aliada ao conhecimento mais detalhado do relacionamento entre os mediados para o mediador e vice versa, a forma lógica e natural de exposição dos

²⁴⁶ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 69.

²⁴⁷ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 105.

²⁴⁸ PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça restaurativa: uma possível alternativa à pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário**. Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 2012. p. 50. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf?sequence=1>> Acesso em: 09/01/2015.

²⁴⁹ BRAGA NETO, Adolfo. **Op. Cit.**, p. 66-68.

fatos normalmente apresentados pelos mediados, a situação atual em que se encontram diante da controvérsia e, ao final, esperam construir a partir de então.²⁵⁰

4.2 CONCILIAÇÃO

Foi a Constituição do Império que introduziu o termo conciliação no cenário nacional, sendo que naquela época a referida técnica era utilizada de forma bastante diferente, fazendo uso da mão de obra dos chamados juízes de paz, que se constituíam pessoas eleitas pela sociedade para ocupar tal posição mediante critérios políticos.

Constituição Política do Império do Brasil. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum; Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.²⁵¹

Há quem defenda que a conciliação só existe em âmbito judicial e há quem diga que a conciliação não passa de um outro nível da mediação.²⁵² Concordamos com essa última linha de pensamento e, neste trabalho, vamos tratar mediação e conciliação como duas espécies de um mesmo gênero, restando saber apenas quais serão os critérios de escolha que nos permitirão escolher o método mais adequado para cada tipo de conflito.

Não concordamos com a conciliação jurisdicional da forma como tem sido feita hoje, pois as partes ficam diante de quem pode decidir por elas, ainda que não o façam necessariamente na mesma oportunidade, fato que dificulta, senão impossibilita, a aplicação do princípio do pleno domínio do processo pelas partes, além do que,

[...] o juiz tem um interesse direto na obtenção do acordo, na medida em que liberta a sua agenda de um processo. Ao contrário do mediador, que não tem qualquer vantagem na resolução do litígio, o juiz, por regra, quer que as partes transacionem, porque isto tem como resultado menos um processo para decidir e, logo, diminuição de trabalho. As partes, conhecendo esta conveniência, podem sentir-se pressionadas, ainda que sutilmente, a transacionar. O problema está no próprio juiz, que pode exercer, ainda que inconscientemente, pressão para o sucesso da conciliação. Ele é parte interessada nesse acordo, não no seu conteúdo, mas na sua existência.²⁵³

²⁵⁰ BRAGA NETO, Adolfo. **Op. Cit.**, p. 68.

²⁵¹ BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 12/03/2015.

²⁵² GOUVEIA, Mariana França. **Op.Cit.**, p. 104.

²⁵³ **Idem Ibidem**, p. 105.

Hoje, com a evolução desse conceito, não se admite mais a classificação da conciliação enquanto técnica meramente adversarial, pois a solução do conflito será objetivada a partir da abertura de outras perspectivas às partes²⁵⁴, sem as deixar fechadas na disputa pelo convencimento de sua própria verdade, visando a alcançar uma solução negociada.

A conciliação constitui-se em método não adversarial de resolução de conflitos, no qual, através da intervenção de um terceiro - conciliador - busca-se solucionar um conflito entre duas partes ou mais, caracterizando-se ainda por ser um método mais invasivo se comparado à mediação, posto que a atuação do conciliador é mais incisiva e focada na obtenção do acordo no que tange àquele problema específico, pontual, podendo inclusive apresentar sugestões, o que pode atingir de forma mais relevante a vontade das partes.

Por esse motivo, muitos estudiosos do tema defendem que a conciliação deve ser indicada para aqueles casos em que não há uma relação continuada das partes envolvidas como, por exemplo, a compra de bem de consumo que porventura venha a gerar algum tipo de conflito posteriormente, havendo importância para a conciliação o ocorrido no passado e o que ocorre no presente, sem preocupação com o que pode vir a acontecer no futuro.

É ainda um procedimento mais célere que, na maioria das vezes, atinge seu objetivo final em apenas uma reunião, sendo por isso muito eficaz para conflitos onde a intenção é pôr fim à controvérsia de forma pontual. Por esse motivo, Adolfo Braga Neto estabelece suas características específicas até mesmo no que tange às etapas a serem seguidas quando de sua aplicação que, ao contrário da mediação, dispensa uma pré-sessão, bem como a investigação profunda da causa do conflito antes de dar início à construção de opções para preparação do acordo.²⁵⁵

Sugere-se a técnica da conciliação para aqueles casos nos quais o único vínculo existente entre as partes é inerente ao problema que estão enfrentando, como por exemplo, a necessidade de reparação dos danos causados em decorrência de um acidente de trânsito, “trata-se de relacionamento meramente circunstancial”.²⁵⁶

Há quem diga que o método da conciliação é menos complexo do que o da mediação, pois demanda menos tempo e dedicação do profissional conciliador que não vai precisar estruturar todo um conflito já que, as tratativas vão-se voltar especificamente para o problema em tela e não diretamente para o relacionamento interpessoal dos envolvidos, uma

²⁵⁴ PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Op. Cit.**, p. 47.

²⁵⁵ BRAGA NETO, Adolfo. **Op. Cit.**, p. 64-68.

²⁵⁶ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 54.

vez que, inexistente uma relação contínua que os envolva, podendo o conciliador por esse motivo, no uso dessa técnica sugerir propostas de acordo.²⁵⁷

Mas essa diferenciação entre conciliação e mediação foi feita pela doutrina, pois não há nenhuma norma que determine de forma direta para qual tipo de caso deverá ser usada cada técnica.

Observe-se, contudo, que não há uma regra absoluta que recomende a conciliação para conflitos objetivos e a mediação para conflitos subjetivos; há espaço para temperamentos e utilização conjunta de técnicas de ambos os procedimentos. O profissional de solução de conflitos deve ser capacitado para identificar interesses e estimular a criação de opções para um acordo viável (conciliação), utilizando-se de técnicas de investigação e reflexão sobre os aspectos subjetivos do caso juntamente com as partes, se necessário (mediação).²⁵⁸

Célia Regina Zapparolli define a conciliação como um instrumento de gestão de disputas, que objetiva a comunicação para o processo e não para além dele, sendo que, caso não haja acordo, segue-se o processo validatório ou decisório.²⁵⁹

Juan Carlos Vezzulla defende que a conciliação nos remete a determinados procedimentos de negociação que se baseiam em concessões mútuas com intuito de se alcançar o acordo, ao contrário da mediação, que busca através de uma sistemática cooperativa, programar a continuidade das relações da lide no futuro, de forma a conscientizar ambas as partes de suas responsabilidades, independentemente do resultado processual.²⁶⁰

Paulo Eduardo Alves da Silva explica que, na conciliação, o acordo deve atingir partes que nem se conhecem e que tem como única relação aquela do conflito, versando em geral sobre questões patrimoniais.²⁶¹

Para Maria Lucia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes na conciliação, o conciliador além de proporcionar o diálogo, pode sugerir termos de acordo, sendo seu campo de atuação um pouco mais amplo nesse sentido, embora mantendo-se alicerçado nos mesmos princípios da mediação. Além disso, o conciliador vai atuar mais especificamente dentro dos limites do conflito presente, de forma mais pontual buscando uma solução para o conflito apresentado.²⁶²

²⁵⁷ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 55.

²⁵⁸ **Idem.**

²⁵⁹ ZAPPAROLLI, Célia Regina. Nota da Coordenadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 05-06.

²⁶⁰ VEZZULLA, Juan Carlos. **Op. Cit.**, p. 58.

²⁶¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Op. Cit.**, p. 43.

²⁶² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 105.

Tomemos como base a definição mais em voga da conciliação, que a distingue da mediação pelo fato de o conciliador, ao contrário do mediador, ter a possibilidade de dar sugestões às partes. Poder não é dever, mas mesmo assim é inegável que a mera possibilidade gera uma responsabilidade adicional, qual seja saber quando e até que ponto sugerir opções.²⁶³

Ocorre que, a conciliação quando voltou às pautas do Legislativo e Judiciário, passou a ser exercida por profissionais sem a devida capacitação que incorrem no risco de frustrar inúmeras tentativas e forçar tantas outras, fazendo com que as pessoas percam a credibilidade no instituto. Esse é outro ponto que devemos combater.

Há ainda outro ponto a ser analisado quando se discute a necessidade de investir em profissionais especializados. É o que Andreia Pacheco aponta em sua dissertação de mestrado no que tange à figura do juiz conciliador que, não obstante possuir eventualmente capacidade técnica para praticar conciliação, posto que há magistrados que confiam neste instituto e investem nele, a figura do magistrado na relação processual impede que as partes falem sobre as questões pertinentes, com o temor de que o que eventualmente venham a falar possa interferir posteriormente no julgamento da causa.²⁶⁴

Desta forma, importante destacar que, embora o objetivo da conciliação seja alcançar a composição entre as partes visando pôr fim à demanda - e não necessariamente ao conflito - devemos lembrar que não se trata de simples audiência para reduzir pautas lotadas, mas sim um método de resolução adequada de conflitos muito eficaz para aqueles casos em que inexistente entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo para o futuro e que, por isso, buscam o fim da controvérsia pontual ou do processo judicial e que deve ser utilizado de forma correta, por profissionais bem preparados, nos casos com os quais for compatível.²⁶⁵

4.3 OS PROJETOS DE LEI 1005/2013 DO ESTADO DE SÃO PAULO E 7169/2014 DO SENADO FEDERAL

Merecem destaque nesta subseção duas novidades, sendo que a primeira se refere à aprovação recente do Projeto de Lei (PL) 1005/2013 do Estado de São Paulo que prevê a remuneração de mediadores e conciliadores, aprovação essa que aconteceu em sessão

²⁶³ TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. *Revista do Advogado*. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. Agosto de 2014, p. 62.

²⁶⁴ PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Op. Cit.*

²⁶⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *Op. Cit.*, p. 18-19.

extraordinária realizada no dia 24 de março de 2015²⁶⁶ e a segunda novidade se refere à aprovação pela Câmara dos Deputados do projeto de lei do Senado Federal, PL 7169/2014, que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial, estando o referido projeto aguardando o exame dos senadores a respeito das alterações feitas pelos deputados.

O PL 7169/2014 estabelece que as partes envolvidas em um conflito e que queiram submetê-lo à mediação poderão escolher qualquer pessoa de sua confiança para atuar como mediador extrajudicial sendo que, nesse caso, o referido mediador não precisará ser membro de qualquer associação ou conselho. Já nas hipóteses em que o caso já chegou ao Judiciário, o mediador precisará ser graduado há pelo menos dois anos em curso superior, com capacitação em instituições reconhecidas pelos tribunais, que deverão ter o cadastro atualizado desses mediadores, bem como definir sua remuneração o que deverá ser feito pelas partes do processo.²⁶⁷

Por fim, o referido projeto de lei prevê que a própria administração pública, poderá submeter seus litígios à resolução extrajudicial e, se aprovado, aplicar-se-ão aos mediadores as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição que atingem os juízes, bem como, não poderão assessorar, representar ou patrocinar qualquer parte que tenha se submetido à mediação por ele conduzida no último ano, equiparando ainda mediadores e seus assessores aos servidores públicos no que tange à legislação penal.²⁶⁸

Quanto ao projeto de lei que estabelece a remuneração de mediadores e conciliadores, esse merece atenção uma vez que hoje, na maioria dos estados brasileiros, as funções de conciliadores e mediadores são exercidas por estagiários, motivo pelo qual torna-se imperiosa a necessidade de haver reconhecimento e divulgação da realização desses trabalhos de forma adequada, ressaltando que não pretendemos de forma alguma, desprestigiar a função exercida pelos estagiários, o que se quer alertar é para a necessidade de valorização de profissionais que possam se qualificar e se especializar no assunto, pois os Tribunais Estaduais mantêm cada estagiário contratado pelo período máximo de dois anos e, passado esse tempo, ainda que aquela pessoa queira se especializar na função e continuar a

²⁶⁶ BRASIL, **Assembléia Legislativa**. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/noticias/presidente-recebe-representantes-do-tj-paulista-com-a-aprovacao-do-pl-10052013-conciliadores-e-mediadores-passam-a-ser-remunerados/>> Acesso em 13/04/2015.

²⁶⁷ NOTÍCIA. **Câmara aprova projeto que regulamenta mediação judicial e extrajudicial**. 07/04/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/485297-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-MEDIACAO-JUDICIAL-E-EXTRAJUDICIAL.html>> Acesso em: 14/04/2014.

²⁶⁸ **Idem**.

exercendo como ofício, somente poderá fazê-lo de forma voluntária, sem qualquer remuneração.

Precisamos concordar que essa situação torna o exercício da função inviável para muitas pessoas, mas a aprovação da remuneração, ainda que de início ocorra somente no Estado de São Paulo, nos leva a crer que as previsões da Resolução n. 125 têm conseguido surtir efeitos cada vez mais próximos do desejado, com o passar dos anos.

A justificativa apresentada pelo então presidente daquele tribunal, Ivan Ricardo Garisio Sartori, aponta que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem-se preocupado com a implantação de políticas públicas que possam contribuir para um acesso ao judiciário menos moroso e custoso, ponderando para tanto a importância relevante da mediação e da conciliação.

Ivan alega ainda que os números processuais do ano de 2012 referentes às sessões de conciliação que foram realizadas graciosamente por voluntários, traduzem o encurtamento do tempo de espera pelo jurisdicionado, bem como a eliminação de recursos sinalizando mediante dados estatísticos, que se todas as ações fossem como regra submetidas à conciliação, o número de feitos pendentes cairia pela metade.

Isso em se tratando da área processual, pois o presidente do TJSP aponta ainda que em sede pré-processual despontam avanços ainda maiores com a desburocratização de conflitos, que permitiu no ano de 2012 uma taxa de acordos realizados com sucesso de 70,19%.

De fato, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vinte milhões de ação em andamento, e custando cada feito o valor de R\$ 1.200,000 por ano, demonstra-se a absoluta necessidade de investimentos em novas formas, mais eficazes e econômicas de eliminação dos conflitos. A oferta de nova via de eliminação de conflitos permitirá que o Judiciário cuide, pelos instrumentos tradicionais, somente de volume residual de litígios, cujo tratamento consensual prévio foi infrutífero.²⁶⁹

Para Ivan Ricardo, a remuneração dos mediadores e conciliadores é devida e justa, pois o trabalho é desempenhado por profissionais capacitados e treinados por entidades reconhecidas pelo CNJ, além de ser uma atividade que dissemina a cultura e a manutenção da paz social e, por consequência, diminui valores despendidos pela justiça com demandas judiciais.

²⁶⁹ Projeto de Lei 1005 de 2013, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1187661>> Acesso em: 13/04/2015.

O presidente do TJSP conclui sua justificativa para a apresentação do referido projeto de lei no sentido de que a remuneração será um atrativo para a fidelização de conciliadores e mediadores que poderão se dedicar ainda mais à atividade.

A remuneração, ademais, permite que os profissionais para esta atividade se dediquem a ela com mais intensidade, porquanto hoje o fazem em caráter gracioso, até com desembolso pessoal para a cobertura de suas despesas. Além disso, com a valorização da atividade também na área privada, vê-se a debandada de conciliadores e mediadores mais experientes para outros setores, a colocar em risco a atividade já firmada por falta de disponibilidade de mão de obra qualificada na área pública.²⁷⁰

Nesse sentido, o atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Lanini, manifestou sua satisfação com a aprovação do projeto de Lei e, em visita ao presidente da Assembléia Legislativa, Fernando Capez, disse que a conciliação é fundamental para a democracia, pois através da participação dos indivíduos, mostra-se uma verdadeira aula de cidadania, ressaltando ao final que, com referida aprovação, o estado de São Paulo passa a ser o primeiro a definir remuneração para conciliadores e mediadores.²⁷¹

4.4 AS NOVIDADES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

No dia 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.105, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC), vigente a partir de 17 de março de 2016.

Nesse sentido, é importante destacar que o referido diploma traz novidades no que diz respeito aos institutos da mediação e da conciliação tornando-se necessário desta forma, que façamos breves apontamentos no que tange aos institutos, objeto desta pesquisa.

Inicialmente, o novo código,²⁷² quando trata das normas processuais gerais determina, no artigo 3º, mantendo os mesmos moldes da CF, que não se excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação jurisdicional, cabendo ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e, por fim, devendo todos os profissionais do direito

²⁷⁰ Projeto de Lei 1005 de 2013, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1187661>> Acesso em: 13/04/2015.

²⁷¹ BRASIL, **Assembléia Legislativa**. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/noticias/presidente-recebe-representantes-do-tj-paulista-com-a-aprovacao-do-pl-10052013-conciliadores-e-mediadores-passam-a-ser-remunerados/>> Acesso em: 13/04/2015.

²⁷² BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18/04/2015.

estimular não apenas conciliação e mediação, como também outros métodos de solução consensual, inclusive durante o curso do processo judicial.

As anotações de Cássio Scarpinella Bueno sobre a referida previsão também são, no sentido de que o *caput* do art. 3º nos remete ao art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito. Trata-se, para referido auto, do princípio do acesso à Justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, na perspectiva que ora interessa, sendo relevante apontar que os meios alternativos de resolução de conflitos são plenamente compatíveis com o referido princípio e devem ser, como felizmente são, incentivados não apenas pelas leis processuais civis, bem como pelo novo CPC.²⁷³

Ainda tratando das normas processuais, o artigo 4º por sua vez, faz referência à duração razoável do processo, ao determinar que as partes têm direito a obter a solução integral do mérito, inclusive da atividade satisfativa em prazo razoável.²⁷⁴

Cássio Scarpinella aponta que também não há correspondência desse artigo com o CPC de 1973, para ele esta previsão se refere ao princípio da economia e eficiência processuais, incluídos na CF pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004, ressaltando nesse sentido que a menção que se faz à atividade satisfativa evidencia que a atividade jurisdicional não se esgota com a mera declaração ou reconhecimento de direitos, mas sim a sua efetiva concretização.²⁷⁵

O novo CPC além de estimular o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos e a duração razoável da prestação jurisdicional, propõe a inclusão do princípio da cooperação entre partes, determinando que todos os sujeitos do processo, incluindo aqui autor, réu, magistrado, ministério público, eventuais terceiros intervenientes e os próprios auxiliares da justiça, devem cooperar entre si para que a decisão de mérito seja justa, efetiva e em tempo razoável.²⁷⁶

O art. 6º do novo CPC trata do princípio da cooperação, querendo estabelecer um modelo de processo cooperativo - nitidamente inspirado no modelo constitucional - vocacionado à prestação jurisdicional, com ampla participação de todos os sujeitos processuais, do início ao fim da atividade jurisdicional. [...] Assim é que, dentre outras providências, a cooperação entre todos os sujeitos do processo deve significar a colaboração na identificação das questões de fato e de direito de abster-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.²⁷⁷

²⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

²⁷⁴ BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18/04/2015.

²⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Op. Cit.**, p. 49-50.

²⁷⁶ **Idem Ibidem**, p. 45.

²⁷⁷ **Idem**.

Na Seção V do novo código encontramos previsões referentes aos conciliadores e mediadores judiciais, constantes nos artigos 165 a 175 que preveem a criação de centros judiciários de resolução de conflitos, bem como o desenvolvimento de programas destinados a estimular, auxiliar e orientar a autocomposição, estabelecendo aqui a primeira diferenciação legal na atuação entre mediadores e conciliadores judiciais.

Segundo o novo diploma processual, art. 165, os conciliadores deverão atuar em casos nos quais não há vínculo anterior entre as partes, podendo inclusive sugerir, sem constrangimentos de qualquer tipo, soluções para o litígio. Já os mediadores seriam responsáveis pelos casos nos quais há vínculo anterior entre as partes, devendo auxiliá-las a compreender questões e interesses em conflito para que possam restabelecer a comunicação e identificar, elas mesmas, soluções consensuais que tragam benefícios mútuos.²⁷⁸

Em seguida, no art. 166 encontramos menção do novo diploma aos princípios que regem a mediação e a conciliação, não havendo novidades relevantes aqui em relação aos já estabelecidos pela Resolução n. 125/CNJ, sendo a previsão mais importante deste artigo a constante do §4º que estabelece que os institutos da mediação e conciliação serão regidos conforme a livre autonomia das partes interessadas, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.²⁷⁹

Quando o CPC faz referência à possibilidade de definição das regras procedimentais pelas próprias partes, nos vemos dando início ao abandono do aqui criticado excesso de formalidade jurisdicional, abandono este necessário para o bom funcionamento do princípio da cooperação, bem como para a obtenção de êxito nos procedimentos consensuais de resolução de conflitos.

Em seguida, nos arts. 167 a 173 do novo CPC nos deparamos com as previsões sobre cadastro, escolha, impedimentos, exclusão e remuneração dos mediadores e conciliadores judiciais²⁸⁰, não havendo aqui nenhuma previsão relevante para o tema de pesquisa ora proposto, a não ser a possibilidade de realização de concurso público de provas e títulos para formação de quadro próprio de conciliadores e mediadores de cada tribunal, que apesar de relevante do ponto de vista do reconhecimento da profissão, a previsão não traz maiores detalhes, deixando-os a critério de cada tribunal, desde que sigam as disposições gerais do código.

²⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Op. Cit.**, p. 151.

²⁷⁹BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18/04/2015.

²⁸⁰ **Idem.**

O artigo 174 merece destaque uma vez que reproduz os benefícios da mediação e da conciliação no âmbito da Administração Pública, devendo referida situação ser implementada através de lei própria de cada ente federado, seja em âmbito municipal, estadual ou federal.²⁸¹

A citada previsão abre a possibilidade de que os métodos consensuais sejam utilizados tanto entre a Administração Pública e sujeitos particulares, quanto entre a Administração e a própria coletividade, desde que esta última esteja devidamente representada por órgãos competentes, uma evolução que merece aplausos na nossa proposta de pesquisa.

Por fim, o artigo 175 prevê a possibilidade da utilização de outros meios extrajudiciais de resolução de conflitos na busca pela solução mais adequada possível de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.²⁸²

A referida norma segue na mesma direção das determinações constitucionais que buscam a efetividade da prestação jurisdicional aproximando-a tanto quanto possível da satisfação dos usuários.

Outra novidade que merece ser sublinhada no novo CPC se refere ao inciso VII do artigo 319, o qual menciona que desde a petição inicial o autor pode optar pela realização de audiência de conciliação ou mediação, audiência essa que só ocorrerá se ambas as partes se interessarem.²⁸³

Dito isso, chegamos à última previsão do novo diploma processual que nos interessa neste momento disciplinada pelo art. 334 e que trata da audiência de conciliação ou mediação.

O *caput* do artigo determina que, preenchendo os requisitos essenciais da petição inicial, se essa não for improcedente, deverá o juiz designar audiência de mediação ou conciliação com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado com no mínimo 20 dias de antecedência, ressaltando que o autor será intimado na pessoa de seu advogado, posto que ambas as partes podem manifestar expressamente seu desinteresse na composição consensual, o que acarretará, como consequência a não realização da audiência.²⁸⁴

O parágrafo segundo deste diploma determina ainda que poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, desde que não exceda o limite de tempo de dois meses entre a data de realização da primeira sessão entre as partes.

²⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Op. Cit.**, p. 155.

²⁸² **Idem.**

²⁸³ **Idem Ibidem**, p. 238.

²⁸⁴ **Idem Ibidem**, p. 250.

Ressalte-se que a audiência apenas não será realizada, ressalvados eventuais casos em que não se admite a autocomposição, na hipótese de que todas as partes manifestarem expressamente o seu desinteresse nesse tipo de resolução, ainda que haja litisconsórcio, caso no qual, todos os litisconsortes terão que proceder a essa manifestação expressa.

O novo código traz novidades interessantes tais como a possibilidade de realizar as audiências de mediação e conciliação por meio eletrônico, mas ainda mais importante para a nossa proposta de estudo, é a previsão do parágrafo 8º do art. 334 que estabelece uma importância tão grande desses métodos, que determina que o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência será considerado ato atentatório à dignidade da justiça sancionado com multa revertida em favor da União ou do Estado.²⁸⁵

Por fim, há a previsão de que as partes estejam sempre acompanhadas de seus advogados e de que a autocomposição seja reduzida a termo e homologada por sentença. Mas existem duas outras previsões que merecem nossa atenção, sendo a primeira sobre a possibilidade de que a parte constitua representante com poderes para negociar e transigir em seu lugar e a segunda, que as pautas de audiência respeitem um intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte.²⁸⁶

Quanto a essas duas últimas previsões, ressaltamos que a possibilidade de realização de audiência com pessoas autorizadas a transigir em nome da parte interessada deve ser vista com atenção, pois não podemos perder tempo e gastar recursos em audiências em que prepostos comparecem com uma proposta fixa de acordo, sem amplos poderes para negociar, o que limita a possibilidade de resolução do conflito e prejudica a comunicação na busca pela solução do conflito.

Por fim, é necessário constar que vinte minutos é muito pouco tempo para a realização de qualquer audiência na qual deva prevalecer o diálogo, mas em sendo esse o tempo mínimo, esperamos poder acreditar que haverá disponibilidade de tempo suficiente para que os profissionais possam exercer sua função de forma coerente, sem transformar o instituto em mera fase processual formal.

Eventuais críticas ainda irão surgir, pois como dito, as novidades são muito recentes, mas em alguns pontos já podemos concordar com Watanabe quando diz por exemplo, que se para todas as causas ajuizadas forem estabelecidas as mesmas necessidades de tentativa de mediação sem a indicação de que as partes queiram de fato adotar uma

²⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Op. Cit.**, p. 251.

²⁸⁶ **Idem.**

possível solução amigável, há grande risco de cairmos da tentativa obrigatória, para mais um formalismo desnecessário.²⁸⁷

Para Kazuo,

Temos uma sociedade extremamente individualista. Se compararmos uma sociedade ocidental com uma oriental, esta - apontam os estudiosos - tem muito mais espírito coletivo do que aquela. [...] Numa sociedade como a nossa, para lançarmos uma semente tão generosa como a da mediação, precisaríamos preparar muito bem o terreno e as nossas academias para que os futuros profissionais do Direito entrem no mundo prático com uma mentalidade mais compromissada com a sua atuação social. [...] senão todos esses projetos de mediação acabarão virando formalismo [...] e acabaremos, então, matando as galinhas dos ovos de ouro.²⁸⁸

²⁸⁷ WATANABE, Kazuo. **Modalidades de Mediação.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf> Acesso em: 13/04/2015.

²⁸⁸ **Idem.**

5 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DA CIDADANIA

Em um breve relato histórico, desde as Ordenações Filipinas, em 1603, havia a manifestação de busca por soluções consensuais quando da existência de conflitos de interesses, como podemos perceber pela previsão do Livro III, T. 20, § 1º: “e no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que, antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, devem-se concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa é sempre duvidoso [...]”.²⁸⁹

Após a Independência, a primeira notícia de previsão legal referente ao instituto da conciliação existiu na Constituição do Império, de 1824, a qual previa em seu art. 161 que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”.

Naquela época, devido à intensa disputa política entre liberais e conservadores, o referido instituto acabou se perdendo no tempo, tendo sido totalmente eliminado das leis brasileiras após a Proclamação da República, voltando à tona apenas em 1984, através da lei dos juizados especiais de pequenas causas que a elegeu como instituto fundamental para sua efetividade.²⁹⁰

Na previsão constitucional de 1824, conforme citado art. 161, nenhum processo poderia ter início antes que se tentasse a “reconciliação” entre as partes²⁹¹, situação que nos permite constatar a preocupação do legislador imperial em trazer à tona o dever do cidadão de tentar uma composição para todos os seus litígios antes que viesse a instaurar um processo, evitando, tanto quanto fosse possível, a intervenção estatal.

A Constituição do Império determinava ainda que a tentativa de reconciliação fosse feita por um cidadão eleito pela comunidade, chamado Juiz de Paz, o que nos leva a crer que houve a preocupação em deixar a resolução dos conflitos dentro do campo de atuação da própria comunidade, deixando implícito o elemento da confiança que é um dos mais importantes para a criação do campo de segurança entre mediador/conciliador e os sujeitos do conflito.²⁹²

Nesse sentido, a Constituição de 1824 foi impecável, estabelecendo inclusive a tentativa de reconciliação como condição, sem a qual não se poderia dar início a um processo,

²⁸⁹ WATANABE, Kazuo, 2014. **Op. Cit.**, p. 36.

²⁹⁰ **Idem.**

²⁹¹ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 86.

²⁹² **Idem Ibidem**, p. 88.

sendo necessário ressaltar que as experiências práticas, tais como a do Tribunal de Justiça de São Paulo, comprovam que a etapa pré-processual se mostra enquanto fase mais adequada para o sucesso de um acordo.²⁹³

Saliente-se outro ponto relevante, no que tange ao termo utilizado, “reconciliação”, do qual podemos depreender que pretendeu o legislador esclarecer que todo conflito surge de uma situação pretérita que, antes de se ver bloqueada por qualquer motivo, era uma situação estável, consensual e equilibrada, por isso, a (re) conciliação poderia levá-la outra vez a fluir nos termos que a originara, da forma como fora avençada no princípio, o que “quer significar, indubiosamente, o reencontro da situação pacífica anteriormente ao conflito existente”²⁹⁴.

A referida previsão acabou se perdendo no tempo, não mais fazendo parte da atual Constituição Federal de 1988 - um verdadeiro retrocesso²⁹⁵ -, pois já deveria ter sido superada a ideia de que o Estado deva se preocupar apenas em amenizar custos e legalizar direitos, criando cada vez mais normas nesse sentido, tudo em torno de garantir o direito à lide, à ação, a um advogado e a um juiz.²⁹⁶

Segundo Ada Pellegrini Grinover, ainda que por muitos anos o processo jurisdicional tenha sido considerado uma insuperável conquista da civilização, hoje busca-se evitá-lo ou encurtá-lo por meio de outras vias que não seguem a técnica adversarial. Para ela, na sociedade pós-industrial conhecemos o impulso da chamada cultura da conciliação como forma de participação na administração da justiça e conscientização política.²⁹⁷

Os métodos de resolução de conflitos que não adotam metodologia adversarial são, em geral, pautados na negociação que, podemos dizer, é inerente ao ser humano que, por sua própria natureza negocia o tempo todo, até mesmo sem perceber que o está fazendo, pois esse é um meio básico de conseguir o que se quer de outrem, sempre que há interesses comuns e opostos entre duas ou mais pessoas.²⁹⁸

As pessoas são diferentes e usam da negociação para lidar com essas diferenças, motivo pelo qual o conflito é uma indústria em crescimento e, cada vez mais, as pessoas

²⁹³ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 88-98.

²⁹⁴ **Idem Ibidem**, p. 88.

²⁹⁵ **Idem Ibidem**, p. 95.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano Lagrasta Neto (coord.). **Op. Cit.**, p. 01.

²⁹⁷ **Idem Ibidem**, p. 01-02.

²⁹⁸ FISCHER, Roger; URY William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de RIBEIRO, Vera; BORGES, Ana Luiza. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 15.

querem participar das decisões que lhes afetam, aceitando cada vez menos decisões ditadas por outrem.²⁹⁹

Uma boa negociação deve ser guiada por três critérios. Primeiro deve ser capaz de produzir um acordo sensato, ou seja, deve conseguir, na medida do possível, atender aos interesses legítimos de cada um dos envolvidos tornando-se duradouro; Segundo deve buscar que referido acordo seja eficiente; e Terceiro, que seja capaz de aprimorar, ou pelo menos não prejudicar o relacionamento dos envolvidos.³⁰⁰

Neste sentido, Fischer aponta que

Deixar de lidar com os outros de maneira sensível, como seres humanos propensos a reações humanas, pode ser desastroso para a negociação. O que quer que você esteja fazendo em qualquer ponto da negociação, desde a preparação até o acompanhamento, vale a pena indagar-se: “Será que estou prestando atenção suficiente ao problema das pessoas?”³⁰¹

A principal vantagem dos meios pacificadores reside no fato de que seus resultados são construtivos, ou seja, conforme explica Morton Deutsch, os referidos métodos conseguem resolver a pendência fortalecendo a relação social anterior à disputa, de forma a propiciar sua continuidade, não sendo o mesmo a ocorrer nos métodos adversariais, a partir dos quais há o enfraquecimento, senão o rompimento das relações preexistentes ao conflito, já que as partes assumem posições altamente competitivas.³⁰²

Os métodos de resolução adequada de conflitos, embora remontem a tempos antigos, são hoje o reflexo de uma nova formatação prático-teórica devidamente adaptada à realidade atual, em que restou constatado que as formas tradicionais de resolução de conflitos não satisfazem mais os usuários do sistema, dada a numerosidade e complexidade das relações humanas existentes nos tempos atuais.³⁰³

Há que se notar que essa tendência liberal mantém estreita relação com a retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesse dos particulares, situando-se no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode administrar e transformar ou resolver seus próprios conflitos.³⁰⁴

Quando as partes conflitantes recorrem à prestação jurisdicional do Estado no modelo atual, estão terceirizando a solução do seu conflito através de um advogado que, se

²⁹⁹ FISCHER, Roger; URY William; PATTON, Bruce. **Op. Cit.**, p. 15.

³⁰⁰ **Idem Ibidem**, p. 22.

³⁰¹ **Idem Ibidem**, p. 37.

³⁰² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 104.

³⁰³ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Op. Cit.**, p. 08-09.

³⁰⁴ **Idem Ibidem**, p. 09.

utilizando do seu poder de persuasão deverá convencer o juiz - terceiro dotado de poderes coercitivos - para que esse, de acordo com a legislação em vigor dê o seu parecer que é vinculativo entre as partes, porém do qual cabe recurso.

Ocorre que, esse trâmite dura em geral muitos anos, quiçá décadas para que se tenha uma posição, de forma que, nos vemos aqui diante de um grande paradigma contemporâneo: devem os cidadãos levar ao judiciário todos os conflitos no intuito de descobrir quem tem razão e/ou ao lado de quem a lei está?³⁰⁵

A própria Resolução 125, Seção II, traz no corpo do seu texto o reconhecimento de que os métodos de mediação e conciliação estão diretamente relacionados com a concreção da cidadania, ao tratar do dever dos tribunais de criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, locais nos quais deverão ocorrer as sessões de mediação e conciliação pré-processuais.³⁰⁶

Os meios autocompositivos, abertos à produção da normatividade, possibilitam a construção de relações concretas e autolegislação ao permitirem a adequação das leis a inúmeras e fragmentadas realidades sociais, proporcionando assim local apropriado para a construção da cidadania, através do diálogo e do estímulo de um agir comunicativo.³⁰⁷

Para a solução de controvérsias podemos adotar tanto os modelos adversariais, quanto os modelos não adversariais, sendo que, a referida definição vai depender da postura das partes envolvidas frente ao conflito³⁰⁸, motivo pelo qual, a matéria está diretamente relacionada com a promoção da cidadania.

Os modelos eminentemente adversariais são aqueles nos quais as partes optam pelo enfrentamento, por obter uma decisão imperativa que parte de um terceiro, colocando-se em posição de competição uma em relação à outra.³⁰⁹

Já nos casos em que prevalece a cooperação, ao invés da competição, as partes atuam em conjunto na busca por uma solução baseada no diálogo que possibilite a análise de várias questões envolvidas no conflito, aumentando assim, as chances de uma solução satisfatória para ambos os envolvidos. Neste caso, estamos falando dos métodos não adversariais de resolução de conflitos.³¹⁰

³⁰⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Op. Cit.**, p. 12.

³⁰⁶ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Capacitação de conciliadores e mediadores. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 08.

³⁰⁷ FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

³⁰⁸ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 49.

³⁰⁹ **Idem.**

³¹⁰ **Idem.**

Os métodos não adversariais que serão objeto deste estudo são mediação e conciliação, ressaltando que não devem ser vistos como meios substitutivos da adjudicação ou da jurisdição, devendo ser considerados enquanto instrumentos complementares de viabilização de políticas públicas sociais e judiciárias.³¹¹

Os institutos da mediação e da conciliação têm sido diferenciados pela doutrina há pouco tempo no Brasil. Antes, desde a fase colonial, ambos eram denominados por conciliação apenas.³¹²

Valendo ressaltar que, ainda hoje, nos Estados Unidos, onde referidas técnicas são amplamente utilizadas, também não se vê na literatura, diferenciação entre os institutos, havendo referência exclusivamente à “*mediation*”³¹³ que, lá, abrange tanto o que se chama de mediação, quanto de conciliação aqui no Brasil.³¹⁴

No mesmo sentido, na própria resolução 125/2010 do CNJ não foi feita qualquer distinção entre o significado de mediação e conciliação, mas para Bruno Takahashi, a distinção é necessária, pois fornece um critério balizador para guiar os intérpretes diante dos casos concretos, de forma que

[...] dependendo da circunstância, uma postura mais ativa e incisiva do terceiro no tocante às soluções possíveis de um conflito pontual será aceitável e preferível que a manutenção indefinida de uma relação que não tinha qualquer outra razão para perdurar no tempo. Neste caso, costuma-se recomendar a conciliação.³¹⁵

De qualquer modo, seja na conciliação ou na mediação, conforme art. 1º, inciso VII da Resolução 125/2010 do CNJ, mediador e conciliador devem “estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”³¹⁶.

Paulo Eduardo Alves da Silva define ambas as técnicas enquanto espécies do gênero dos métodos hetero- compositivos de resolução de conflitos por meio do consenso, sendo que ambas baseiam-se na negociação e têm como objetivo a busca pelo acordo.³¹⁷

³¹¹ ZAPPAROLLI, Célia Regina. Nota da Coordenadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 06.

³¹² WATANABE, Kazuo. **Revista do Advogado**, 2014. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 35.

³¹³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Op. Cit.**, p. 41.

³¹⁴ TAKAHASHI, Bruno. **Op. Cit.**, p. 66.

³¹⁵ **Idem Ibidem**, p. 65.

³¹⁶ BRASIL, **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília/DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 09/01/2015.

³¹⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. **Op. Cit.**, p. 42.

Para o referido autor, em uma aproximação comparativa inicial, sobressaem como características comuns o terceiro facilitador e os resultados almejados pelos institutos.³¹⁸

Dessa forma, podemos perceber que as diferenças são mínimas, talvez até meramente formais, ao passo que, as semelhanças são muitas, começando pela característica da informalidade e da flexibilidade, uma vez que em ambas as técnicas não há que se estipulem prazos legais, nem mesmo limitações materiais, posto que, são as próprias partes envolvidas que devem definir, não apenas o momento em que ocorrerá a composição, mas também quais serão os seus contornos, sendo que aqui também não há que se falar em decisão “*ultrapetita*”, restando portanto, flexibilizada a questão dos pedidos da ação que poderão, a critério das partes, serem modificados a qualquer tempo.³¹⁹

Outra semelhança a ser apontada se deve ao fato de que tanto na mediação quanto na conciliação, a comunicação é condição imprescindível, já que sua intenção primordial é restabelecer o diálogo, que deve ser instigado através de fala e escuta, em ambos os casos por um terceiro neutro e imparcial no intuito de encontrar soluções adequadas para cada caso apresentado.³²⁰

Por fim, ambas as formas têm a vantagem de contribuir na busca por uma sociedade mais justa e igualitária, tendo como fim último a paz social³²¹, no intuito de garantir o acesso a uma justiça participativa a ser construída em conjunto para cada caso, permitindo uma releitura do conflito sem que as partes tenham que se apegar à forma ou a uma verdade pré definida por lei, substituindo o julgamento do juiz pela criação do direito de acordo com o caso concreto, a partir do diálogo pautado pela autonomia da vontade, garantindo assim a emancipação do sujeito de forma pacífica e criativa.

Apesar das referidas semelhanças, mediação e conciliação não devem ser aplicadas indiscriminadamente em qualquer situação, deve haver uma triagem para que seja definida sua pertinência para cada caso concreto.³²²

Se a adjudicação do conflito visa pôr fim a ele, a partir de imposições fulcradas na lei com toda a sua rigidez e formalismos, os meios pacificadores, como a mediação e a conciliação buscam pôr fim ao conflito de forma satisfatória, ou seja, utilizando-se da participação das próprias partes para encerrar o problema de fato.³²³

³¹⁸ SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. **Op. Cit.**, p. 43.

³¹⁹ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 104.

³²⁰ **Idem Ibidem**, p. 104-105.

³²¹ **Idem Ibidem**, p. 105.

³²² ZAPPAROLLI, Célia Regina. Nota da Coordenadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 07.

³²³ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 103.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o intuito de ressaltar as vantagens de um diálogo cooperativo à luz dos métodos não adversariais de resolução de conflitos, visando a auxiliar de alguma forma, o início de uma nova cultura social, baseada na paz.

Ressalte-se que não se pretende substituir o sistema judicial tradicional, nem mesmo descongestioná-lo quando defendemos os métodos não adversariais de resolução de conflitos. Pretende-se propiciar um novo caminho, uma outra opção para que as pessoas busquem a resolução de seus conflitos, podendo as referidas soluções serem específicas, especializadas de acordo com a necessidade de cada demanda, primando por meios menos formais e baseados na negociação.³²⁴

Como dito, os institutos da mediação e da conciliação não se distinguem completamente, mas sua diferenciação, ainda que mínima, é importante para que possamos compreender e combinar as peculiaridades de cada técnica conforme as necessidades do caso concreto.³²⁵

Nesse aspecto, devemos entender que os referidos institutos guardam nítidas distinções no que se refere aos seus propósitos e alcance social a partir do momento em que a conciliação mantém seu foco no fim do conflito presente e a mediação privilegia a desconstrução desse conflito. Sendo assim, embora ambas busquem auxiliar as partes a chegarem a um consenso, é a mediação que vai ser capaz de restaurar a convivência pacífica entre as pessoas, o que não se garante com a construção pura de acordos que podem, até mesmo, dependendo das circunstâncias, acirrar o conflito em questão.³²⁶

5.1 CIDADANIA NO BRASIL E A CULTURA DA SENTENÇA

Desde o golpe militar de 1964 a população brasileira viveu um regime autoritário, onde liberdades e direitos foram cerceados até 1985. Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que as pessoas puderam se conscientizar dos seus próprios direitos e liberdades, dando início ao exercício da cidadania.³²⁷

A cidadania não é, e não pode ser vista como um direito político que se resume à garantia do direito ao voto. O acesso à justiça é também uma das formas de exercício da

³²⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **Op. Cit.**, p. 14.

³²⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. **Op. Cit.**, p. 40.

³²⁶ PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Op. Cit.**, p. 57.

³²⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 13.

cidadania que, para ser efetiva, deve estar diretamente relacionada a inúmeros outros direitos civis e sociais que se mostram de suma importância para o tema que aqui se propõe.³²⁸

José Murilo de Carvalho ao tratar da evolução da cidadania, desdobra seu significado em três partes, formadas respectivamente pelos direitos civis, políticos e sociais. Para o autor, cidadão é todo aquele que possui necessariamente estes três direitos e não apenas alguns deles.³²⁹

Os direitos políticos para existirem dependiam necessariamente da existência dos direitos civis, sendo que a recíproca não é verdadeira, pois os direitos civis poderiam existir por si só, garantindo apenas a vida em sociedade.³³⁰

Os direitos civis seriam então aqueles baseados na existência de uma justiça eficiente, acessível, barata e independente, capaz de garantir relações civilizadas dentro da sociedade civil, pautadas na liberdade e na igualdade. Já os direitos políticos se referem à participação do cidadão no governo e, estes sim, fazem referência ao direito de votar e ser votado, conferindo legitimidade à organização política da sociedade pautada em uma ideia de autogoverno.³³¹

Por fim, quanto aos direitos sociais, Carvalho explica que eles dependem da eficiência da máquina administrativa, pois devem ser capazes de possibilitar o equilíbrio das desigualdades, baseando-se na ideia de justiça social que garante acesso à educação, justiça, saúde e trabalho para todos, concluindo no sentido de que “se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva”³³².

Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, inclusive na Inglaterra, por uma razão ou outra a educação popular foi introduzida. Foi ela que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política.³³³

Após o fim da ditadura militar em 1985, o Brasil ganhou impulso para a construção de sua democracia, tendo sido promulgada a Constituição Federal de 1988, a qual restou apelidada inclusive de “Constituição Cidadã.”³³⁴

³²⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Op. Cit.**, p. 14.

³²⁹ **Idem Ibidem**, p. 14-15.

³³⁰ **Idem Ibidem**, p. 15.

³³¹ **Idem Ibidem**, p. 16.

³³² **Idem.**

³³³ **Idem Ibidem**, p. 17.

³³⁴ **Idem Ibidem**, p. 13.

Naquela época, talvez se pensasse que o fato de poder eleger os representantes políticos fosse suficiente para garantir liberdade, participação e segurança, no entanto, sabe-se que o simples exercício do sufrágio universal não é o bastante para tanto, pois, como dito, a cidadania para ser plena, precisa se desdobrar necessariamente na garantia efetiva dos direitos civis, políticos e sociais.³³⁵

José Murilo de Carvalho explica a relação da ordem cronológica desses acontecimentos com o desenvolvimento da cidadania brasileira tomando como exemplo o mesmo fato na Inglaterra da seguinte forma: na Inglaterra a cidadania se desenvolveu baseada na educação popular, o que possibilitou que o povo adquirisse conhecimento suficiente para lutar por seus direitos, tendo tido início na garantia dos direitos civis, dos quais decorreram os direitos políticos e, por fim, os sociais, havendo na opinião do referido autor, sequência lógica nessa ordem, na medida em que os direitos civis deram base para as liberdades civis, a partir das quais os ingleses reivindicaram seu direito de votar, possibilitando assim a eleição do partido trabalhista, que foi o responsável pela introdução dos direitos sociais.³³⁶

Já no Brasil, explica Carvalho, a administração colonial portuguesa não se preocupou com a educação primária, talvez por não ser interessante difundir essa verdadeira arma cívica, aqui - meio século após a independência -, apenas 16% da população era alfabetizada³³⁷, o que contribuiu para que os cidadãos não fossem capazes de reivindicar seus direitos da forma como aconteceu na Inglaterra.

O fator mais negativo, no que tange ao desenvolvimento da cidadania no Brasil, ficou marcado pelos muitos anos de escravidão que se seguiram devido à nossa própria história de colonização que teve como principal finalidade lucrativa a produção de açúcar, produção esta que exigia muita mão de obra, tendo sido fator agravante da escravização, e dos grandes capitais, situação responsável, conseqüentemente, pela desigualdade.³³⁸

Toda pessoa com algum recurso possuía um ou mais escravos. O Estado, os funcionários públicos, as ordens religiosas, os padres, todos eram proprietários de escravos. Era tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos.³³⁹

Que os senhores achassem normal a escravidão, podemos tentar entender, mas que os próprios libertos o fizessem é um caso a se pensar, “tudo indica que os valores da

³³⁵ CARVALHO, José Murilo de. **Op. Cit.**, p. 13.

³³⁶ **Idem Ibidem**, p. 15-19.

³³⁷ **Idem Ibidem**, p. 28-29.

³³⁸ **Idem Ibidem**, p. 24-25.

³³⁹ **Idem Ibidem**, p. 26.

liberdade individual, base dos direitos civis, tão caros à modernidade europeia e aos fundadores da América do Norte, não tinham grande peso no Brasil.”³⁴⁰

Aquele, definitivamente não era um ambiente favorável ao desenvolvimento de futuros cidadãos, pois os senhores, ainda que fossem livres e que pudessem votar e ser votados nas eleições municipais, não eram cidadãos³⁴¹, “faltava-lhes, o próprio sentido da cidadania, a noção de igualdade de todos perante a lei”³⁴².

E no Brasil, chegamos ao fim do período colonial com a maioria da população excluída de seus direitos civis e políticos, sem qualquer sentido de nacionalidade.³⁴³

Nem mesmo no momento da independência houve significativa participação popular, nossa independência foi praticamente uma negociação. Carvalho explica que a principal característica política da independência brasileira foi a negociação entre elite nacional, coroa portuguesa e Inglaterra e, o papel do povo se não foi de mero espectador, também não foi decisivo. Por isso, se a independência não se fez à revelia do povo, também não foi fruto de luta popular por liberdade e, assim, a independência manteve a escravidão e trouxe em si grandes limitações aos direitos civis,³⁴⁴ não tendo havido experiência política prévia que preparasse o cidadão para exercer suas obrigações cívicas.³⁴⁵

O novo país herdou a escravidão, que negava a condição humana do escravo, herdou a grande propriedade rural, fechada à ação da lei, e herdou um Estado comprometido com o poder privado. Esses três empecilhos ao exercício da cidadania civil revelaram-se persistentes. A escravidão só foi abolida em 1888, a grande propriedade ainda exerce seu poder em algumas áreas do país e a desprivatização do poder público é tema da agenda atual de reformas.³⁴⁶

A falha no desenvolvimento da cidadania era tão profunda que, os próprios negros libertos achavam normal e necessária a escravidão, o que nos leva a crer que, no Brasil, os valores da liberdade individual - base dos direitos civis - não tiveram grande peso e, nessas circunstâncias, o melhor que se poderia obter era o paternalismo do governo e dos senhores que, apesar de poder diminuir sofrimentos, não era capaz de construir uma cidadania ativa.³⁴⁷

Naquela época, baseado nas grandes propriedades, surgiu o coronelismo, caracterizado por senhores donos de terras que se uniam com outros senhores e

³⁴⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Op. Cit.**, p. 54.

³⁴¹ **Idem Ibidem**, p. 26-27

³⁴² **Idem Ibidem**, p. 27.

³⁴³ **Idem Ibidem**, p. 31.

³⁴⁴ **Idem Ibidem**, p. 33-35.

³⁴⁵ **Idem Ibidem**, p. 48.

³⁴⁶ **Idem Ibidem**, p. 50-51.

³⁴⁷ **Idem Ibidem**, p. 54-57.

transformavam suas fazendas em pequenos estados dentro do Estado, sustentando essa política através de alianças com comerciantes urbanos, não permitindo assim qualquer interferência do governo - que quando interferia, fazia-o dentro dos ditames do acordo coronelista, a partir do qual o coronel dava seu apoio político ao governador em troca da indicação de autoridades, tais como os delegados de polícia, juízes e professoras -.³⁴⁸

Referida situação não apenas impedia a participação política, mas antes negava direitos civis, pois a justiça privada ou controlada por agentes privados é, antes, a negação da justiça³⁴⁹ e, nessa situação, ainda que a alguns cidadãos fosse permitido votar, eles não possuíam as condições necessárias para o exercício desse direito.³⁵⁰

É evidente que, uma população assim não poderia da noite para o dia acostumar-se com mecanismos formais de participação utilizados nos sistemas de representação³⁵¹ e, até 1930, não havia um sentimento nacional consolidado, muito pelo contrário, era uma cidadania em negativo, em que a maioria do povo tinha uma relação antagônica com o governo; o povo não tinha lugar no sistema político.³⁵²

Roberto da Matta, para estudar a sociedade brasileira, cria uma categoria sociológica que denomina “a casa e a rua”, segundo a qual pretendemos entender o público e privado dentro do que deve ser cidadania.³⁵³

Nesse sentido o autor explica que em casa somos todos supercidadãos e na rua subcidadãos, por isso, em casa podemos fazer coisas que seriam condenadas se feitas na rua, como por exemplo, exigir atenção para nossa presença e opinião. Por outro lado, na rua a desordem é problema do Estado, por isso ao mesmo tempo em que limpamos ritualmente a casa, sujamos a rua sem qualquer cerimônia.³⁵⁴

É minha tese, então que foram poucos os que viram a possibilidade de juntar a família com a classe social, a religiosidade popular com a economia capitalista, a lealdade aos amigos com a lealdade ideológica.³⁵⁵

O autor, quando trata sobre a cidadania no Brasil, explica que aqui, a sociedade é formada por famílias patriarcais na sua raiz, famílias feudais e escravocratas em que as

³⁴⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Op. Cit.**, p. 59-61.

³⁴⁹ **Idem Ibidem**, p. 62.

³⁵⁰ **Idem Ibidem**, p. 61-62.

³⁵¹ **Idem Ibidem**, p. 72.

³⁵² **Idem Ibidem**, p. 88.

³⁵³ DA MATTA, Roberto. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 21.

³⁵⁴ **Idem**.

³⁵⁵ **Idem Ibidem**, p. 23.

peças lutam entre si por um poder político vazio de instituições e valores numa espécie de universo social hobbesiano,³⁵⁶ que, historicamente, deram forma à sociedade brasileira.

[...] O que o caso brasileiro inegavelmente revela é que a noção de cidadania sofre uma espécie de desvio, seja para baixo, seja para cima, que a impede de assumir integralmente seu significado político, universalista e nivelador [...] um exame dos processos históricos e culturais que deram forma à sociedade brasileira revelam um estado colonial que não operava a partir de agentes privados, mas de instituições e leis que ele mesmo criava como seus instrumentos de progresso, mudança e controle.³⁵⁷

Da Matta afirma que antes de começar a estudar as relações entre indivíduos no Brasil, não havia percebido o quão complexo poderia ser o significado do termo “cidadão”. O autor explica que aqui, a sociedade é totalmente hierarquizada e se baseia em relações de grupos, parentes e amigos, de tal forma que quando uma pessoa precisa romper com alguma regra à qual deveria se submeter, pretendendo contrariar a lei geral para que seja julgada e percebida da forma como lhe convém, tem por hábito adotar o questionamento “sabe com quem está falando?”³⁵⁸

Pertence à consciência social do brasileiro distinguir seu papel social por meio da regra geral quando pretende inferiorizar alguém, por isso, a palavra cidadão no nosso país assume caráter negativo, criando uma sociedade diferente, na qual as relações se sobrepõem às solidariedades naturais e pessoas que obedecem leis - que agem com senso de coletividade, portanto - são relegadas ao anonimato, como se o fizessem apenas por falta de recursos, por mera inferioridade.³⁵⁹

Que tais redes sejam universais, eu não tenho a menor dúvida. O fato de serem institucionalizadas - isto é, que tais redes sejam instrumentos conscientes e positivamente valorizados de navegação ou estratégia social - é um fenômeno de sociedades onde convivem éticas diferenciadas.³⁶⁰

Por tudo isso, a cidadania no Brasil, ao contrário do que acontece normalmente, assume um caráter violento de individualismo do ponto de vista político, onde clamar por direitos universais passa a ser muito perigoso, pois, para tanto, há a necessidade de se abrir

³⁵⁶ DA MATTA, Roberto. **Op. Cit.**, p. 21.

³⁵⁷ **Idem Ibidem**, p. 68-69.

³⁵⁸ **Idem Ibidem**, p. 70-72.

³⁵⁹ **Idem Ibidem**, p. 72-74.

³⁶⁰ **Idem Ibidem**, p. 74.

mão de determinadas identidades relacionais, o que pode vir a ser prejudicial nos moldes do Brasil.³⁶¹

Tudo isso nos faz entender porque todos os brasileiros sempre navegam socialmente, realizando um cálculo personalizado de sua atuação. Assim, antes de ir a qualquer agência pública, a norma e a ‘sabedoria’ indicam sempre que se deve primeiro descobrir as nossas relações naquela área. Uma vez que isso é estabelecido, a atuação da agência muda radicalmente de figura.³⁶²

Dessa forma, aqueles que assumem o caminho da universalidade e da impessoalidade, muitas vezes não têm acesso à mesma eficiência que aqueles que “têm prestígio” e assim, os indivíduos vão se localizando, cada qual nas suas próprias redes de relações pessoais, dentro das quais possuem contatos, podendo ainda, um indivíduo colocar suas redes à disposição do outro e alcançarem assim a eficiência que eles - pessoalmente - esperam da máquina estatal.³⁶³

No fundo, vivemos em uma sociedade onde existe uma espécie de combate entre o mundo público das leis universais e do mercado; e o universo privado da família, dos compadres, parentes e amigos. É uma sociedade que tem formas diferenciadas de definição de seus membros, de acordo com o conjunto de relações que eles possam clamar ou demonstrar em situações específicas.³⁶⁴

5.2 OS CAMINHOS PARA A CIDADANIA

A educação para a cidadania foi muito discutida pela ciência política americana desde os anos cinquenta e nunca esteve fora dos debates o consenso de que a única forma de se tornar cidadão é através do *activae civitatis*, ou, cidadania ativa, segundo a qual seríamos cidadãos a partir do exercício da prática democrática, enquanto sujeitos ativos face ao governo representativo.³⁶⁵

Norberto Bobbio explica que um dos remédios para combater a tirania do Estado é a promoção da participação dos cidadãos de todas as classes e, não seria coerente reconhecer a renúncia desses ao uso do próprio direito enquanto fruto da educação para a cidadania³⁶⁶,

³⁶¹ DA MATTA, Roberto. **Op. Cit.**, p. 75.

³⁶² **Idem.**

³⁶³ **Idem Ibidem**, p. 76.

³⁶⁴ **Idem Ibidem**, p. 77.

³⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 31.

³⁶⁶ **Idem Ibidem**, p. 32.

A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos [...] como uma pirâmide, na sociedade democrática o poder vai da base ao vértice e numa sociedade burocrática, ao contrário, vai do vértice à base.³⁶⁷

O processo de emancipação da sociedade civil no Estado Democrático fez com que suas demandas ao governo se tornassem inesgotáveis, exigindo deste, que desenvolvesse sua função sempre em busca de respostas adequadas, mas a quantidade e rapidez dessas demandas é tão grande que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, é capaz de responder adequadamente, pois geram sobrecarga, fazendo com que o Estado tenha que fazer opções. E uma opção exclui a outra, sendo assim, quando não satisfatórias, geram descontentamento.³⁶⁸

Para Boaventura, o exercício do princípio da cidadania tem sido reduzido exclusivamente ao exercício do voto. O autor explica, segundo Rousseau, que a participação efetiva dos cidadãos, sem delegações, é que constrói a vontade geral, devendo assentar o contrato social em uma política de “cidadão-cidadão” para servir de base para uma política participativa.³⁶⁹

5.3 OS OBSTÁCULOS QUE PRECISAM SER SUPERADOS

São bastante conhecidas as dificuldades arrostadas pelo Judiciário brasileiro: o aumento do número e da complexidade dos conflitos, a morosidade da prestação jurisdicional, as custas judiciais excessivas. Outros obstáculos que não podem ser esquecidos são: o sistema processual, a mentalidade dos juízes, que muitas vezes não estão abertos às necessidades sociais, além do excesso de formalismo.³⁷⁰

O primeiro obstáculo a ser enfrentado no Brasil quando o assunto se refere aos meios adequados de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos operadores do direito que dá ênfase a todos os conflitos apenas no âmbito do processo judicial, mediante solução contenciosa e adjudicada, constituindo o poder de império do juiz enquanto representante do Estado.³⁷¹

³⁶⁷ BOBBIO, Norberto. 1986. **Op. Cit.**, p. 34.

³⁶⁸ **Idem Ibidem**, p. 36.

³⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. 2003. **Op. Cit.**, p. 237-239.

³⁷⁰ RIBAS, Cláudio. Etapas da Conciliação. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 109.

³⁷¹ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 06.

Há no atual sistema processual claras tentativas de prestigiar os meios adequados de resolução de conflitos. A conciliação está prevista, por exemplo, nos artigos 125, IV, 331, 447 a 479 e 599 do CPC, além da lei dos juizados especiais, em que a conciliação é praticada mais intensamente, mas deixa a desejar por falta de investimento em capacitação e treinamento de conciliadores e mediadores.³⁷²

Ocorre que, em praticamente todas as faculdades de direito, em nível de graduação, não encontramos disciplinas voltadas às soluções consensuais de conflitos e, talvez, em razão dessa formação, as previsões do art. 331 do CPC, por exemplo, não tenham sido bem compreendidas por grande parte dos operadores do direito, fazendo prevalecer entre nós a cultura da sentença que, em razão das políticas nacionais do CNJ, como por exemplo, o Movimento pela Conciliação, deverá ser, aos poucos, substituída pela cultura da pacificação.³⁷³

Em razão desta mentalidade, o art. 331 do Código de Processo Civil, que determina a designação de audiência preliminar para a tentativa de conciliação e para um contato pessoal entre as partes e seus advogados, e destes com o juiz e em caso de insucesso na tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo juiz, após ouvir as partes, dos pontos controvertidos da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados. Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é o de indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador processual.³⁷⁴

Dessa forma, como dito anteriormente, nasce a chamada cultura da sentença que se fortalece na prática forense, principalmente devido à sobrecarga de serviços dos magistrados que preferem proferir sentença, pois “sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter por via de consequência a solução dos conflitos”.³⁷⁵

E não é só o juiz,

A parte e o advogado, ao ingressarem com a ação, não buscam uma solução conciliada do caso, mas sim uma sentença. E a sentença, apesar de ser uma solução para o caso, não leva necessariamente à pacificação das partes. Muitas pessoas já

³⁷² WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 06-07.

³⁷³ **Idem.**

³⁷⁴ **Idem.**

³⁷⁵ **Idem Ibidem**, p. 07.

chegam à audiência com o firme propósito de não realizar acordo, mesmo antes de ouvir a parte contrária e a eventual proposta.³⁷⁶

Há ainda que se considerar sobre a formação acadêmica que, a falta de conhecimento dos profissionais do direito sobre o tema faz com que se sintam desconfortáveis ao atuarem na área, além de possibilitar a impressão equivocada de que os métodos consensuais possam lhes fazer perder dinheiro, pois não haveria mais ações se arrastando por anos através de recursos ou execuções.³⁷⁷

Desta forma, Mariana Gouveia defende que a primeira ação a ser realizada deve ser a de introduzir o tema nas escolas de direito, bem como no ensino ao longo da vida de todas as pessoas, ainda que não pretendam ser profissionais do ramo jurídico, visando assim a resolver o empecilho do medo do desconhecido.³⁷⁸

Nos Estados Unidos da América esse problema foi resolvido dessa forma e hoje, a importância da mediação é reconhecida e apoiada pelos advogados que inclusive adotaram um slogan ilustrativo: “*Happy clients pay their bills.*”³⁷⁹

Em qualquer situação, novas ideias costumam sofrer resistência, Cassio Filgueiras explica que, muitas dessas ideias acabam se perdendo no tempo, mas outras, no entanto, possuem um poder tão transformador que resistem contra tudo e contra todos, sendo que esse parece ser o caso da mediação de conflitos que, em se tratando de resolução de conflitos, tem resistido ao tempo e se tornado cada vez mais indispensável.³⁸⁰

Em 2010, com a Resolução 125 do CNJ, os métodos consensuais de resolução de conflitos ganharam força ao receberem o *status* de Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Interesses, a referida situação “abriu espaço para uma mudança no pensamento jurídico, fomentando uma postura colaborativa no tratamento de conflitos, em vez da tradicional postura adversarial”.³⁸¹

O direito, por sua própria natureza, preza pela forma, muitas vezes até, em detrimento do próprio conflito como já dito, por isso, as verdades descobertas no âmbito do direito nem sempre correspondem à realidade das pretensões dos sujeitos jurisdicionados, ou seja, quando um conflito social é apresentado ao direito, mas não encontra posituação legal

³⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ROAMANO, Michel Betenjane. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (coord.). **Op. Cit.**, p. 18.

³⁷⁷ GOUVEIA, Mariana França. **Op. Cit.**, p. 54.

³⁷⁸ **Idem.**

³⁷⁹ **Idem Ibidem**, p. 54-55.

³⁸⁰ FILGUEIRAS, Cassio. A resistência pacífica dos métodos de solução de conflito. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. Agosto de 2014, p. 70.

³⁸¹ **Idem Ibidem**, p. 71.

por qualquer motivo - considerando o quão dinâmicas são as relações sociais - isso gera insatisfação, insegurança e frustração, acirrando cada vez mais os conflitos que, devido à atual forma processual, não permitem a coexistência de interesses, havendo sempre entre as partes uma competição pela melhor verdade, a ser buscada mediante argumentação jurídica de seus procuradores e, posteriormente ditada pelo juiz.³⁸²

Devemos considerar ainda que além das formalidades legais exigidas, como já dito, muitas vezes em detrimento do próprio conflito, a decisão do juiz contém ciência, mas sem se desvincular da sua consciência, o que o mantém ainda mais distante da realidade das partes envolvidas, tomando decisões que nem sempre são as mais adequadas, ainda que a cultura ocidental insista em delegar a função de decidir.³⁸³

Lenio Streck fala sobre isso em seu artigo intitulado “O ‘decido conforme a consciência’ dá segurança a alguém?”, no qual comenta: “Outro dia vi uma pesquisa dando conta de que os juízes de Israel liberam mais acusados (réus presos) logo depois do café da manhã e são mais rigorosos antes do almoço”.³⁸⁴ O que nos leva a crer na existência de fatores completamente aleatórios que, sem perceber, acabam por influenciar no momento de julgar.

Enfim, um mix de posturas que acabam na defesa de posturas discricionaristas, que, ao fim ao cabo, são o produto da prevalência do sujeito indomado da modernidade. [...] E isso não dá segurança para ninguém. Apenas a sensação de que temos de torcer para que o juiz que decide nossa causa seja um “homem de bem”. E quem acredita na bondade dos bons? [...] Afinal — o que é isto — a consciência de cada um?³⁸⁵

Tudo isso gera uma insegurança jurídica, que pode ser combatida com a resolução adequada de conflitos em que a solução, será escolhida livremente pelas partes e, assim, além de ser mais segura e satisfatória no quesito tempo, já que, o tempo de negociação se amolda aos objetivos dos sujeitos nesse sentido, será também efetiva, pois um acordo celebrado mutuamente tem chances muito maiores de ser cumprido de forma espontânea pelos envolvidos que, dentro dos seus anseios e expectativas se responsabilizaram para tanto, situação que, no mínimo, nos “economiza” processos de execução de sentença.

³⁸² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 90

³⁸³ VEZZULLA, Juan Carlos. **Op. Cit.**, p. 57.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém?** O Consultor Jurídico, 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>> Acesso em: 08/01/2015.

³⁸⁵ **Idem.**

Ainda de acordo com Maria Lúcia Pizzotti, que “quanto mais o processo tramita, maior fica a latência do conflito e, por via de consequência, de seus nefastos efeitos”³⁸⁶, sendo a agilidade alcançada por intermédio da mediação e da conciliação, uma das maiores vantagens apontadas pela autora, já que, neste caso as proporções do conflito diminuem tanto quanto sua latência e seus efeitos.

A mudança cultural que aqui se defende está baseada na busca por uma sociedade mais justa e pacífica, onde o indivíduo se responsabiliza pelas decisões inerentes aos seus conflitos e consegue assim maior autonomia e representação dentro de uma sociedade democrática de direito.

O importante é o efeito emancipador que esse posicionamento produz nos participantes, por se sentirem capazes de analisar e resolver os próprios conflitos e de conduzir a própria vida de maneira responsável, cooperativa e solidária.³⁸⁷

A busca por essa mudança cultural, numa tentativa de reduzir a litigiosidade, pode ser percebida pela leitura de determinados dispositivos legais, os quais mencionam a necessidade de ao menos se tentar a conciliação como, por exemplo, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VI o dever do advogado de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.³⁸⁸

Nesse sentido, não podemos nos deixar levar pela cultura ocidental do litígio, mas buscar uma forma de conscientizar os cidadãos da necessidade de se ter segurança e informação suficientes que lhes permitam decidir bem, incentivando nesse sentido que os próprios advogados, quando presentes, respeitem referida autonomia, assumindo a visão cooperativa de que necessitamos e deixando de lado a dinâmica do enfrentamento de interesses e direitos,³⁸⁹ permitindo “resgatar os elementos fundamentais e diferenciadores da mediação originária daquela ocidentalizada”³⁹⁰.

O papel dos advogados é justamente o de contribuir para o desenvolvimento da confiança no procedimento, informando e esclarecendo seus clientes, permitindo que eles

³⁸⁶ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 93.

³⁸⁷ VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 60.

³⁸⁸ BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoOab/codigodeetica.pdf>> Acesso em: 08 de janeiro de 2015.

³⁸⁹ VEZZULLA, Juan Carlos. **Op. Cit.**, p. 58-60.

³⁹⁰ **Idem Ibidem**, p. 59.

decidam bem e que sua decisão os satisfaçam mutuamente, devendo, para tanto, trabalhar em conjunto com o advogado da outra parte e não contra ele³⁹¹,

[...] o advogado deve trabalhar na quebra do paradigma da dependência, usando seu saber, sua experiência e consciência, a fim de colaborar para a emancipação dos participantes. Assim, longe de um utópico ganha-ganha, obteremos o desejado satisfeito-satisfeito, contribuindo para uma sociedade mais participativa, comprometida e responsável pela paz social e a obtenção duma melhor qualidade de vida.³⁹²

Para Kazuo Watanabe,

A mediação, desde que bem organizada e praticada com qualidade, é um poderoso instrumento de estruturação melhor da sociedade civil. [...] Sem que se alcance a mudança de mentalidade será muito difícil o florescimento da mediação em nosso país.³⁹³

Ocorre que, hoje criou-se a ideia de que para cada descontentamento deva surgir uma nova demanda judicial e, essa situação gerou uma industrialização dos processos, com números que se elevam a cada dia, sem no entanto, alcançarem uma solução adequada, pois quando há o julgamento de uma lide, a decisão é quase sempre pautada em legislação e jurisprudência, vindo a impor uma solução por força de lei, fazendo com que o sujeito processual se torne mais um número na fila de espera do Judiciário em busca da solução de um problema seu sem, no entanto, se responsabilizar pela verdadeira causa que fez surgir aquela questão, gerando assim inúmeras outras demandas sempre que dali brotarem novas divergências, tais como as advindas da própria natureza processual de acusação, o cumprimento de sentença e assim por diante.³⁹⁴

5.4 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS

Desde meados do século passado, o fenômeno da coletivização dos conflitos vem tomando forma, à medida que se tem reconhecido que o processo civil clássico é inapto para instrumentar inúmeras controvérsias próprias de uma sociedade conflitiva de massa.³⁹⁵

³⁹¹ VEZZULLA, Juan Carlos. **Op. Cit.**, p. 60.

³⁹² **Idem Ibidem**, p. 61.

³⁹³ WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado. Op. Cit.**, p. 38.

³⁹⁴ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 87.

³⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 379.

Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5º, XXI; LXX, b; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; [...] Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializados, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo.³⁹⁶

As doutrinas nacionais e estrangeiras têm ressaltado a importância de se manter um espaço democrático e inclusivo na busca pela solução de problemas coletivos acentuando a importância da participação popular em uma democracia participativa para que sejam agentes de mudança e não apenas meros beneficiários.³⁹⁷

A sentença condenatória tradicional não demonstra o mesmo empenho para resolver embates multifacetados, para os quais se revela mais propício a solução consensual, na qual as partes expõem seu posicionamento e discutem pontos que consideram importantes para, ao final, estabelecer de forma cooperativa um consenso.

Uma evidência na baixa efetividade da solução adjudicada, estatal, em comparação com a que deriva de outras instâncias heterocompositivas, pode ser observada na intervenção judicial em megaconflitos, justamente pela multiplicidade dos aspectos envolvidos, como se constata, por exemplo, quando da paralisação de transporte público numa megalópole: de ordinário, o impasse acaba resolvido após rodadas de negociação com representantes dos grupos e dos interesses envolvidos, justamente pela percepção de que tal contexto é largo demais para ser equacionado nos estreitos lindes da intervenção judicial via sentença de mérito, vocacionada para dirimir crises propriamente jurídicas, e já não tanto aquelas deflagradas por conflitos policêntricos, com intercorrência de elementos outros: políticos, sociais, econômicos. Nessas relações multiplexas a judicialização não se em revelou exitosa por mais de um fator: dificuldade, para o órgão julgador, de captar a controvérsia em toda sua extensão e com todas suas particularidades; tempo excessivamente longo para a instrução probatória; necessidade de aguardar a formação de coisa julgada; leniência no cumprimento de mandados judiciais; recorrentes convocações da polícia judiciária para manutenção da ordem; retorno dos manifestantes aos piquetes, locais invadidos e outros topos de resistência; conflitos periféricos deixados em aberto, como danos morais, prejuízos ao patrimônio público e privado, etc.³⁹⁸

A participação no processo de tomada de decisões é tão importante quanto a possibilidade de eleger nossos representantes, motivo pelo qual, a participação deve deixar de ser apenas um método de constituição de governo e assumir seu lugar de prática social.³⁹⁹

³⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 379-380.

³⁹⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos Coletivos a Aplicação dos Meios Consensuais à Solução de Controvérsias que Envolvem Políticas Públicas de Concretização de Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 27.

³⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 261.

³⁹⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Op. Cit.**, p. 28.

Se as pessoas puderem se relacionar de forma cooperativa em diferentes esferas de poder permitindo a reutilização da atuação negociada entre Estado e sociedade, encontraremos um sentido nítido consistente em minimizar o papel da força imperativa do Poder Público e maximizar o papel do consenso, garantindo a participação de entidades representantes dos titulares de direitos, tais como o Ministério Público.⁴⁰⁰

[...] se a formulação ou a implementação da política pública já gerou conflito judicial, cabível, portanto, da mesma forma, a participação social, que fornecerá inclusive transparência, argumentos e informações necessárias para a solução do conflito levado a juízo. Ademais, torna-se democrático o processo, pois todos os interessados terão a oportunidade de, através de instituições organizadas, verem seus argumentos discutidos no processo coletivo.⁴⁰¹

Luciane Moessa defende ainda nesse sentido a necessidade de considerarmos dois valores importantes na busca pelo aprimoramento do sistema de resolução de conflitos. O primeiro seria a aplicação isonômica e previsível das regras jurídicas do ordenamento e, o segundo, seria a garantia da busca pela eficiência, fazendo com que as demandas além de serem tratadas de forma adequada, concretizem-se com o menor custo e no menor tempo possível.⁴⁰²

Desta forma,

Para garantir a implementação do valor isonomia, destaca-se a possibilidade, ainda subutilizada, de coletivização de demandas repetitivas. Para instrumentalizar a busca por melhores resultados, com maior eficiência, assoma a utilização dos meios consensuais.⁴⁰³

A referida autora propõe ainda que uma eventual legislação a ser criada a respeito da mediação e conciliação em ações coletivas deve incluir propostas tais como a de convidar a participar do procedimento de mediação ou conciliação todas as entidades sem fins lucrativos que atuam na área objeto do conflito, podendo definir representantes para se fazerem presentes em todas as sessões; e não limitar o procedimento de mediação ou de conciliação ao pedido e à causa de pedir, mas sim à relação de direito material subjacente, devendo garantir ainda, embora haja previsão de designação de representantes para expressar e articular os interesses de cada um dos entes públicos e grupos sociais afetados, que os demais

⁴⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 13/04/2015, p. 10-18.

⁴⁰¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Op. Cit.**, p. 38.

⁴⁰² **Idem.**

⁴⁰³ **Idem.**

interessados possam assistir às sessões, devendo ser reservado espaço ao final, para que se manifestem oralmente sobre a temática daquela sessão, bem como para que se manifestem por escrito sobre a temática de qualquer das outras sessões.⁴⁰⁴

Além desses apontamentos, Luciane manifesta-se ainda no sentido de que o acordo final obtido nessas condições deve conter no mínimo as obrigações, os prazos para cumprimento e os respectivos entes responsáveis pelo seu adimplemento, sempre acompanhadas da devida justificção, bem como das sanções específicas para o caso de descumprimento de cada uma das obrigações estipuladas. Sempre que cabível, de acordo com a ação sobre a qual estiver tratando, o acordo deverá conter previsões de metas para a devida implementação das políticas públicas questionadas, sistema de avaliação e eficiência das medidas a serem implementadas pela Administração, obrigação de criação de novas fontes de receitas orçamentárias ou alocação de receitas já existentes e possibilidade de alteração de normas de natureza meramente instrumental, se necessário for. E, por fim, para que haja possibilidade de homologação pelo juízo competente do acordo elaborado, defende a referida autora que deve haver comprovação de viabilidade de cumprimento do acordado, bem como comprovação de que o processo propiciou a participação efetiva de todos os interessados e de que foram levantados dados relevantes durante referido processo, além de terem sido realizados estudos técnicos nesse sentido.⁴⁰⁵

[...] pela disposição constitucional, seu espírito e intenção, é possível afirmar que novos meios de resolução de conflitos foram legitimados pelo princípio fundamental da celeridade processual, bastando, tão-somente, ao legislador dar-lhes vida e instrumentos eficazes à resolução dos conflitos sociais, dentre os quais a mediação e a arbitragem exercem papel de destaque.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. **Op. Cit.**, p. 169-170.

⁴⁰⁵ **Idem Ibidem**, p. 171.

⁴⁰⁶ ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça em um prazo Razoável**. Florianópolis: Tese de Doutorado, 2006. Disponível em: < <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0796.pdf> > Acesso em 13/04/2015, p. 298.

6 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DA CIDADANIA: RUMO A UMA PRÁTICA DIALÓGICA

Guilherme Assis de Almeida nos coloca que a democracia pode ser um meio de se alcançar a paz a partir da capacidade dos cidadãos em administrar seus problemas cooperativamente, aprendendo assim a respeitar as diferenças e o direito dos outros, de forma que o trabalho de cooperação exista com o objetivo de transformar indivíduos em pessoas, sendo este um constante desafio do mediador.⁴⁰⁷

Dessa forma, se estamos em busca de uma sociedade mais justa, pacífica e solidária, precisamos lapidar a mentalidade cultural da população deixando de lado a interpretação do acesso à justiça, o que para ser de fato garantido, necessita do direito de ação judicial, da qual parece que o Estado deve se preocupar apenas em amenizar custos e legalizar direitos, passando a adotar uma interpretação mais moderna em que se entende que uma solução negociada, nascida do diálogo e do entendimento entre as partes, além de possibilitar uma solução mais célere, barata e exequível para elas, propicia acima de tudo uma solução mais democrática, com uma postura ativa diante do Estado Paternalista com o qual estamos habituados a lidar mas que, na realidade prejudica nossos direitos enquanto cidadãos de participação e decisão.⁴⁰⁸

Fato é que se o acesso à justiça não for interpretado de forma coerente com a realidade judiciária atual, torna-se impossível alcançar a pacificação social que a jurisdição contemporânea almeja.⁴⁰⁹

Urge, pois, dessacralizar o acesso à justiça, despojando-o da aura que tem erigido numa sorte de cláusula pétrea, contexto ainda agravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, diante dos investimentos que seriam necessários para acompanhar o vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso convite à demanda para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário.⁴¹⁰

Neste sentido, Renato Nalini ressalta:

⁴⁰⁷ ALMEIDA, Guilherme Assis de. Mediação e o reconhecimento da pessoa. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 23.

⁴⁰⁸ WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado**, 2014. **Op. Cit.**, p. 37-38.

⁴⁰⁹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 246.

⁴¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 62.

Edificar uma cultura de pacificação não atende exclusivamente à política de reduzir a invencível carga de ações cometidas ao Judiciário. O aspecto mais importante é o treino da cidadania a ter maturidade para encarar seus problemas com autonomia, situação muito diversa da heteronomia da decisão judicial.⁴¹¹

A professora Dra. Flávia Zanferdini explica que devemos analisar o fato de que está havendo uma leitura distorcida daquilo que se entende por acesso ao poder judiciário, pois cada vez mais, as pessoas não procuram sequer uma solução prévia - como por exemplo, pedidos administrativos - antes de socorrerem-se ao Judiciário, ou seja, não sabem nem ao menos se haverá resistência da outra parte e já pleiteiam uma determinação judicial.⁴¹²

Essa leitura irreal e exagerada do que se entende por acesso à justiça implica abarrotar o sistema com causas cuja utilidade é discutível e tornar o sistema congestionado e ineficaz para solucionar aqueles casos que efetivamente demandam resposta judicial.⁴¹³

A professora Flávia prossegue em seu raciocínio no sentido de que é pertinente no exercício da democracia participativa, que as partes assumam seu dever primário de resolução dos próprios conflitos, sem delegar essa responsabilidade desnecessariamente ao Estado⁴¹⁴ que, tem, como já dito, a jurisdição enquanto atividade secundária, ou seja, tem o poder de solucionar litígios apenas depois de ter havido tentativa sem sucesso de uma resolução espontânea por parte dos interessados.

Por este motivo devemos incentivar a cultura da pacificação, abandonando aquela já ultrapassada mentalidade demandista, pois

Em um contexto no qual o Conselho Nacional de Justiça se propõe a buscar a mudança de mentalidade dos operadores do direito, para que surja entre nós a cultura da solução pacífica dos conflitos, aceitar que sem haver lide se possa ir a juízo exigir prestação jurisdicional, implica evidente retrocesso.⁴¹⁵

Esta, muito provavelmente, é uma consequência de raízes culturais, de uma sociedade massificada e globalizada na qual cada dia mais as pessoas lidam com novos problemas, com novas formas de relacionamento, com mudanças que ocorrem quase sempre, em um curto espaço de tempo. Tudo isso diante de um Estado de característica paternalista,

⁴¹¹ NALINI, José Renato. Folha de São Paulo, 09 de março de 2014. **Justiça é obra coletiva**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/03/1422463-jose-renato-nalini-justica-e-obra-coletiva.shtml>> Acesso em 12/04/2015.

⁴¹² ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 248-249.

⁴¹³ **Idem Ibidem**, p. 249.

⁴¹⁴ **Idem.**

⁴¹⁵ **Idem.**

fazendo surgir o que se chama hoje de cultura da demanda, a partir da qual, pudemos perceber que o sistema jurídico brasileiro não se mostra compatível com a velocidade dos acontecimentos interpessoais, deixando o judiciário em apuros ao ser ele o único órgão no qual deságuam todos os conflitos⁴¹⁶.

Nesse sentido, visando coibir a banalização do próprio judiciário, defende-se a implantação efetiva da conciliação e da mediação no sistema judiciário brasileiro, sob o argumento de que, quando a responsabilidade por eventuais e possíveis consequências advindas de uma lide fica exclusivamente a cargo de um terceiro que decide e dá o veredicto, esta situação pode - e, na maioria das vezes, vai - desencadear novos conflitos, como por exemplo os processos de execução de sentença, fazendo com que uma ação judicial nos leve a outra e assim por diante, como num ciclo sem fim.⁴¹⁷

Os críticos dessa postura questionam se seria essa uma forma de o Estado outorgar suas atribuições jurisdicionais aos cidadãos, deixando escapar sua autoridade de arbitrar conflitos e equilibrar desigualdades, anotando preocupação em referida situação culminar na privatização de funções essencialmente estatais.⁴¹⁸

Já os entusiastas, por sua vez, defendem o movimento da conciliação como importante arma contra a morosidade e inacessibilidade do processo judicial, além de ser um importante e valioso instrumento de promoção da autonomia comunitária e emancipação social.⁴¹⁹

Foley explica que a lógica da resolução consensual de conflitos obedece a um padrão participativo, horizontal e dialógico, sem dividir as partes em certo e errado e deixando de lado o padrão competitivo, pois o foco desses institutos é muito mais do que a simples resolução do problema: preocupam-se antes com a compreensão recíproca das necessidades dos envolvidos, com a restauração de suas conexões, sejam elas emocionais, institucionais ou sociais, bem como em refletir sobre as circunstâncias que os levaram ao conflito, proporcionando meios para que possam administrá-lo pacificamente, através do empoderamento dos indivíduos, protagonistas do conflito.⁴²⁰

A democracia participativa, bem como a cidadania, harmonizam-se com os métodos adequados de solução de conflitos, motivo pelo qual, na busca pela mudança de

⁴¹⁶ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 239.

⁴¹⁷ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 90-91.

⁴¹⁸ FOLEY, Gláucia Falsarella. Mediação comunitária para a emancipação social. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014, p. 84.

⁴¹⁹ **Idem.**

⁴²⁰ **Idem Ibidem**, p. 85.

mentalidade, os referidos métodos devem ser difundidos, no intuito de combater o descompasso atual entre os instrumentos processuais disponíveis e a solução efetiva dos litígios.⁴²¹

O método tradicional de solução de conflitos, submetê-los através de uma ação ao Judiciário, mostra-se insuficiente para atender à demanda social por justiça. A tentativa de equilíbrio entre a demanda por justiça e a sua oferta via maior e melhor Judiciário, frustra-se à medida que não suprime a natureza belicosa do sistema, por isso, acaba impondo ao cidadão a cultura da guerra e mais processos são distribuídos.⁴²²

Kazuo Watanabe ao tratar da necessária mudança de mentalidade da sociedade como um todo, fala sobre o Pacto de Mediação feito entre as diretorias da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp) e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), como um importante meio de reconhecimento do esforço de determinadas partes da sociedade, nesse caso o empresariado, no sentido de alcançar a mudança de mentalidade, que contribui para a transformação cultural de que o país tanto precisa.⁴²³

Referido pacto destaca:

Métodos consensuais são formas de engajamento da sociedade civil na resolução de seus próprios conflitos e disputas e; representam a quebra do paradigma da dependência do Estado para a pacificação social, proporcionando o exercício da cidadania e exemplo de responsabilidade social; o uso desses métodos deve nortear a conduta de todo cidadão desde a mais tenra idade, motivo pelo qual deve ser ensinada e praticada nas escolas e universidades.⁴²⁴

Dessa forma, a sensação de acesso à justiça que existe no momento em que o sujeito consegue distribuir uma ação, pode desaparecer facilmente quando a referida ação começa a se arrastar no tempo - não apenas pelo acúmulo de ações judiciais, mas também pelos inúmeros recursos usados de forma meramente protelatória, ou ainda, quando há uma decisão por meio de sentença - fazendo prevalecer a sensação de injustiça responsável pela crise de credibilidade que atinge o Judiciário hoje.⁴²⁵

Neste sentido, Foley faz referência ainda ao desconhecimento dos cidadãos em relação aos seus direitos e aos instrumentos disponíveis para sua efetivação, fato que constitui

⁴²¹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 247.

⁴²² CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da Solução dos Conflitos: Uma Contribuição da Sociedade Civil para a Reforma do Judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2008, nota de resumo.

⁴²³ WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado**, 2014. **Op. Cit.**, p. 37-39.

⁴²⁴ **Idem.** p. 38-39.

⁴²⁵ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Op. Cit.**, p. 89-91.

um dos obstáculos para a democratização da justiça, bem como o excesso de formalismo que encontramos na linguagem forense e da complexidade do sistema processual, que dificultam o acesso ao sistema judicial, motivo pelo qual, a resolução consensual de conflitos se revela um importante instrumento de emancipação social, principalmente quando associada ao exercício da educação para os direitos.⁴²⁶

Esse processo ostenta, ainda, uma dimensão política, eis que direcionado para o desenvolvimento de uma consciência crítica da realidade. Ao refletir sobre o seu papel na história, o cidadão é desafiado a pensar caminhos para a transformação social.⁴²⁷

Por isso, devemos repensar o conceito de acesso à justiça, analisando se o referido acesso pode ocorrer por outros meios dentro dos quais a prioridade seria encontrar soluções efetivas para os litígios, em busca do verdadeiro acesso à justiça, primando por prazos razoáveis e decisões bilaterais que respeitem dentro do possível, os interesses de cada parte envolvida.⁴²⁸

Nesse trabalho, defendemos que o referido acesso não só pode, como deve ocorrer por outros meios que não o judicial, tais como a conciliação e a mediação, objetivando alcançar maior efetividade jurisdicional, segurança jurídica e, conseqüentemente paz social.

O contexto atual mostra que a sociedade ocidental contemporânea vive uma cultura hiperindividualista, dentro da qual a escolha pela resolução de um conflito fundamentada no diálogo tem sido um desafio cotidiano, pois a compreensão da existência de uma lógica diversa da nossa é uma tarefa com a qual não estamos habituados.⁴²⁹

Faz parte da cultura ocidental converter conflitos em litígios, assumindo uma posição de enfrentamento perante o juiz que, analisando os direitos e razões que se mostrarem mais convincentes decidirá o caso concreto. Isso ocorre desde cedo: começa com uma briga de irmãos em que pai ou mãe são chamados a decidir depois de ouvir as razões de cada um, ou no trabalho e na escola, quando não só pedimos o julgamento, como também começamos a julgar à medida que assumimos posições de poder, seja como pais, chefes ou professores.⁴³⁰

[...] a luta é pela demonstração de quem tem mais poder que o outro. Os dois métodos procuram conseguir (seja pela ordem legal de um juiz ou autoridade

⁴²⁶ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Op. Cit.**, p. 85.

⁴²⁷ **Idem.**

⁴²⁸ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica**. Faculdade de Direito de Franca, p. 114.

⁴²⁹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Op. Cit.**, p. 22.

⁴³⁰ VEZZULLA, Juan Carlos. **Op. Cit.**, p. 57.

competente, ou pelo exercício do direito de poder) que o outro faça o que não faria se não fosse obrigado.⁴³¹

Neste contexto de dependência em que se encontra o indivíduo, o advogado se torna para ele uma espécie de super herói que veio para salvá-lo do inimigo, com o que não concordamos, pois acreditamos que o advogado deve trabalhar na emancipação do seu cliente, usando o seu saber para tanto e quebrando aquele elo de dependência ao permitir que o cliente decida bem, de forma consciente e assumindo as responsabilidades sem delegá-las.⁴³²

O importante é o efeito emancipador que esse posicionamento produz nos participantes, por se sentirem capazes de analisar e resolver os próprios conflitos e de conduzir a própria vida de maneira responsável, cooperativa e solidária.⁴³³

Takahashi explica que essa chamada cultura da sentença, faz com que as partes esperem até mesmo do conciliador uma postura decisória, motivo pelo qual, ressalta a necessidade de se tomar cuidado com a possibilidade de o conciliador fazer sugestões, devendo ser este o último caminho, pois “pode ser visto como a perpetuação de um traço adversarial (ligado à cultura da sentença) que se pretende evitar”.⁴³⁴

Outro fator que contribui para o descrédito pelo qual passa o Judiciário está relacionado ao fato de que nos últimos anos os cidadãos têm-se conscientizado cada vez mais de seus direitos a partir das chamadas ondas de acesso à justiça que foram protagonizadas primeiramente pela lei de assistência judiciária gratuita, depois pelo reconhecimento dos direitos difusos e coletivos e, somente agora, pelos procedimentos utilizados tanto para processar, quanto para prevenir disputas⁴³⁵.

É nessa terceira onda de acesso à justiça em que nos deparamos com os métodos consensuais de resolução de conflitos, dentre os quais, conciliação e mediação, pois quando da primeira e segunda ondas a preocupação se restringiu em garantir o acesso ao judiciário através da adjudicação por parcelas cada vez maiores da sociedade o que, por consequência, gerou aumento significativo do número de demandas.⁴³⁶

Ocorre que, os tribunais precisam dar conta desse aumento de forma rápida e eficaz, porém tal não tem sido possível efetivamente. Isso nos apresenta a um quadro de jurisdicionados cada vez mais insatisfeitos e que sempre retornam ao Judiciário devido à já

⁴³¹ VEZZULLA, Juan Carlos. **Op. Cit.**, p. 57.

⁴³² **Idem Ibidem**, p. 57-61.

⁴³³ **Idem Ibidem**, p. 60.

⁴³⁴ TAKAHASHI, Bruno. **Op. Cit.**, p. 65.

⁴³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Op. Cit.**, p. 31 e p. 67-72.

⁴³⁶ **Idem Ibidem**, p. 67-68.

citada cultura litigante e paternalista alicerçada pelo próprio Estado, trazendo à tona a necessidade de dar atenção a esta terceira onda de acesso no intuito de dirimir referidas consequências de forma a trazer soluções efetivas e satisfatórias - pois serão alcançadas com a participação ativa dos envolvidos - bem como, por consequência, mas nunca como prioridade, desafogar o judiciário.⁴³⁷

Da forma como ocorre hoje dentro do processo civil, temos que conviver com um “protagonismo judicial”, situação que cria, muitas vezes, um juiz com poderes quase que ilimitados, dentro de uma ordem de valores por ele descoberta, fazendo com que ele venha a adquirir uma capacidade sobre humana de decisões as quais ele repute mais justas de acordo com a sua convicção e preferência, circunstancia na qual acaba por desprezar, eventuais contribuições das partes quando do direito a ser aplicado⁴³⁸.

“Tal característica do protagonismo judicial gera cidadãos infantilizados, pois que o Judiciário se eleva a pai e mãe de uma sociedade órfã”⁴³⁹ que espera alguém para resolver seus conflitos, dizendo, ao final, o que é o certo e o errado.

Para Antoine Garapon, esse protagonismo judicial que impede a existência de uma justiça co-participativa devido à apropriação da realidade dos cidadãos jurisdicionados pelos profissionais jurídicos, únicos capazes de realizar procedimentos judiciais nos moldes atuais de processo civil, bem como a paternalização do Poder Judiciário, colocam em risco a cidadania,⁴⁴⁰

Ao submetemos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que torna o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania.⁴⁴¹

A referida situação distancia o conflito da análise processual, razão pela qual, devem-se estimular os meios autocompositivos, de forma que os cidadãos possam participar mais ativamente da criação do direito na solução dos seus conflitos buscando adequá-los à sua realidade.⁴⁴²

⁴³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2011. p. 191-192 In FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

⁴³⁸ **Idem.**

⁴³⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego as sociedade: o papel as atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos Estudos CEBRAP n.º 58. p. 183-202, nov. 2000. In FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

⁴⁴⁰ FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

⁴⁴¹ GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2001. **Apud** FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

⁴⁴² FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

A professora Dra. Flávia Zanferdini traça ainda um ponto de vista que merece atenção, quando fala sobre o risco de retroalimentarmos as demandas diante de uma facilitação exagerada desse acesso.⁴⁴³

Nesse sentido, para Ada Pellegrini Grinover, “quanto mais fácil for o acesso à justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve”⁴⁴⁴

O referido posicionamento merece atenção, uma vez que, com essa simplificação exagerada do processo judicial, acabou por se estimular um excesso de litigiosidade que culminou com a banalização do acesso à justiça, pois

Quando um recurso à justiça oficial representa algum ônus para o litigante, as soluções conciliatórias e as acomodações voluntárias de interesses opostos acontecem em grande número de situações, a bem da paz social. Se, porém, a parte tem a seu alcance um tribunal de fácil acesso e de custo praticamente nulo, muitas hipóteses de auto composição serão trocadas por litigiosidade em juízo. É preciso, por isso mesmo, assegurar acesso à justiça mas não vulgarizá-los a ponto de incentivar espíritos belicosos à prática do demandismo caprichoso e desnecessário.⁴⁴⁵

A atual crise do Poder Judiciário em muito se deve ao fato de que a referida demora gera uma crise de legitimidade e de confiança, pois o cidadão que, de fato precisa da intervenção judicial, não tem garantia de que tal intervenção ocorrerá em tempo.⁴⁴⁶

Cada sociedade idealiza, nas pessoas de seus cidadãos, modelos e padrões de convivência que, juntos, formam um modelo aceito por aquela sociedade da forma como é percebida pelos seus integrantes.⁴⁴⁷

Esses modelos que compõem o dito paradigma podem ser referentes a aspectos sociais, familiares ou pessoais, mas independentemente disso, eles de alguma forma, aliviam a tensão que todos nós temos com a incerteza do desconhecido que gera insegurança.⁴⁴⁸

Adolfo Braga Neto explica que a sociedade brasileira está acomodada, acostumada ao litígio, pois já se tornou comum acreditar que o pressuposto básico de justiça somente pode ser alcançado a partir de uma decisão proferida por juiz togado.⁴⁴⁹

⁴⁴³ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 241.

⁴⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

⁴⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, 2005. p. 33.

⁴⁴⁶ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**

⁴⁴⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano Lagrasta Neto (coord.). **Op. Cit.**, p. 63.

⁴⁴⁸ **Idem.**

Tudo isso é fruto dos paradigmas de nossa sociedade, onde ela está estruturada e de onde provem seu próprio equilíbrio interno. Nada mais lógico, portanto, que enveredar pelo caminho do preconceito, já que o novo é muito desconhecido e poderá levar a resultados inesperados ou mesmo imprevisíveis.⁴⁵⁰

Justamente por esse motivo, faz-se necessária a mudança de paradigma, pois o paradigma da mediação vai trazer questionamentos importantes acerca do acesso à justiça e não necessariamente ao poder judiciário como têm acreditado os cidadãos.⁴⁵¹

Ao abordar novos paradigmas os indivíduos passarão a ter como parâmetro básico a solução privada de controvérsias, adotando uma visão muito mais voltada para as relações interpessoais do que para critérios meramente formais, tendo como premissa básica o futuro por meio do exercício da controvérsia em si mesma, objetivando solucionar assim a relação onde a controvérsia foi gerada sem nos vermos presos estritamente às previsões legais.⁴⁵²

Assim é que, ao se falar em mediação, busca-se maior pacificação dos conflitos dentro de uma nova realidade baseada na solução privada dos mesmos, abrindo-se a possibilidade do indivíduo exercer sua cidadania plena, por intermédio de sua capacitação, na resolução de suas próprias controvérsias.⁴⁵³

Na medida em que toda a prática desses métodos está voltada para que a própria comunidade decida sobre as possibilidades de transformação de sua realidade, a referida prática está também diretamente compromissada com a democracia participativa, fazendo com que a conexão entre problemas e soluções promova uma espiral positiva de transformação social.⁴⁵⁴

A participação contribui com mais oportunidades para o exercício dos direitos políticos e responsabilidades dos cidadãos, fazendo crescer sua auto-estima após cada conquista, além de desenvolver sua capacidade de refletir, dialogar e decidir sobre seus conflitos, propiciando o exercício de sua autonomia política e de sua cidadania.⁴⁵⁵

Sob este aspecto, se conseguirmos articular o exercício desses direitos com a educação transformadora, conseguiremos alcançar a prática da resolução adequada e não adversarial de conflitos, devolvendo às pessoas sua condição de sujeito e impedindo que se

⁴⁴⁹ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano Lagrasta Neto (coord.). **Op. Cit.**, p. 63.

⁴⁵⁰ **Idem Ibidem**, p. 64.

⁴⁵¹ **Idem.**

⁴⁵² **Idem.**

⁴⁵³ **Idem Ibidem**, p. 65.

⁴⁵⁴ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Op. Cit.**, p. 86.

⁴⁵⁵ **Idem Ibidem**, p. 85-86.

perpetuem relações de dependência em relação a algum “iluminado” com conhecimento científico que acredite saber o que é melhor para a sociedade.⁴⁵⁶

E assim, a atuação de mediadores e conciliadores será capaz de provocar transformações rumo a uma comunidade autônoma e participativa, devolvendo a responsabilidade aos sujeitos, na medida em que, para que se sintam responsáveis, necessário se faz que os cidadãos tenham podido exercer sua própria decisão.⁴⁵⁷

Esse é um exercício para que a ideologia derrotista ceda lugar à habilidade de enfrentar suas dificuldades com responsabilidade, por meio da aplicação de técnicas horizontais de comunicação, proporcionadas pela aplicação das técnicas de mediação e conciliação, que promovam profundas transformações nas relações individuais, sociais e institucionais, mostrando-se instrumentos capazes de converter conflito em oportunidade para o desenvolvimento de confiança e de reconhecimento de identidades, além de senso de pertencimento e cooperação.⁴⁵⁸

E é exatamente esse processo de transformação que promove coesão social, autonomia e emancipação, na medida em que fomenta o exercício da autodeterminação e a ampliação da participação do cidadão nas decisões políticas reconhecendo o protagonismo da comunidade e sua vocação para a construção do futuro com autonomia, cooperação, responsabilidade e solidariedade.⁴⁵⁹

6.1 AUTONOMIA E EMANCIPAÇÃO

O anexo II da Resolução 125/2010 do CNJ traz o código de ética sob o qual devem-se pautar mediadores e conciliadores judiciais quando de sua atuação e, um dos princípios estabelecidos pelo código se refere ao respeito da autonomia da vontade das partes, a fim de que sejam capazes de chegar a uma solução voluntária e não coercitiva, podendo decidir durante todo o processo e, até mesmo, desistir do seu prosseguimento a qualquer tempo, sempre respeitando os diferentes pontos de vista dos envolvidos.⁴⁶⁰

Habermas, ao analisar o futuro da natureza humana trata da possibilidade de apropriação autocrítica da história do indivíduo que sofre manipulação genética, ressaltando que, o referido indivíduo depois de adulto permaneceria necessariamente dependente da

⁴⁵⁶ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Op. Cit.**, p. 87.

⁴⁵⁷ **Idem.**

⁴⁵⁸ **Idem Ibidem**, p. 88.

⁴⁵⁹ **Idem.**

⁴⁶⁰ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Op. Cit.**, p. 17.

decisão tomada por um terceiro e que não pode mais ser reconsiderada, tirando dele a chance de estabelecer a simetria da responsabilidade necessária em princípio para o relacionamento entre pessoas livres e iguais, concluindo que, nesses casos, ao descontente restaria apenas escolher entre o fatalismo e o ressentimento.⁴⁶¹

Analisa ainda, as questões éticas em torno do respeito da vontade de cada pessoa sob o ponto de vista ético a respeito de sua própria sorte a partir da identificação de questões sobre identidade que visam a descobrir quem somos e quem queremos ser, ressaltando que, nesse sentido, não há resposta que seja universal, que não dependa do contexto e que seja igualmente aceita por todos.⁴⁶²

Dessa forma, suas exposições se adéquam ao tema proposto a partir da exigência de reconhecimento do outro dentro de uma sociedade justa que, para ser assim considerada, deve deixar a critério de todas as pessoas a decisão sobre o que elas querem iniciar com o tempo de suas vidas, garantindo a todos a mesma liberdade para desenvolverem sua autocompreensão ética, podendo formar suas concepções pessoais a partir de capacidades e critérios próprios.⁴⁶³

Para Habermas, em um Estado Constitucional Democrático, a maioria não pode prescrever sua própria forma de vida às minorias, sob pena de essas se distanciarem da cultura política comum ao país, sendo o papel da filosofia nesse aspecto, o de elucidar o ponto de vista moral que adotamos para julgar normas e ações no intuito de estabelecer os interesses de cada um igualmente bom para todos.⁴⁶⁴

[...] O indivíduo precisa recobrar a consciência de sua individualidade e de sua liberdade. [...] Ele se recupera da dispersão anônima de uma vida num átimo reduzida a fragmentos e confere à própria vida continuidade e transparência. Na dimensão social, tal pessoa é capaz de assumir a responsabilidade pelos próprios atos e contrair compromissos com seus semelhantes.⁴⁶⁵

Nesse sentido, prossegue seu raciocínio explicando sobre a necessidade de os indivíduos criarem consciência de sua própria existência, realizando horizontes do futuro e do passado simultaneamente, para que possam então, tomar consciência de si mesmos e se tornarem capazes, por consequência, de se apropriarem de seu passado de maneira autocrítica, tendo em vista as possibilidades de ações futuras, tornando-se capazes, por consequência, de

⁴⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes: 2010, p. 20-21.

⁴⁶² **Idem Ibidem**, p. 06.

⁴⁶³ **Idem Ibidem**, p. 05.

⁴⁶⁴ **Idem**.

⁴⁶⁵ **Idem Ibidem**, p. 09-10.

articular a autocompreensão da pessoa que gostariam que os outros conhecessem e reconhecessem neles. De forma que, seria essa a única forma de o indivíduo fazer de si uma pessoa insubstituível e inconfundível.⁴⁶⁶

Nesse sentido, quando deixamos o poder de decisão sobre nossas vidas nas mãos do outro, corremos o sério risco de nos vermos obrigados a aceitar a corrupção dos nossos próprios desejos e a lidar com ela. Lado outro, quem é capaz de reconhecer que a fonte do desespero encontra-se exatamente nos movimentos de fuga, será capaz também de buscar a liberdade de ser ele mesmo, sem precisar manter necessariamente sua dependência em relação ao outro.⁴⁶⁷

Sendo assim, dependerá da autocompreensão desses sujeitos o modo como desejarão utilizar o alcance da nova margem de decisão - de maneira autônoma, segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade, ou de maneira arbitrária, em função de suas preferências subjetivas que serão satisfeitas pelo mercado.⁴⁶⁸

Cabe aqui uma indagação: devemos nos compreender como seres que esperam uns dos outros, com igual respeito, uma responsabilidade solidária sobre nossas próprias decisões?⁴⁶⁹

Mediação e conciliação apostam em uma estrutura dialógica Habermasiana que visa, através da formação discursiva de opinião e vontade dos cidadãos, favorecer a construção de consensos⁴⁷⁰, de forma que “sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos.”⁴⁷¹

Para Habermas, os cidadãos só terão consciência de sua autonomia pública, quando lhes for assegurada autonomia privada, garantindo assim que as pessoas envolvidas em um conflito possam argumentar e contra argumentar em igualdade de condições, com auxílio do terceiro imparcial que não se preocupa com a verdade formal contida nos autos, nem mesmo com a obtenção pura de um acordo, mas sim em ajudar os interessados a redimensionarem seu conflito de forma democrática.⁴⁷²

Neste sentido,

⁴⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. 2010. **Op. Cit.**, p. 10.

⁴⁶⁷ **Idem Ibidem**, p. 12-13.

⁴⁶⁸ **Idem Ibidem**, p. 18.

⁴⁶⁹ **Idem Ibidem**, p. 21.

⁴⁷⁰ FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

⁴⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia Entre facticidade e Validade**. vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴⁷² FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

[...] rompe com os marcos de referência de certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada [...] A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de ‘resolução adversária de disputas jurídicas modernas’, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.⁴⁷³

Culminando assim, na passagem da autoridade e da força do juiz em ditar o direito, para a autonomia e emancipação das partes em criá-lo, levando em consideração a participação do cidadão longe do formalismo e da imposição de uma verdade positivada pré-definida.⁴⁷⁴

6.2 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E A ESTRUTURA DIALÓGICA HABERMASIANA

Habermas anuncia a teoria do agir comunicativo com destaque para o entendimento linguístico enquanto mecanismo de coordenação de ações que não estabelecem relação com a formação científica de conceitos, mas propõem uma série de problemas filosóficos referentes aos propósitos de uma teoria social.⁴⁷⁵

Sua teoria apóia-se na compreensão do significado de uma expressão simbólica à compreensão da expressão de um falante que pretende se fazer entender por um ouvinte. Nesse sentido, entender o que o falante tem em mente implica compreender o significado dessa expressão simbólica e conhecer a intenção do falante ao empregá-la, ou seja, o que ele pretende alcançar com sua ação, pois somente assim poderá ser estabelecida a comunicação entre o falante e o ouvinte.⁴⁷⁶

Dessa forma, quando não se trata de consensos, mas de sentenças prontas para serem interpretadas por sujeitos aptos à fala, a compreensão do significado não pode se separar da validade dos seus enunciados, ou seja, das condições a partir das quais essa sentença é verdadeira.⁴⁷⁷

Sujeitos aptos a falar e agir devem poder se referir a mais que um mundo único ao se entenderem uns com os outros, embasando sua comunicação sobre um sistema de mundos compartilhados. Nesse sentido, Habermas sugere discernir o mundo exterior em um mundo

⁴⁷³ FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

⁴⁷⁴ **Idem.**

⁴⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo 1.** São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 476-477.

⁴⁷⁶ **Idem Ibidem**, p. 478.

⁴⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. 2012, v. 1. **Op. Cit.**, p. 481.

objetivo e outro social, introduzindo o mundo interior de cada um enquanto conceito complementar ao agir comunicativo que assegure uma ligação entre a teoria da ação e conceitos básicos da teoria social.⁴⁷⁸

Por isso, a necessidade de que o agir comunicativo com base na teoria dos atos da fala ancore seus fundamentos conceituais nos aspectos passíveis de racionalização do agir racional teleológico.⁴⁷⁹

[...] de acordo com esse modelo, o ator escolhe os meios que lhe parecem apropriados em uma dada situação e calcula outras consequências da ação, que pode prever como se fossem condições secundárias do êxito almejado. O êxito é definido como ocorrência de um estado desejado no mundo, estado que se pode efetivar de maneira causal, por feito ou omissão direcionados a um fim. Os efeitos da ação que ocorrem compõem-se de: resultados da ação (na medida em que se realiza o propósito almejado), consequências da ação (que o ator não previu).⁴⁸⁰

A ação é chamada de instrumental quando considerada sob a observância de regras técnicas avaliadas de acordo com o grau de efetividade de uma intervenção entre estados e acontecimentos. Será estratégica a ação que, por sua vez, ainda sob o aspecto da observância de regras, tiver seu grau de efetividade avaliado sobre a influência que exerce nas decisões de um oponente racional.⁴⁸¹

Já a ação comunicativa, na qual os atores envolvidos são coordenados por meio de atos de entendimento e não por meio de cálculos egocêntricos sobre o êxito que se quer obter para si mesmo, os participantes perseguem seus fins individuais sob a condição de que sejam capazes de conciliar seus diversos planos de ação baseados em definições comuns da situação vivida.⁴⁸²

Dessa forma, ou as ações sociais podem contar com participantes que assumem uma atitude orientada pelo êxito, ou pelo entendimento sendo que nesse caso - do entendimento -, a negociação faz-se componente essencial das exigências interpretativas necessárias ao agir comunicativo.⁴⁸³

Para explicar o que tenho em mente com “atitude orientada pelo entendimento”, preciso analisar o conceito de “entendimento”. Não se trata aqui dos predicados que um observador utiliza ao descrever processos para chegar ao entendimento, mas do saber pré-teórico de falantes competentes que, de maneira intuitiva, precisam

⁴⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. 2012, v.1. **Op. Cit.**, p. 484 - 485.

⁴⁷⁹ **Idem Ibidem**, p. 494.

⁴⁸⁰ **Idem Ibidem**, p. 495.

⁴⁸¹ **Idem Ibidem**, p. 495-496.

⁴⁸² **Idem Ibidem**, p. 496.

⁴⁸³ **Idem.**

discernir por si mesmos quando influenciar outras pessoas e quando entender-se com elas; e que saibam identificar os momentos em que fracassam as tentativas de entender-se com os demais.⁴⁸⁴

Para Habermas, entendimento é um processo de unificação entre sujeitos aptos a falar e agir que almejam de maneira comunicativa um comum acordo diferenciado conquistado sob forma de proposições e que não pode ser induzido mediante influência externa, necessitando ser aceito como válido pelos participantes.⁴⁸⁵

O comum acordo almejado por via comunicativa possui fundamento racional e não pode ser imposto nem pela intervenção instrumental imediata, nem pela influência calculista sobre as decisões do oponente, pois baseia-se em convicções dos sujeitos envolvidos partilhadas através da fala e que só tem sucesso se aceitas pelo ouvinte de forma que assuma assim uma posição de validade passível de crítica, embasando tanto o ego (que manifesta a pretensão de validade), quanto o alter (que reconhece ou contesta essa pretensão), suas decisões em razões potenciais.⁴⁸⁶

No agir comunicativo, Habermas inclui ainda as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins alcançados no plano das relações interpessoais - chamados ilocucionários -, em que os participantes da comunicação entendem-se uns com os outros sobre qualquer coisa. Do lado oposto, ao agir comunicativo encontra-se o agir estratégico, a partir do qual, o sujeito mediado pela linguagem e por meio de suas interações de mundo pretende ocasionar determinados fins a ao menos um dos participantes que está diante dele por meio de suas ações de fala.⁴⁸⁷

Se o agir comunicativo distingue-se de interações estratégicas, isso se deve a que todos os seus participantes, sem restrições, perseguem fins ilocucionários para alcançar um comum acordo que sirva de fundamento a uma coordenação consensual dos planos de ação a serem almejados por cada indivíduo.⁴⁸⁸

Diferentemente do enunciado imperativo, no qual o falante diz o que o ouvinte deve fazer, o ato da fala para ser aceito deve ter consigo, de forma clara, a explicitação do que o torna aceitável, pois a aceitabilidade é definida a partir da atitude performativa de quem participa da comunicação e não em sentido objetivista sob a perspectiva de um observador.

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. 2012, v.1. **Op. Cit.**, p. 497.

⁴⁸⁵ **Idem Ibidem**, p. 497-498.

⁴⁸⁶ **Idem Ibidem**, p. 498.

⁴⁸⁷ **Idem Ibidem**, p. 508-510.

⁴⁸⁸ **Idem Ibidem**, p. 512.

Ressalte que tais condições devem se relacionar tanto com o falante quanto com o ouvinte e não podem ser cumpridas de forma unilateral.⁴⁸⁹

Dessa forma, para tornar mais exato o conceito de agir comunicativo, devem-se excluir daqui os casos de um agir que se mostrem estratégicos, pois para o agir comunicativo só são constitutivas as ações de fala a que o falante vincula pretensões de validade criticáveis. Nos demais casos, como nos casos imperativos - em que o ouvinte não pode assumir posição fundamentada-, deixa de utilizar o potencial de uma comunicação motivada pelo discernimento.⁴⁹⁰

Em ambientes do agir comunicativo, as ações de fala sempre podem ser refutadas sob cada um dos três aspectos: sob o aspecto da correção, que o falante reivindica em favor de sua ação mediante referência a um contexto normativo (ou então, de maneira mediata, em favor dessas próprias normas); sob o aspecto da veracidade, que o falante reivindica em favor da externalização de vivências subjetivas a que ele tem acesso privilegiado; e por fim sob o aspecto da verdade, que o falante reivindica com sua externalização em favor de um enunciado (ou em favor das suposições de existência do teor de um enunciado nominalizado).⁴⁹¹

Quando o ouvinte aceita uma oferta, estabelece-se um comum acordo entre ele e o falante enquanto sujeitos aptos a falar e agir. No agir comunicativo, um falante só escolhe uma expressão linguística para poder chegar a um entendimento sobre alguma coisa com um ouvinte e ao mesmo tempo, para tornar a si mesmo compreensível. Assim, quem refuta uma oferta compreensível de ato de fala o faz no mínimo por considerá-lo incorreto, não verdadeiro ou não veraz, sendo essas as três pretensões de validade já anteriormente estabelecidas.⁴⁹²

Dessa forma, considerando correta a tese de que se pode contestar as ações de fala orientadas pelo entendimento sobre os três aspectos de validade citados, podemos também supor um sistema de pretensões de validade subjacente à diferenciação e autonomização dos tipos de ações de fala.⁴⁹³

Importantes para uma classificação pragmática das ações de fala são indicadores que se refiram a dimensões gerais da situação de fala. Para a dimensão temporal coloca-se a pergunta quanto à orientação dos envolvidos, se ela se volta mais para o futuro, passado ou presente ou se as ações de fala são temporalmente neutras. Para a dimensão social coloca-se a pergunta sobre haver obrigatoriedades que se mostrem relevantes para as consequências da interação, e se elas o são para o falante, para o

⁴⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. 2012, v.1. **Op. Cit.**, p. 515-516.

⁴⁹⁰ **Idem Ibidem**, p. 528-529.

⁴⁹¹ **Idem Ibidem**, p. 531.

⁴⁹² **Idem Ibidem**, p. 532-533.

⁴⁹³ **Idem Ibidem**, p. 551.

ouvinte, ou para ambas as partes. E para a dimensão objetiva coloca-se a pergunta sobre o acento temático incidir predominantemente nos objetos, nas ações ou nos próprios atores.⁴⁹⁴

Dessa forma, podemos concluir a partir da teoria habermasiana da ação comunicativa que os imperativos manifestam uma pretensão de poder sancionada de fora apenas. Já os processos cooperativos de interpretação atravessam diversas fases, partindo do fato de as interpretações da situação dos participantes eventualmente não coincidirem o suficiente para fins de coordenação, fazendo surgir a necessidade de deslocamento dos participantes para o plano da metacomposição empregando meios do entendimento alcançado por via indireta.⁴⁹⁵

Sendo assim, a concepção da sociedade precisa ligar-se a uma concepção de mundo complementar ao conceito de agir comunicativo para que então se torne interessante sobretudo como princípio de socialização⁴⁹⁶

A ação comunicativa proposta por Habermas tem o intuito de demonstrar que o exercício da cidadania dentro de uma democracia participativa deve ocorrer de forma que os próprios atores sociais sejam capazes de buscar construir alternativas favoráveis para que se reconheça o outro como sujeito de direitos.⁴⁹⁷

Partindo da premissa de que toda sociedade busca proporcionar um convívio comum que recepcione a todos os cidadãos, de forma que estes tenham atendidas as suas necessidades e sintam-se socialmente incluídos, Habermas vai tentar estabelecer, através da ação comunicativa os meios a serem utilizados para incluir e reconhecer o outro.⁴⁹⁸

Dito de outra maneira, o projeto de Habermas propõe a ruptura do paradigma do conhecimento de objetos em substituição ao paradigma do entendimento que se dá entre os sujeitos capazes de falar e agir. Além disso, ele ‘descobre que o interesse em emancipação está inserido na própria estrutura da linguagem, em especial nos atos de fala voltados ao entendimento e ao consenso.⁴⁹⁹

A teoria da ação comunicativa de Habermas faz uma crítica às sociedades modernas que se fundam no positivismo e que exercem seus imperativos pela razão técnica e

⁴⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. 2012, v.1. **Op. Cit.**, p. 555-556.

⁴⁹⁵ **Idem Ibidem**, p. 559-571.

⁴⁹⁶ **Idem Ibidem**, p. 581.

⁴⁹⁷ COSTA, Marli M.M. PORTO, Rosane T. Carvalho. **A inclusão do outro pelo exercício da democracia participativa no espaço local sob a perspectiva do cenário global**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marli_marlene_moraes_da_costa.pdf> Acesso em: 02/03/2015.

⁴⁹⁸ **Idem.**

⁴⁹⁹ **Idem.**

instrumental. A referida teoria propõe uma ampliação do conceito de razão para abranger aqui a razão dialógica que tem origem nas interações e vivências entre os sujeitos, possibilitando assim, emancipação e liberdade com ênfase na linguagem.⁵⁰⁰

Logo, o discurso nada mais representa que o direito de uma sociedade que pela tensão do entendimento e desentendimento tem condições de racionalizar e objetivar consequentemente, o consenso. A procura pelo consenso não afasta a existência de conflitos, pelo contrário, os conflitos são importantes para a instauração do consenso. Desse modo, discutir sobre o sistema de justiça brasileiro representa a construção do consenso, distinguindo as ações sociais dentro da perspectiva habermasiana, isto é: a razão instrumental e a razão comunicativa.⁵⁰¹

Nesse sentido, é importante ressaltar a necessidade de se superar a razão instrumental, reconstruindo as atividades humanas regidas pelo acordo recíproco tornando possível a busca por uma razão habermasiana que sinalize uma efetiva comunicação entre os sujeitos, fomentando, assim, processos públicos de caráter emancipatório que libertam os cidadãos da situação de alienação que o excesso de forma e de positividade lhes impõe.⁵⁰²

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, não é possível que os atores sociais nutram um sentimento de pertença ao Estado sem que tenham garantidas as condições necessárias para efetivarem sua cidadania através da busca pelo reconhecimento de direitos e deveres no espaço democrático.⁵⁰³

Assim sendo, o modelo de democracia para Habermas postula a inclusão de todos os cidadãos na base da igualdade de direitos, tendo em vista a esfera pública com seus plexos de autonomia públicos (cidadão e Estado) e privados (cidadão e sociedade) o espaço propício para o exercício da democracia e consequentemente exercício da autonomia política e por sua vez da cidadania.⁵⁰⁴

Nesse sentido precisamos ter em mente que a democracia é uma aposta na sabedoria do povo e que a verdadeira democracia não é popular, mas cidadã, pois é a cidadania de cada pessoa que funda a democracia, bem como é o exercício efetivo dessa cidadania que proporciona ao indivíduo sua dimensão pública de existência.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ COSTA, Marli M.M. PORTO, Rosane T. Carvalho. **A inclusão do outro pelo exercício da democracia participativa no espaço local sob a perspectiva do cenário global.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marli_marlene_moraes_da_costa.pdf> Acesso em: 02/03/2015.

⁵⁰¹ **Idem.**

⁵⁰² **Idem.**

⁵⁰³ **Idem.**

⁵⁰⁴ **Idem.**

⁵⁰⁵ **Idem.**

6.3 AUTOCOMPOSIÇÃO E A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DIALÓGICOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

José Luiz Quadros de Magalhães trata dos espaços dialógicos quando defende a criação de Estados Plurinacionais que abandonem a hegemonia europeia e a dominação norte-americana. O referido autor explica que a América Latina vem sofrendo um processo de transformações sociais e democráticas importantes, dentro do qual, cada país, ainda que trilhando caminhos diferentes, tem respeitado suas peculiaridades históricas, sem abandonar o caminho da democracia representativa, somando-se a essa uma forte democracia dialógica participativa.⁵⁰⁶

Para ele, o Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa.⁵⁰⁷ E, nessa nova ordem global multiparadigmática, defende que as pessoas que se sentarem à “mesa” para discutir, terão como principal e, talvez única, obrigatoriedade a de estabelecer o diálogo permanente, não se admitindo a existência de donos da regra do jogo, nem mesmo dos valores que fundamentam o diálogo. Deverá ser um espaço construído através de uma lógica de complementariedade, onde os diversos valores e formas de consciência sejam reconhecidos, não apenas como iguais, mas como complementares.⁵⁰⁸

Se para Magalhães a possibilidade de democratizar o sistema internacional consiste em pensar a superação da lógica hegemônica moderna e do equívoco de entender o consenso como a vitória do melhor argumento,⁵⁰⁹ para nós, a possibilidade de democratização do sistema judiciário está, dentro da mesma lógica, diretamente relacionada à superação da hegemonia da adjudicação e do equívoco de acreditar que o melhor argumento formal deva, ou possa, prevalecer sobre o real interesse do ser humano enquanto cidadão pertencente a um Estado Democrático de Direito.

Democracia significa participação. O ser humano, por sua vez, é um ser em processo de transformação permanente independentemente de sua vontade, assim, a sociedade democrática existe em permanente mutação, motivo pelo qual, a Constituição deve oferecer segurança nas transformações decorrentes do sistema democrático.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

⁵⁰⁷ **Idem Ibidem**, p. 38.

⁵⁰⁸ **Idem Ibidem**, p. 41-42.

⁵⁰⁹ **Idem Ibidem**, p. 43.

⁵¹⁰ **Idem Ibidem**, p. 49-50.

Se todo o tempo somos empurrados a escolher o “melhor”, mesmo que afirmemos que o argumento (projeto, ideia, política) derrotado permanecerá vivo, em uma cultura que premia todo o tempo o melhor, o destino do derrotado pode ser muitas vezes, o esquecimento ou encobrimento. Vamos ver que no Judiciário vige a mesma lógica de argumentos vitoriosos e derrotados.⁵¹¹

A exposição de argumentos tanto no Legislativo, quanto no Judiciário, não visa à construção de uma solução comum, mas sim, à escolha do melhor argumento, diante da pretensão de vencer o argumento do outro, criando a impossibilidade de construção de um novo argumento a partir do diálogo, pois não se busca uma solução comum, mas sim a vitória, essa guiada muitas vezes pela emoção de modo a convencer o juiz final.⁵¹²

Na democracia dialógica não hegemônica, o diálogo se estabelece com a finalidade de construção de uma nova verdade provisória, em que ninguém deve pretender vencer o argumento do outro, pois os consensos construídos são sempre provisórios, não hegemônicos e não majoritários. E partem da premissa de que a necessidade de decisão não pode superar a necessidade da democracia, sendo a postura não hegemônica seguida por uma postura de construção comum de novos argumentos que se constroem no debate.⁵¹³

Nenhum consenso se pretende permanente, não só pela dinamicidade da vida como pela necessidade de decidir sem que haja um vencedor, ou seja, sem que seja necessária a construção de maiorias. [...] O Estado e a Constituição no lugar de reagir a mudanças não previstas ou não permitidas, passa a atuar, sempre, favoravelmente às mudanças desde que estas sejam construídas por consensos dialógicos, democráticos, logo não hegemônicos, plurais, diversos, não hierarquizados e não permanentes.⁵¹⁴

Nos espaços dialógicos, a linearidade passa a ser substituída pela complementariedade, pois as percepções de um mesmo fato ocorrem de forma diferente de uma pessoa para a outra, pois cada observador possui um sistema autoreferencial que se firma a partir de suas experiências e conhecimentos, que serão determinantes na valoração do fato, na percepção de determinadas nuances e na não percepção de outras, pois cada um vê o mundo através de si mesmo.⁵¹⁵

Não há como fugir do fato de que somos seres autorreferenciais e autorreprodutivos. Somos seres autopoieticos, condicionados por sentimentos e compreensões

⁵¹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Op. Cit.**, p. 53

⁵¹² **Idem.**

⁵¹³ **Idem Ibidem**, p. 54.

⁵¹⁴ **Idem Ibidem**, p. 55.

⁵¹⁵ **Idem Ibidem**, p. 59-60.

de conceitos, de forma que, “entre nós e o que está fora de nós, sempre existirá nós mesmos”.⁵¹⁶

A compreensão da autopoiesis significa a revelação da impossibilidade de verdades absolutas, sendo um apelo à tolerância, à relatividade, à compreensão e à busca do diálogo. A certeza é sempre inimiga da democracia. A relatividade é amiga do diálogo, essência da democracia.⁵¹⁷

O que é melhor para um, não necessariamente o é para o outro, mas na nossa cultura hegemônica (vencedora) a competição é alimentada a todo momento, fazendo-nos desaprender - se é que um dia já se nos ensinou - a conviver com as diferenças, o que nos leva sempre à reprodução lógica de almejar escolher “o melhor” em tudo.⁵¹⁸

Dessa forma, uma jurisdição civilizatória democrática deve ser dialógica, assim como o constitucionalismo plurinacional, abrindo um espaço comunicativo permanente para se alcançar o melhor entendimento do outro, comprometendo-se com a busca por soluções específicas e consistentes para situações individuais requerendo, para tanto, uma abordagem interdisciplinar e intercultural do conflito.⁵¹⁹

A referida abordagem precisa partir da noção de um direito plural que respeite as diversidades para que pessoas com compreensões de mundo diferentes possam conviver em um espaço comum de diálogo e construção de consensos.⁵²⁰

Assim, um Judiciário que tenha a função primeira de promoção de uma justiça plural (uma justiça de múltipla perspectiva) e não apenas um Judiciário que decida rápido, apontando o argumento vencedor e com isto interrompendo o conflito sem solucioná-lo [...] é perigoso, uma vez que o conflito “terminado” pela sentença sem uma solução permanece latente e certamente voltará. Quando o Judiciário antes de buscar justiça, busca decisão rápida, pode fazer com que os conflitos não solucionados, mas simplesmente terminados, voltem de forma mais violenta no futuro. Daí que [...] no lugar de um argumento vitorioso, de um lado vitorioso, a justiça se fará pela composição do conflito por meio de consensos construídos em uma perspectiva plural e não una ou uniformizada.⁵²¹

Quando a ação das partes se desvincula do processo tradicional, permitindo que seja eleita a melhor estratégia de solução para um determinado conflito de acordo com suas necessidades, reforça-se a participação do indivíduo respeitado enquanto cidadão,

⁵¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Op. Cit.**, p. 61.

⁵¹⁷ **Idem.**

⁵¹⁸ **Idem Ibidem**, p. 63.

⁵¹⁹ **Idem Ibidem**, p. 107.

⁵²⁰ **Idem Ibidem**, p. 110.

⁵²¹ **Idem Ibidem**, p. 111.

recolocando-o como ator principal de um processo de pacificação - e não de competição -, em que os profissionais legais é que serão coadjuvantes, atuando apenas como seus auxiliares.⁵²²

Dessa forma, afasta-se o caráter paternalista do judiciário e permite-se que o cidadão reocupe o centro das atenções no sistema legal, conhecendo seus direitos e deveres e fazendo com que possam, assim, construir a decisão a que vão se vincular voluntariamente, minando por consequência, eventuais resistências no momento da execução da avença.⁵²³

Principalmente no contexto de uma democracia participativa, é importantíssimo um papel ativo do sujeito na busca pela solução de controvérsias, pois, ao assumir a responsabilidade pela gestão de sua própria vida, sem transferir para uma autoridade o papel de julgar e decidir sobre seus atos, os indivíduos passam a atender o objetivo fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, o de construir uma sociedade justa, livre e solidária.⁵²⁴

Cabe ao conciliador auxiliar as partes a abandonarem suas visões parciais do problema e adotarem uma postura cooperativa em busca da solução do problema, devendo, ainda que possa propor opções de acordo, estimular que as próprias partes formulem suas propostas de acordo para debate.⁵²⁵

Quando o absurdo se torna normal, uma vez que as ideias não se sustentam mais sobre os fatos, as palavras se desconectam de seu sentido real e é preciso buscar respostas democráticas, dialógicas, partindo sempre de uma postura de diálogo para a busca de consensos provisórios, onde tudo pode ser discutido, onde tudo deve ser permanentemente discutido, sem o intuito de se alcançar a vitória de qualquer argumento, mas sim, como já dito, com o intuito de construir novos argumentos, demandando, para tanto, uma postura permanente de ouvir e aprender com o outro.⁵²⁶

6.4 ALTERIDADE: A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO OUTRO

O mesmo respeito para todos e cada um não se estende aqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao 'nós' flexível numa comunidade que

⁵²² PEREIRA JUNIOR, Ricardo. Os Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 27.

⁵²³ **Idem.**

⁵²⁴ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. 2012. **Op. Cit.**, p. 250.

⁵²⁵ DEMARCHI, Juliana. **Op. Cit.**, p. 58.

⁵²⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Op. Cit.**, p. 113-118.

resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas.⁵²⁷

José Luiz Quadros de Magalhães aponta que uma das principais causas de violência na contemporaneidade se deve à negação da diferença, ao não reconhecimento do outro como pessoa. O autor explica que a modernidade necessita de padrões e isso gera segregação no processo de construção da identidade nacional, motivando, por consequência, atos de violência.⁵²⁸

Magalhães aponta ainda que, a construção da nacionalidade é narcisista, pois as pessoas precisam se auto-afirmar através do rebaixamento do outro e mais, que a modernidade tem feito as pessoas acreditarem que isso é natural e inerente ao ser humano, sendo que, cada vez mais as pessoas estão sendo convertidas ao credo capitalista que as torna individualistas e altamente competitivas.⁵²⁹

Tudo resultado do não reconhecimento do outro como pessoa, do não reconhecimento no outro, da adoção da lógica “nós x eles”, lógica esta sobre a qual se constrói a modernidade, como se “eles” não fossem iguais a “nós”. A imagem do outro vem refletida em um espelho narcisista que mostra apenas o que queremos enxergar, trata-se de um espelho que não revela, mas encobre.⁵³⁰

Para a nossa barbárie sempre existe justificativa. Para a selvageria dos outros (“eles”) não há justificativa pelo simples fato de não entendermos “eles” ou simplesmente, não enxergarmos “eles” como pessoas como nós.⁵³¹

Sobre a alteridade, Emmanuel Lévinas, partindo da apresentação da ontologia pelos olhos da filosofia, definindo que aquela compreende o ser enquanto existir, vai dizer que o homem inteiro é ontologia e que, quando a imperícia de um ato se volta contra o fim buscado, uma plena tragédia se apresenta, pois a ontologia contempla a essência do ser e não apenas suas relações práticas, ou seja, ela vem em busca da essência de toda relação com o ser e no ser e ressalta que toda incompreensão não é nada mais do que uma compreensão deficiente.⁵³²

⁵²⁷ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. SPERBER, George. SOETHE, Paulo Astor (trad.). São Paulo: Loyola, 2002, p. 07-08.

⁵²⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Op. Cit.**, p. 23.

⁵²⁹ **Idem Ibidem**, p. 24-26.

⁵³⁰ **Idem Ibidem**, p. 26.

⁵³¹ **Idem Ibidem**, p. 28.

⁵³² LÉVINAS, Emmanuel. **Entres nós: Ensaio sobre a alteridade**. PIVATTO, Pergentino Stefan (coord. e trad). NEDEL, José. 5ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010, p. 22-24.

E é daí que surge a necessidade do diálogo, do bom diálogo, que respeita o outro e busca o consenso e não do debate armado, em que as partes estão sempre na defensiva, aguardando o próximo “golpe” e pensando em como nocautear depois dele.

Habermas, quando fala sobre a inclusão do outro, faz uso da teoria da justiça de John Rawls, com vistas a tratar da justa convivência entre os cidadãos de uma comunidade política. Rawls vai desmembrar o conceito de autonomia política, colocando as características moralmente neutras a partir das quais as partes buscam vantagens racionais de um lado e, de outro as limitações situacionais sob as quais as partes escolhem os fundamentos para um sistema de cooperação justo e imparcial.⁵³³

A construção de uma condição primitiva, que configure a moldura nacional da liberdade de arbítrio dos atores que decidem sensatamente, explica-se pela intenção inicial de representar a teoria da justiça como parte da teoria geral das escolhas racionais.⁵³⁴

Ainda dentro da teoria de Rawls, Habermas explica que os cidadãos são, por pressuposto, possuidores natos de senso de justiça enquanto pessoas morais e, por isso, são capazes de ter uma concepção própria do bem, o que permite, por consequência, sua capacidade de, enquanto seres autônomos, respeitarem os interesses dos outros à luz de princípios justos, sem se prenderem apenas a interesses próprios.⁵³⁵

De acordo com esses autores, direitos só são gozados quando deles se faz uso. As normas que determinam os direitos obrigam todos os destinatários por igual e sem excessão, mas uma divisão uniforme de direitos só pode ocorrer se os jurisconsortes forem capazes de se reconhecer como livres e semelhantes de forma mútua. Normas só podem ser válidas ou inválidas, motivo pelo qual, diante delas só se pode assumir posição de sim ou não, não cabe às partes opinar.⁵³⁶

Já os valores, exprimem até que ponto determinados bens são, ou não são, reconhecidos pela coletividade, podendo ser adquiridos ou realizados mediante ação direcionada, pois fixam relações de preferência, permitindo assim que as partes concordem mais ou menos com as posições de avaliação⁵³⁷.

⁵³³ HABERMAS, 2002. **Op. Cit.**, p. 61-64.

⁵³⁴ **Idem Ibidem**, p. 64.

⁵³⁵ **Idem Ibidem**, p. 65.

⁵³⁶ **Idem Ibidem**, p. 67-68.

⁵³⁷ **Idem Ibidem**, p. 68.

Diferentes normas que pretendem ter validade para o mesmo conjunto de destinatários não podem se contradizer mutuamente; elas têm de estar numa relação coerente, ou seja, têm de construir um sistema. Por sua vez, diferentes valores concorrem entre si pela primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo dentro de uma cultura ou de uma forma de vida, eles constituem configurações flexíveis e tensas. Resumindo, as normas se diferenciam dos valores, primeiro por meio de suas relações com diferentes tipos de ação comandada por regras ou direcionadas para objetivos; segundo, pela codificação binária ou gradual de suas pretensões de validade; terceiro, por sua obrigatoriedade absoluta (ou relativa); e quarto, por meio dos critérios que devem preencher o conjunto dos sistemas de normas e valores.⁵³⁸

Para Habermas, o justo valor das liberdades se mede pelo preenchimento das condições efetivas de exercício dos direitos e desde que mantida a igualdade de oportunidades.⁵³⁹

Ele acredita que em sociedades democráticas, não se pode negar a efetiva igualdade de direitos aos cidadãos, devendo-se respeitar as formas de vida dentro das quais se construíram suas configurações pessoais, pois uma nação de cidadãos deve ser composta pelos processos sociais a partir dos quais se desenvolveu sua identidade.⁵⁴⁰

As constituições modernas, segundo Habermas, são baseadas na ideia de que os cidadãos se ligam a uma comunidade de litisconsortes livres e iguais por vontade própria e que precisam, por isso, fazer valer o reconhecimento mútuo de direitos entre si caso queiram manter o bom convívio e legitimar o direito positivo.⁵⁴¹

Em um Estado Democrático de Direito, o exercício do poder político está diretamente relacionado ao reconhecimento e à efetivação de um sistema de direitos que seja capaz de administrar tanto o processamento institucionalizado dos problemas, quanto a mediação dos respectivos interesses dentro de cada caso, interpretando o direito sempre de acordo com as novas necessidades e situações sociais.⁵⁴²

É consensual a declaração de Amy Gutmann: O reconhecimento público pleno conta com duas formas de respeito: 1) o respeito pela identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de sexo, raça ou procedência étnica; e 2) o respeito pelas formas de ação, práticas e visões peculiares de mundo [...]⁵⁴³

É a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo no contexto social, sendo assim, as intervenções padronizadas limitam sua liberdade e sua

⁵³⁸ HABERMAS, 2002. **Op. Cit.**, p. 68-69.

⁵³⁹ **Idem Ibidem**, p. 69.

⁵⁴⁰ **Idem Ibidem**, p. 164-165.

⁵⁴¹ **Idem Ibidem**, p. 229.

⁵⁴² **Idem Ibidem**, p. 230.

⁵⁴³ **Idem Ibidem**, p. 232.

autonomia perante sua própria vida, pois os sujeitos privados só poderão desfrutar das mesmas liberdades subjetivas quando forem capazes de exercer sua autonomia conjuntamente como cidadãos do Estado, acordando sobre visões diferentes, mediante considerações relevantes sobre tratar como igual o que for igual e desigual o que for desigual.⁵⁴⁴

Para que seja possível tornar o sistema de direitos efetivo por vias democráticas, é necessário considerar as diferenças de acordo com cada contexto, divorciando-se um pouco do caráter coercitivo do direito através do qual admite-se apenas o comportamento normatizado em qualquer circunstância.⁵⁴⁵

Normas jurídicas remontam a decisões de um legislador local; estendem-se a uma coletividade socialmente delimitada de integrantes do Estado, no interior de um território estatal geograficamente determinado; e levam decisões políticas - efetivas para a própria sociedade estatal organizada que as toma - a integrar-se em programas coletivamente vinculativos, no âmbito dessa área de validação claramente circunscrita. [...] As pessoas, ou melhor, as estruturas de personalidade formam como que junções dos fios de uma rede ágrafa de culturas e tradições, de conetividades vitais e experiências intersubjetivamente partilhadas. E esse contexto é também o horizonte dentro do qual os cidadãos do Estado, queiram eles ou não, desenvolvem seus discursos de auto-entendimento ético-político. Quando se altera o conjunto básico de cidadãos, também se altera esse horizonte, de tal modo que se devolvem outros discursos sobre as mesmas questões e se almejam outros fins.⁵⁴⁶

Já às guisas de conclusão, Habermas aponta que o direito não proíbe de forma alguma que os cidadãos, dentro de um Estado Democrático de Direito, validem sua concepção do que seja bom, independentemente de advir referida concepção de questões culturais ou de consensos alcançados através de discursos de natureza política.⁵⁴⁷

É necessário, assim, que se reconheça cada pessoa enquanto membro de uma mesma comunidade integrada em torno de concepções diversas do que seja bom, ou justo, segundo cada caso em particular.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ HABERMAS, 2002. **Op. Cit.**, p. 234-235.

⁵⁴⁵ **Idem Ibidem**, p. 237- 242.

⁵⁴⁶ **Idem Ibidem**, p. 245-247.

⁵⁴⁷ **Idem Ibidem**, p. 248.

⁵⁴⁸ **Idem Ibidem**, p. 253.

7 CONCLUSÃO

Vimos na presente pesquisa, que desde a Constituição do Império houve a preocupação por parte do legislador em pacificar os conflitos de forma autocompositiva, havendo naquela época, antes mesmo de que fosse instaurado processo judicial, a obrigatoriedade de tentativa de conciliação.

Com o passar do tempo, a referida previsão se perdeu no tempo e a preocupação do Estado passou a ter foco no acesso às ações judiciais individuais sempre decididas pelo juiz com poder de império, por isso as ondas de acesso á justiça vieram inicialmente, garantir em um primeiro momento o acesso a uma justiça menos onerosa financeiramente - a partir da dispensa de advogado nos Juizados Especiais, por exemplo-, bem como, em um segundo momento, demonstrar o intuito de garantir direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, visando a proteger o direito das coletividades, sejam elas determinadas ou não.

Somente agora, quando a concepção contemporânea de justiça vai deixando de ser totalmente centrada no poder para se preocupar com a sua função de promover uma resolução adequada e em tempo razoável dos conflitos, é que nos deparamos com a terceira onda de justiça que busca divulgar uma prestação jurisdicional de perfil não adversarial como um novo meio de acesso à justiça que se mostre apto a desenvolver em um ambiente menos tenso e de forma que seja capaz de resolver e harmonizar divergências.⁵⁴⁹

Hoje, com a industrialização dos processos que ocorreu a partir do enraizamento de uma cultura individualista, competitiva e, conseqüentemente demandista, criou-se a impressão de que, para cada descontentamento pessoal deve haver uma ação judicial sem que haja qualquer tipo de contato prévio com a parte contrária, preferindo-se submeter o conflito ao controle estatal para ver quem ganha, tornando a disputa pela suposta vitória quase uma questão de honra.

O espírito da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça se volta para a necessidade de que haja planejamento sistêmico voltado a estimular de forma mais abrangente os meios consensuais de solução de disputas, deixando claro para toda a população que o bom magistrado não é necessariamente o que muito sentencia, mas sim, aquele que resolve de forma satisfatória o conflito das partes.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 58.

⁵⁵⁰ HABERMAS, 2002. **Op. Cit.**, p. 24.

A insatisfação com o Poder Judiciário é tão antiga quanto o Direito - todavia, com esses esforços de fortalecimento da autocomposição técnica e o direcionamento de metas de satisfação do jurisdicionado seguramente aumentarão progressivamente os índices de satisfação, e a própria justiça restará marcada por sua natureza democrática.⁵⁵¹

Diante do conceito apresentado por Morton Deutsch e sabendo que o conflito é inerente às relações humanas, devemos buscar sempre nos manter no viés construtivo de resolução de conflitos, visando a fortalecer as relações sociais e propiciar a construção de uma sociedade pacífica, justa e solidária, sem permitir que a Justiça se torne algo totalmente afastado de seu real conceito de instrumento solucionador de problemas sociais, o que a afasta, por consequência, dos cidadãos jurisdicionados, atores principais dessa relação e base da sociedade democrática.⁵⁵²

Dessa forma, como ocorre hoje dentro do processo civil, os cidadãos têm que conviver com um protagonismo judicial que cria, muitas vezes, um juiz com poderes quase ilimitados, dentro de uma ordem de valores por ele descoberta, fazendo com que ele venha a adquirir uma capacidade sobre humana de decisões as quais ele repute mais justas de acordo com a sua convicção e preferência, circunstância na qual acaba por desprezar, eventuais contribuições das partes quando do direito a ser aplicado⁵⁵³.

“Tal característica do protagonismo judicial gera cidadãos infantilizados, pois o Judiciário se eleva a pai e mãe de uma sociedade órfã”⁵⁵⁴ que espera sempre a presença de alguém que possa resolver seus conflitos e dizer, ao final, o que ou quem é o certo e o errado.

Uma paternalização que distancia o conflito da análise processual, razão pela qual, defendemos a necessidade de se estimular a utilização adequada dos meios autocompositivos, de forma a que os cidadãos possam participar mais ativamente da criação do direito mais adequado para a solução de cada conflito, possibilitando assim uma adequação do conflito à realidade das partes e aumentando, por consequência, o índice de satisfação e sensação de justiça de todos os envolvidos, sem que sejam necessariamente rotulados, de um lado como

⁵⁵¹ HABERMAS, 2002. **Op. Cit.**, p. 25.

⁵⁵² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. *Mediação e Conciliação Histórico dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos e Experiências Contemporâneas no Brasil e em Outros Países: das Técnicas de Mediação, suas Nuances, Pontos Convergentes e Aspectos Práticos.* In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Op. Cit.**, p. 89.

⁵⁵³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático.** Curitiba: Juruá, 2011. In FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**, p. 191-192.

⁵⁵⁴ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego as sociedade: o papel as atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.* **Novos Estudos CEBRAP** n.º 58. p. 183-202, nov. 2000 . In FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Op. Cit.**

ganhadores (donos do melhor argumento) e, de outro, perdedores, tendo essas suas verdades que, muitas vezes não existem aos olhos formais do judiciário.

O que deve restar claro é que não é papel do judiciário dividir e acirrar os ânimos entre as partes e, a mudança cultural que se pretende, deve ocorrer no sentido de se compreender que qualquer tipo de demanda pode e deve ser resolvida por meio de conciliação e mediação, já que, quase sempre, há pontos positivos e negativos na conduta de todos os envolvidos, sendo raras as vezes em que uma parte está totalmente certa ao ponto de se tornar impossível alcançar o consenso.

A dificuldade a ser combatida para que se alcance o fim almejado no presente estudo encontra-se no fato de que é característica natural do ser humano refutar novos hábitos e abandonar velhas práticas, o que se deve ao surgimento de eventual insegurança quanto aos possíveis resultados que, a princípio, não podem ser garantidos, mesmo havendo experiências excelentes, tais como a supracitada no TJSP, que nos levam a crer que a implantação do referido sistema é a melhor opção para um país que preza a democracia e a participação.

É preciso, pois, que o operador do direito esteja atento para não extrair no art. 5º, XXXV da CF, mais do que nele se contém, em termos de extensão, compreensão e finalidade, dado que, realisticamente, cuida-se de dispositivo endereçado ao legislador, alertando-o para não excetuar da apreciação do Judiciário históricos de lesões sofridas ou temidas.⁵⁵⁵

O presente trabalho buscou, nesse sentido, dissertar sobre o acesso à justiça enquanto direito coletivo constitucionalmente garantido, bem como sobre as diversas formas de se efetivar sua concreção, sem nos esquecermos da relação direta que possui a questão com a busca pela promoção e concreção da cidadania, avaliando a necessidade e a importância de se investir em mão de obra especializada para efetivação da mediação e conciliação e apontando os benefícios que podem ser alcançados dessa forma.

No que tange à cultura brasileira, ficou claro que ainda é voltada para o litígio, estando enraizada no povo brasileiro a necessidade de busca por decisões, por aprovações e, neste caso, por sentenças, ou seja, tem-se o costume de responsabilizar um terceiro pelas decisões inerentes aos seus problemas, sendo que, muitas vezes ambas as partes envolvidas acabam saindo insatisfeitas: uma pela demora que referida prestação tem apresentado e a outra, pelo fato de que, em uma sentença, seja no todo ou em parte, sempre haverá quem

⁵⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. Cit.**, p. 66.

ganha e quem perde, sob a custódia de um juiz de direito que analisa o mérito, os pedidos e determina a forma como entende que deverá ser resolvida aquela pendência.

Desta forma, os objetivos constitucionais referentes ao acesso à justiça devem ser respeitados na busca por uma sociedade justa e igualitária o que, no nosso entendimento, só será possível a partir do momento em que os cidadãos se virem capazes de solucionar os próprios problemas, respeitando, é claro, aqueles casos cuja complexidade seja suficiente para fazer surgir a necessidade de intervenção do juiz de direito, um terceiro imparcial enquanto capaz de decidir, de analisar e julgar, ou seja, de impor uma decisão estritamente legal sem que as partes opinem ou participem de sua formulação.

Nesse contexto, discutiu-se a respeito da busca por um caminho comum entre as partes que se veem diante de um conflito, buscando tornar possível o alcance do ideal coletivo de justiça e solidariedade estabelecido na Constituição Federal, posto que, ser cidadão não se resume, nem se pode resumir, simplesmente ao fato de exercer a democracia mediante voto, ou seja, inerente também à qualidade de cidadão, a necessidade de que esse participe da vida social como um todo, o que deve ter início com a capacidade de assumir para si a responsabilidade pela resolução de seus próprios conflitos.

Se hoje o judiciário se vê abarrotado de processos, sendo muitos desses meramente protelatórios, a criação dos centros conciliatórios tal qual previstos na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, deve ter o objetivo de criar uma estrutura mínima de implementação dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, com investimento não apenas em estrutura física para tanto, mas também, e de forma mais incisiva, na qualificação de profissionais e conscientização da sociedade em geral.

A preocupação do Poder Público com referida situação também é clara, tanto é que ultimamente foram discutidos três diplomas legais diversos que tratam sobre o tema de forma relevante.

O primeiro desses foi o projeto de lei estadual n. 1005/2013 do Estado de São Paulo que foi aprovado em sessão extraordinária realizada no dia 24 de março de 2015 e determinou a remuneração dos profissionais mediadores e conciliadores judiciais, sendo isso um verdadeiro avanço que coloca o Estado de São Paulo como pioneiro no país, por ser o primeiro estado a aprovar uma lei com referido conteúdo, isso porque há muito aquele estado tem investido em ações nesta área e tem percebido sua efetividade na resolução dos conflitos e na pacificação social conforme restou demonstrado na pesquisa.

Além desse que já foi aprovado, há ainda o projeto de lei n. 7169/2014 do Senado Federal que quer criar a Lei da Mediação, visando regulamentar a inscrição dos profissionais e a faculdade dos jurisdicionados de escolherem os profissionais que irão auxiliá-los na mediação ou conciliação de seus conflitos.

Por fim, a última dessas três novidades se refere à aprovação do novo Código de Processo Civil, que também faz referência aos métodos não adversariais de resolução de conflitos, estabelecendo, pela primeira vez, alguma diferenciação entre os institutos da mediação e conciliação, bem como a possibilidade de que sejam realizados concursos públicos de provas e títulos para ocupar referidos cargos.

O referido código, que entra em vigor em março do próximo ano, além de estimular o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos e a duração razoável da prestação jurisdicional, propõe a inclusão do princípio da cooperação entre as partes, determinando que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que a decisão de mérito seja justa, efetiva e em tempo razoável.

Há ainda previsões diversas sobre mediação e conciliação, todas devidamente apontadas no corpo do trabalho que, apesar de representarem pontos ainda não muito debatidos em virtude do pouco tempo desde a aprovação da lei e que podem vir a gerar críticas, devem ser considerados um avanço importantíssimo no sentido de incentivar a pacificação social da forma como a defendemos.

Nesse sentido, como vimos, a teoria da ação comunicativa de Habermas oferece destaque para o entendimento linguístico apoiando-se na compreensão do significado da expressão de um falante que pretende se fazer entender por um ouvinte, defendendo que sujeitos aptos a falar e a agir devem poder se referir a mais que a um mundo único ao tentarem se fazer entender uns com os outros.

Nesse sentido, Habermas sugere que os atores envolvidos em um conflito devem ser coordenados por meio de atos de entendimento e não por meio de cálculos egocêntricos sobre o êxito que se quer obter para si mesmo, perseguindo seus fins individuais sob a condição de que sejam capazes de conciliar seus diversos planos de ação baseados em definições comuns da situação vivida.

O comum acordo almejado por via comunicativa baseia-se em convicções dos próprios sujeitos envolvidos e partilhadas entre eles através da fala, sendo que, para o agir comunicativo, só são constitutivas as ações de fala a que o falante vincula pretensões de

validade criticáveis, ou seja, aquelas que não lhe são impostas, mas sim discutidas e motivadas pelo discernimento.

A teoria da ação comunicativa de Habermas faz uma crítica às sociedades modernas que se fundam no positivismo e que exercem seus imperativos pela razão técnica e instrumental, propondo o alargamento do conceito de razão para abranger aqui a razão dialógica que tem origem nas interações e experiências dos sujeitos, possibilitando assim, emancipação e liberdade através da ênfase na linguagem.

Dessa forma, podemos concluir que a ação comunicativa proposta por Habermas tem o intuito de demonstrar que o exercício da cidadania deve se desenvolver dentro de uma democracia participativa de forma a que os próprios atores sociais sejam capazes de buscar construir alternativas favoráveis para que os indivíduos sejam capazes de reconhecer o outro como sujeito de direitos.

Isso porque, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, não é possível que os atores sociais nutram um sentimento de pertença ao Estado sem que tenham garantidas as condições necessárias para efetivarem sua cidadania através da busca pelo reconhecimento de direitos e deveres no espaço democrático.

A referida teoria, somada aos estudos apresentados, permite-nos destacar a relevância de valorizar o ser humano, harmonizando e pacificando a sociedade através da fala, do diálogo e da cooperação, sem permitir que sejam enfraquecidos os relacionamentos sociais muitas vezes já existentes entre as partes antes que viesse a surgir qualquer conflito, possibilitando assim na esfera judicial, a restauração dos índices de satisfação dos jurisdicionados e afirmando sua natureza constitucional democrática tal como deve ser.

Diante de todo o exposto, espera-se que a atividade primária do Poder Judiciário possa ser a de harmonizar e pacificar por meio das ações comunicativas, conciliatórias ou consensuais, indicando o direito aplicável a cada espécie de conflito, lembrando ao operador do direito que não poderá jamais, deixar de fora o componente fundamental do conflito que é o ser humano.⁵⁵⁶

Com essa pesquisa pretendemos ter avaliado a necessidade de conscientização da população e dos próprios profissionais do direito de que a conciliação e a mediação são essenciais para o desenvolvimento da justiça, da democracia e da cidadania, além do aprimoramento do senso de coletividade, estritamente importante para a busca da tão almejada sociedade justa e solidária, objetivo fundamental da Constituição Federal de 1988.

⁵⁵⁶ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In PELUSO, Antônio Cezar. RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Op. Cit.**, p. 23.

Concluimos no sentido de que a busca pela resolução consensual de conflitos se mostra de suma importância para a concretização da cidadania, pois a democracia participativa é muito mais do que o direito ao voto e, para que se concretize de fato, é necessário que o cidadão participe da vida pública, começando pela busca em solucionar seus próprios conflitos em que deverá se mostrar capaz de reconhecer o outro, sem abandonar, para tanto, o viés público que advém da garantia constitucional de acesso à justiça, mas entendendo que referido acesso pode ocorrer de várias formas tão boas e eficientes quanto a solução adjudicada de acordo com cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Mediação e o reconhecimento da pessoa. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. agosto/2014.

ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: Um Meio de Prevenção e Resolução de Controvérsias em Sintonia com a Atualidade**. Disponível em <http://mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html>. Acesso em 07 Nov. 2009. Acesso em: 30/04/2015.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça Ante o Fortalecimento da Autocomposição Como Política pública Nacional. **In** PELUSO, Antônio Cezar. RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. 2013. (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf> Acesso em 12/04/2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: A nova Mediação Paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69. Apud ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica**. Faculdade de Direito de Franca. p. 105-126.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. *In* NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª edição, São Paulo: Método, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 18ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília/DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm> Acesso em: 14 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoOab/codigodeetica.pdf>> Acesso em: 08 de janeiro de 2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios de Conciliação CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-numeracao-unica/documentos/265-rodape/acoas-e-programas/programas-de-a-a-z/movimento-pela-conciliacao>> Acesso em: 13/04/2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 do CNJ**. Brasília/DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 09 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 12/03/2015.

BRASIL, **Assembléia Legislativa**. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/noticias/presidente-recebe-representantes-do-tj-paulista-com-a-aprovacao-do-pl-10052013-conciliadores-e-mediadores-passam-a-ser-remunerados/>> Acesso em 13/04/2015.

BRUNO, Susana. **Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALMON FILHO, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br/arquivos/office/253de0d73303275354f7d6ff0f85ce1b.pdf>> Acesso em: 15/04/2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da Solução dos Conflitos: Uma Contribuição da Sociedade Civil para a Reforma do Judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2008.

COSTA, Marli M.M. PORTO, Rosane T. Carvalho. **A inclusão do outro pelo exercício da democracia participativa no espaço local sob a perspectiva do cenário global**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marli_marlene_moraes_da_costa.pdf> Acesso em: 02/03/2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

DEUTSCH, Morton. **Constructive Conflict Resolution: Principles, Trainig and Research**. p.199. Disponível em: <https://lms.manhattan.edu/pluginfile.php/86195/mod_resource/content/1/Constructive%20Conflict%20Resolution.pdf> Acesso em 27/08/2014.

FABRETTI, Daniel. Conciliação e mediação em juízo. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A Jurisdição e a Mediação: da Autoridade à Autonomia**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em 18/08/2014.

FILGUEIRAS, Cassio. A resistência pacífica dos métodos de solução de conflito. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de RIBEIRO, Vera; BORGES, Ana Luiza. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FOLEY, Gláucia Falsarella. Mediação comunitária para a emancipação social. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014.

FREITAS Jr, Antonio Rodrigues de. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. n. 123. agosto/2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 2011. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CEQQFCEQ&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2137%2Ftde-24042012-141447%2Fpublico%2FDaniela_Monteiro_Gabbay.pdf&ei=1PP1VJjqKIKrNoSMg-gK&usq=AFQjCNFuCRoL79cY2RSUFUetVhP2-19G2w&sig2=M5-J_GMjncZEIcp1d_1-Yw&bvm=bv.87269000,d.eXY> Acesso em 03/03/2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROAMANO, Michel Betenjan;. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. 2ª ed. Campinas: Russel, 2007.

GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2001. **In** FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A Jurisdição e**

a **Mediação: da Autoridade à Autonomia.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em 18/08/2014.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução alternativa de litígios.** 3ª Ed. Edições Almedina. Coimbra: 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. **In** GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Candido Rangel Dinamarco, Kazwo Wantanabe (coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber et. al. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social.** Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** Tradução de Karina Janini. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes: 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entres nós: Ensaio sobre a alteridade**. PIVATTO, Pergentino Stefan (coord. e trad). NEDEL, José. 5ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Capacitação de conciliadores e mediadores. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARSHALL. Thomas Humprey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.

MATA, Roberto da. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego as sociedade: o papel as atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP** n.º 58. p. 183-202, nov. 2000 . **In** FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A Jurisdição e a Mediação: da Autoridade à Autonomia**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em 18/08/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. *Mediação e Conciliação Histórico dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos e Experiências Contemporâneas no Brasil e em Outros Países: das Técnicas de Mediação, suas Nuances, Pontos Convergentes e Aspectos Práticos.* In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem.** 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos.* **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 13/04/2015.

MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito.** Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NALINI, Renato. Folha de São Paulo, 09 de março de 2014. **Justiça é obra coletiva.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/03/1422463-jose-renato-nalini-justica-e-obra-coletiva.shtml>> Acesso em 12/04/2015.

NOTÍCIA. **Câmara aprova projeto que regulamenta mediação judicial e extrajudicial.** 07/04/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/485297-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-MEDIACAO-JUDICIAL-E-EXTRAJUDICIAL.html>> Acesso em: 14/04/2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático.** Curitiba: Juruá, 2011. In FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A Jurisdição e a Mediação: da Autoridade à Autonomia.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em 18/08/2014.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça restaurativa: uma possível alternativa à pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário.** Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf?sequence=1>> Acesso em 09/01/2015.

PELUSO, Antônio Cezar. RICHÁ, Morgana de Almeida (coord.).

PEREIRA, Césa Augusto Guimarães. TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Poder Público.** São Paulo, Saraiva: 2010.

PEREIRA JUNIOR, Ricardo. Os Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

PINSKY, Jaime. **História da cidadania**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). 4ª ed. São Paulo: Contexto, 2008.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2007.

Projeto de Lei 1005 de 2013, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1187661>> Acesso em: 13/04/2015.

RIBAS, Cláudio. Etapas da Conciliação. **In** TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O Social e o Político na Pós Modernidade**. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SILVA, Paula Costa. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternativas e complementariedade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. **In** FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A Jurisdição e a Mediação: da Autoridade à Autonomia**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em 18/08/2014.

STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? O Consultor Jurídico, 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>> Acesso em: 08 de janeiro de 2015.

TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, 2005.

TOLEDO, Armando Sérgio Prado de. TOSTA, Jorge. ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TURA, Adevanir. **Direito arbitral: curso prático de arbitragem nacional e internacional**. Leme: JH Mizuno, 2007.

VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014.

VIGORITTI, Vincenzo. Mito e Realtà. Processo e Mediazione. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, n. 192, fevereiro/2011, p. 387-395.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de Mediação. **Série Cadernos do CEJ**. v. 22. 2002. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf> Acesso em 13/04/2015.

WANTANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014. p. 07.

WANTANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In PELUSO, Antônio Cezar. RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista NEJ**. Eletrônica, vol 17 -n2 - p. 241, maio-ago 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/214>> Acesso em 03 de setembro de 2014.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica**. Faculdade de Direito de Franca. p. 105-126.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade**. Rio de Janeiro, Forense: 2004.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Nota da Coordenadora. **Revista do Advogado**. São Paulo: Altair Cruz - AASP. N. 123. Agosto de 2014.