

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é algo inerente ao ser humano, e desde o momento em que o homem decidiu viver em sociedade começaram também os conflitos entre os indivíduos.

Conflitos se encontram no dia a dia, e nem sempre é fácil sua resolução, seja pela outra parte se impor contra, seja pela impossibilidade legal ou material.

Os conflitos podem surgir de várias áreas do relacionamento humano. Em sentido amplo, conflito deve ser entendido como desentendimento, oposição de interesses e ideias; e até mesmo briga e confusão.

A “lei do mais forte” era utilizada então como finalizadora de conflitos, o mais forte eliminava a resistência e tinha assim seu interesse atendido.

Com a evolução social tal meio passou a ser rejeitado pela sociedade e novos meios começaram a surgir, até que com a formação do Estado este tomou para si o dever pacificar a sociedade, resolvendo os conflitos levados até ele. E assim acontece até os dias atuais.

A função estatal de dizer o Direito aplicável, a jurisdição, tornou-se o meio comum de resolução de conflitos e distribuição da justiça.

Mas a vida da sociedade está sempre em movimento, e novos direitos exigem mudanças nesta função estatal. A população tem hoje mais acesso à informação, a tecnologia e isso leva a uma maior litigiosidade, que acaba por desembocar no Judiciário, travando o mecanismo que serviria para pacificar a sociedade.

O Estado então tem que adequar a “máquina judiciária” aos novos direitos e aos novos tipos de demanda, sendo que a mediação e a conciliação surgem, para alguns pesquisadores, como meios adequados para fornecer acesso à justiça e dirimir conflitos.

Mas serão esses eficazes para cumprir tal papel?

O presente trabalho na área de concentração de Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, tem como objetivo geral de refletir sobre os novos paradigmas da função estatal de resolver conflitos, estudar se há elasticidade no conceito de Jurisdição, e

se a ampliação do Acesso à Justiça pode se dar somente se houver a ampliação do conceito de Jurisdição.

Como objetivo específico o trabalho tentará dizer se os procedimentos autocompositivos da mediação e da conciliação são capazes de ampliar o acesso à justiça.

Para tanto o Capítulo I apresenta a concepção de conflito e os meios para que sejam solucionados, trazendo os contextos de seus surgimentos e a evolução até chegar a jurisdição estatal, colocando em pauta a discussão da amplitude do termo Jurisdição.

Com esta discussão tentou-se trazer a possibilidade, e até a necessidade, de mudança no conceito de Jurisdição.

Se ocupando ainda em apresentar o princípio do Acesso à Justiça, de forma a estudá-lo na sua trajetória histórica, com os movimentos de acesso à justiça e como princípio Constitucional.

Por fim, o capítulo apresenta o trabalho de Cappelletti e Garth que dá um novo enfoque ao acesso à justiça, fazendo as comparações e críticas com as aplicações no Brasil.

O Capítulo II traz o estudo teórico dos institutos da mediação e da conciliação.

No último Capítulo o trabalho traz a utilização da mediação e da conciliação no trabalho de ampliar o acesso à justiça, colocando o contexto brasileiro e a utilização judicial e extrajudicial.

Traz a importância da alteração do ensino jurídico para modificar e ampliar o acesso à justiça e a experiência aplicada pela Universidade Federal de Minas Gerais.

A relevância do tema se dá pela transformação que vem passando os procedimentos jurídicos país desde 2010, com a implementação de uma Política Nacional de Resolução Pacífica de Conflitos, que se iniciou com a publicação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Mediação e teve como grande avanço o Código de Processo Civil de 2015.

Estas normas reforçam a posição do Acesso à Ordem Jurídica Justa como princípio constitucional, levando à discussão do dever social do processo, da

necessidade de um processo com baixo custo, tempo razoável de duração e uma decisão efetiva.

São duas as hipóteses possíveis, primeira que a conciliação e a mediação, por não serem métodos comuns ao Judiciário, e estarem sendo trazidas a este por força de legislação, não sejam métodos aptos a proporcionar maior acesso à justiça.

A segunda que a mediação e a conciliação, sendo ou não aplicados com o aparato estatal, por serem métodos em que as próprias partes decidem o conflito, abrindo a possibilidade de diálogo entre as partes, podem significar um avanço no acesso à justiça, gerando satisfação aos indivíduos e sendo instrumentos da pacificação social.

Para tanto se utilizou do método indutivo, pesquisa bibliográfica, por meio do estudo de várias obras sobre o tema abordado e prática pessoal, que visa dar um olhar mais atual para a utilização diária dos institutos.

CAPÍTULO I

CONFLITO E TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Dos conflitos

Quando se iniciou a vida em sociedade, o homem começou a verificar novas necessidades, essas necessidades deveriam ser conquistadas, e cada vez mais objetos eram almejados.

Surgiu então a necessidade de regras de conduta, que vão desde as normas morais até as leis escritas.

Mas mesmo com as regras postas, ainda não são uniformes os pensamentos, desejos e as necessidades de cada indivíduo e, muitas vezes, o querer ou a necessidade de um indivíduo “esbarra” na esfera de querer de outro indivíduo, gerando assim o que se chama de conflito.

A visão de que o conflito é algo inerente à vida em sociedade é dada por Schnitman (apud DIAS, 2014).

Todo indivíduo tem diferentes interesses, e querendo ver esses interesses satisfeitos, busca pelo bem que deverá ir ao encontro dele. A questão é quando duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo objeto, ou quando a satisfação do sentimento de um indivíduo, faça ocorrer o descontentamento de outrem.

O conflito pode ser entendido como “embate, oposição, pendência, pleito” (TARTUCE, 2015).

A importância do estudo do conflito é tanta que é estudado por vários ramos das ciências humanas, dos estudos sociais até os psicológicos. Para o Direito, compreender como surge o conflito é significativo para saber como dirimi-lo.

Segundo Daniela Gabbay (2013) os conflitos podem ser gerados por recursos limitados, resistência a mudanças, dificuldades em aceitar posições alheias, desrespeito às diferenças, entre outros.

Vários autores tratam o vocábulo conflito como sinônimo de controvérsia, lide e disputa, até mesmo em algumas leis pátrias é visto conflito e controvérsia com sentido igual.

O conflito, ou lide como preferem alguns autores, podem surgir de várias

áreas do relacionamento humano. Em sentido amplo, conflito deve ser entendido como desentendimento, oposição de interesses e ideias; e até mesmo briga e confusão (GABBAY, 2013).

Dinamarco (2009) expõe que o conflito surge entre pessoas ou grupos, podendo ser por situações ocorridas entre eles ou bens materiais, pois as pretensões de alguns são resistidas por outros, que poderiam satisfazê-las, e não o fazem. Outras vezes o conflito se dá porque a própria lei determina que o indivíduo não pode agir por si só para satisfazer seu interesse.

Outra visão tem Carnelutti, sendo que para ele é necessário a resistência de outra pessoa, ou grupo, para que se tenha um conflito. Foi com essa visão que cunhou a célebre definição de lide: “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (TARTUCE, 2015).

A princípio, destaca-se que para a pacificação social, é necessário que esses conflitos sejam resolvidos, seja qual for a definição aceita.

Em não sendo desejado o uso da própria força, o Estado tomou para si a função de acabar com os conflitos na sociedade por meio da sua função Jurisdicional.

Jurisdição, nas palavras de Luis Henrique Barbante Franzé (2011), é “[...] a função Estatal que faz prevalecer a vontade concreta da lei material, substituindo a vontade das partes”. O tema Jurisdição será tratado em tópico próprio.

Fernanda Tartuce (2015) coloca que em sendo escaços os bens naturais, o conflito pode se dar quanto a sua titularidade, em sendo resistida a pretensão de alguém sobre a posse ou propriedade deste bem, há que se decidir qual a regra de direito a ser aplicada em prol da pacificação social.

Ainda segundo a autora, há que se ter por ideal que as pessoas possam ter seus interesses satisfeitos sem que entrem em conflito, sendo que as partes devem conseguir definir de quem é a real pretensão, porém, nem sempre isso ocorre, havendo necessidade de judicializar o conflito, por isso ter como referência o conceito dado de lide por Carnelutti.

Sempre que um indivíduo estiver em busca de satisfazer seu interesse, sua necessidade, e outro se colocar em posição contrária, tem-se a resistência, o conflito estabelecido, ou nas palavras do autor Italiano, a lide.

Para estes autores, a pacificação social gira em torno de satisfazer o interesse ou a necessidade de um indivíduo, que pretende algo, porém, em algumas ocasiões, essa decisão trará insatisfação a quem resistiu, contrapôs-se, àquele interesse.

Apesar do ponto de vista negativo com que são vistos os conflitos, esses não devem ser encarados sempre como sendo algo ruim, mesmo que causando discórdia entre as pessoas, são, muitas vezes, os conflitos que levam a grandes mudanças nas sociedades.

Os conflitos são responsáveis por mudanças na vida dos indivíduos, na medida que tem que, para alcançar sua pretensão, que outro resiste, deve criar métodos alternativos, aprender novas estratégias e modificar seu modo de agir.

Assim também se dão as grandes mudanças da sociedade, em que grandes conflitos trouxeram grandes avanços tecnológicos e sociais.

Os maiores conflitos vivenciados pelo mundo foram fatos geradores de muitos desastres no campo social, mas de muitas maneiras, foram responsáveis pelo surgimento de incontáveis tecnologias, leis, tratados, direitos e garantias.

Porém, é impossível para o homem viver em eterno conflito, sejam os pequenos conflitos do dia a dia, ou os grandes conflitos sociais, por esse motivo, o homem, desde o início da vida social, tenta encontrar soluções para dirimi-los, resolvê-los.

Assim como os conflitos podem ser de várias maneiras e sobre vários assuntos, as formas de resolvê-los também são variadas, indo da resolução “pelas próprias mãos” até transferir totalmente para o Estado esta função.

As formas de resolução de conflitos que se configuraram durante os séculos, pelo menos juridicamente, são a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição, sendo a autocomposição, nas formas de mediação e conciliação, os métodos a serem estudados com maior afinco no presente trabalho.

1.2 Os métodos de resolução de conflitos

O Estado Democrático de Direito tem entre suas funções a pacificação social, e para atingir tal estágio, é necessário que se utilize de mecanismos para

terminar com os conflitos existentes entre os indivíduos.

Mas nem sempre o Estado teve essa função, nos primórdios da vida em sociedade a “justiça” era feita pela “lei do mais forte”, em que imperava a resolução pela força, não se intrometendo o Estado na disputa entre particulares. Chama-se esse tipo de eliminação de conflitos de autodefesa ou autotutela.

Com o passar do tempo algumas pessoas, consideradas mais aptas a resolver conflitos, eram chamadas a fazê-lo, sendo anciões ou sábios das vilas ou cidades, passando os conflitantes a terem um terceiro que tentava a composição da desavença, na maior parte das vezes, como se verá a seguir, ainda não havia influência do Estado; passou-se à época da autocomposição.

Em dias mais atuais, um terceiro, ainda sem participação do Estado, julgava a questão levada até ele, dando a sua decisão por meio de um laudo. Já com o Estado como é conhecido hoje, esse tomou para si o dever de pacificar a sociedade e dirimir conflitos, tendo um órgão próprio para tal fim, o Judiciário, tendo funcionários estatais que cuidam de dizer qual a lei que se aplica ao caso concreto levado até ele. E com a entrada de um terceiro que toma a decisão pelas partes, tem-se a heterocomposição.

1.2.1 Da Autotutela

A autotutela, ou autodefesa, é uma forma primitiva, quase que intuitiva, de resolução de conflitos, em que o mais forte impõe sua vontade ao mais fraco, terminando assim a controvérsia (DELLORE, 2016).

Não é uma solução considerada justa e, na maior parte das vezes, se dá pelo uso da violência, havendo a imposição de vontade do mais forte. Em regra, é um método de resolução de conflitos impedido pela lei, tendo poucas exceções de uso nos dias atuais.

Segundo Fernanda Tartuce (2015), foi utilizada como uma alternativa a falta de poder do Estado para dirimir conflitos de interesses, é uma solução privada e egoísta do litígio.

A autotutela causa uma falsa sensação de resolução de conflito, pois quem saiu insatisfeito, por ter cedido à força do vencedor, tentará modificar tal situação,

gerando assim intermináveis conflitos (DELLORE, 2016).

Assim a autotutela não é verdadeiramente um meio de pacificação social, sendo que os conflitos, normalmente, se amornam durante períodos, e voltam a tomar corpo, buscando nova mudança de *status* de perdedor e vencedor.

Sendo privada e não apropriada para que se faça justiça, com o crescimento do Estado foi natural o seu desaparecimento como meio de resolução de conflitos, restando, no entanto, situações limites em que sua utilização, ainda que tutelada pelo Estado, é tida como aceitável, são os casos mais proeminentes a legítima defesa e o estado de necessidade.

Assim, outros métodos surgiram, primeiramente sem a interferência do poder estatal, para assegurar a justiça e a pacificação social, sendo a autocomposição um dos mais antigos.

1.2.2 Da Autocomposição

A autocomposição é o meio consensual pelo qual os indivíduos chegam a resolução do litígio, podendo se dar com a ajuda de um terceiro ou não, em que um ou mais indivíduos, que fazem parte do conflito, “abrem mão”, no todo ou em parte, de seu interesse.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, (aupd TARTUCE, 2015) explicita como pode se dar a autocomposição: “pode haver o consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio no todo ou em parte, caso em que se opera a resolução ‘altruísta’ pela autocomposição”.

As partes, ou conflitantes, chegam a uma solução de comum acordo, podendo para tanto desistir de seus interesses totalmente, abrir mão de parte deles ou conseguir que o outro ceda ao seu interesse.

Nesse sentido, entende-se que as atitudes das partes que levam a um acordo podem ser renúncia, submissão ou transação, ou seja, a parte que pretende algo renuncia àquela pretensão, extinguindo-se o conflito, ou então o indivíduo, ou parte, que se contrapunha, a princípio ao interesse de outrem, submete-se à vontade daquele primeiro, retirando assim sua contraposição, ou ainda, as duas partes chegam a um acordo em que cada uma renúncia a parte do seu direito ou do bem,

negociando quais interesses de uma e de outra valerão para a relação estabelecida daquele momento em diante (DELLORE, 2016).

Em uma explicação feita do assunto por Fernanda Tartuce (2015), pode então a autocomposição ter resultado com a ação de uma ou de ambas as partes.

A autora reparte em autocomposição unilateral, em que se encontram a renúncia, a desistência e o reconhecimento jurídico do pedido e a bilateral em que estão a negociação, a mediação e a conciliação, estas duas últimas tratadas a diante de maneira mais aprofundada.

Ainda para a Tartuce, renúncia seria o “abrir mão” de um dos indivíduos de Direito que julga seu, podendo ser esse Direito material ou processual; desistência se dá quando há uma demanda proposta e o autor desiste do processo, abdicando de perseguir o interesse que pleiteava; e o reconhecimento jurídico do pedido em que a parte tida como ré reconhece a pretensão de quem atua como autor da demanda. Quando se fala em autocomposição bilateral, parte-se para a interação dos indivíduos, tentando chegar a um acordo que melhor satisfaça a necessidade de ambos.

A autora trata aqui de atos realizados quando já existe um processo judicial, porém, esses institutos foram concebidos antes mesmo da concepção de processo que se tem na atualidade, sendo aplicados nas sociedades mais primitivas, não tendo regras processuais para que ocorressem o acordo.

Fernanda Tartuce (2015) coloca que são três os meios autocompositivos: negociação, mediação e conciliação.

Negociação como o meio autocompositivo em que os sujeitos chegam a um acordo sem a intervenção de qualquer outra pessoa. A negociação no Brasil pode ser encontrada no direito trabalhista.

Já na mediação e conciliação as partes tentam alcançar uma solução para o litígio com o auxílio de um terceiro imparcial e devidamente capacitado, terceiro esse que age para facilitar a comunicação entre os envolvidos, a diferença colocada entre mediação e conciliação é como esse terceiro deve agir para chegar à solução do litígio.

Na conciliação é possível que o terceiro intervenha diretamente, até mesmo expondo as vantagens e propondo soluções, e na mediação tem uma postura mais

isenta, deixando que as partes encontrem formas de lidar com a situação, isto porque terão ainda interação após a audiência.

Tanto na mediação como na conciliação o terceiro não pode forçar um acordo, pois se perderia o potencial de cumprimento espontâneo do que foi decidido em conjunto.

Nas sociedades primitivas a autocomposição era uma forma muitas vezes vista como a simples substituição da forma violenta de autotutela, por uma não violenta, pois o mais fraco acabava por “abrir mãos” de seus interesses, não tendo assim o condão de fazer justiça (DELLORE, 2016).

Esse pensamento levou ao surgimento de um outro método, em que um terceiro é o responsável por dizer o direito, a Arbitragem, em que o árbitro resolveria o conflito, devendo aceitar as partes, por consenso anterior, a resolução tomada.

Esse meio, chamado de heterocomposição, foi o adotado pelo Estado, quando instituído o poder/dever de dirimir conflitos, para chegar a pacificação social, com o nome de Jurisdição.

1.2.3 Da Heterocomposição

A heterocomposição é o meio pelo qual um terceiro “resolve” a conflito entre os indivíduos, tomando, por eles, a decisão.

Nas palavras de Fernanda Tartuce (2015)¹ “heterotutela ou meio adjudicatório” é meio pelo qual alguém, totalmente fora do conflito, sendo assim imparcial, dá uma resposta aos que procuram resolver o conflito, sempre de forma imperativa, ou seja, com a obrigação de cumprimento pelas partes.

É um método em que as partes não participam da tomada de decisão que resolve o conflito, sendo ela imposta por um terceiro encarregado da resolução de litígios (DELLORE, 2016).

Importante ressaltar que também não é nova a utilização da heterocomposição, datada da Antiguidade o uso da forma privada desta, a Arbitragem.

1 Fala-se em heterocomposição (heterotutela ou meio adjudicatório) para se referir ao meio de solução de conflitos, em que um terceiro imparcial, alheio ao conflito, define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores.

Esse instituto nasceu na Antiguidade, no período em que o Estado ainda não se preocupava em dirimir os conflitos, deixando a cargo dos próprios contendores, está aí a razão por ter se desenvolvido um meio particular, no qual as partes escolhem quem será o terceiro imparcial que tomará a decisão, baseado na confiança que têm nele.

Até mesmo na Bíblia é contada a passagem em que Salomão é árbitro da disputa de duas mulheres que se dizem mãe da mesma criança.

Para tal escolha, o árbitro tem que gozar da confiança de ambas as partes.

Sobre isso, escreve Iara Toledo² (2013) em que avaliza as palavras de José Carlos de Magalhães, colocando a arbitragem como um método que tem em suas bases a confiança das partes no terceiro imparcial que decidirá a questão.

Assim, a escolha do árbitro, ou árbitros, não é unilateral, tendo as partes que chegar a um acordo entre elas.

Fernanda Tartuce (2015), vale-se das palavras de Carlos Alberto Carmona para evidenciar o caráter privado, como também, a obrigação contraída pelas partes de aceitarem e se submeterem a decisão do árbitro.

Assim deixa claro que são as partes quem dão poder ao árbitro, ou árbitros, por um documento privado, chamada de convenção de arbitragem. Em sendo privado, mesmo gozando de eficácia e impositividade como uma sentença judicial, o Estado em nada interfere.

Há que se frisar, que a convenção de arbitragem pode ser anterior ao conflito, utilizando-se de uma cláusula chamada cláusula compromissória de arbitragem, também aceita de comum acordo entre as partes, antes mesmo de existir qualquer conflito. Esta cláusula é geralmente utilizada em contratos de comércio nos quais se tratam grandes valores monetários.

Continua a doutrinadora dizendo que o árbitro é pessoa equidistante das partes, imparcial, sem o poder estatal, porém, tem sua decisão caráter vinculativo.

É comum a fala que é “o árbitro” quem profere a decisão na Arbitragem,

2 Afiança José Carlos de Magalhães que a arbitragem constitui método privado de solução de controvérsia que tem como base a confiança das partes nos árbitros. É essa confiança que as anima a escolher a pessoa ou as pessoas a quem conferem o poder de resolver a controvérsia em que são partícipes, detalhando que daí que a decisão proferida é a prestação dos árbitros da tarefa a eles confiada, cujo acatamento pelas partes é a premissa que inspirou a instauração do processo, a nomeação dos árbitros e a participação das partes no seu desenvolvimento

porém, nada impede que as partes recorram a mais de um, que devem ser em número ímpar, para dirimir o conflito.

Nos dias atuais, assim como ocorre com a medição e a conciliação, a Arbitragem é utilizada quando se trata de direitos disponíveis, em que a jurisdição estatal não se faz obrigatória.

A Arbitragem ainda coexiste com os outros métodos em nossos dias, com quase nenhuma, ou mesmo nenhuma, modificação de como era utilizada na Antiguidade.

No Brasil ela é regulada pela lei 9.307 de 1996, e também é muito utilizada no Direito Internacional, principalmente quando se trata de contratos de comércio internacional.

Por ser um método em que um terceiro fora do conflito resolve a situação conflituosa, a heterocomposição foi o modo escolhido para o Estado moderno conseguir chegar a um de seus objetivos, a pacificação social.

Colocando-se o Estado como esse terceiro imparcial, e para tal função foi dada o nome de Jurisdição.

1.3 Da Jurisdição

Tem-se, a princípio, a Jurisdição como o poder/dever do Estado dirimir conflitos, sendo sempre o Estado o terceiro imparcial, equidistante das partes, que dará, por meio do juiz, a decisão impositiva sobre o Direito a ser aplicado no caso concreto.

Para se chegar a um conceito de jurisdição tem-se a clássica definição de Chiovenda³ (DELLORE, 2016), para quem a jurisdição é uma função do Estado, função esta responsável por tornar concreta a vontade da lei, substituindo por ela a vontade das partes, ou de órgãos do Estado, tornando a assim a lei realmente efetiva.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2009) a Jurisdição também é vista como

3 Pode definir-se jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

uma função do Estado que visa dirimir conflitos, mas, em uma visão tida como mais moderna, fala em aplicação do Direito aos casos concretos, sempre de forma imperativa.

A diferenciação entre as duas visões coloca a aplicação da Lei no primeiro e aplicação do Direito no segundo caso.

Assim, para Chiovenda o Estado ao dirimir um conflito deve levar em conta as suas leis postas, dizendo o juiz qual lei caberá ao caso concreto, estabelecendo por ela a relação das partes.

Já para Dinamarco o que se deve fazer é aplicar o Direito, que é, sem dúvida, mais amplo, dando a oportunidade para o julgador se valer de princípios jurídicos, como os princípios gerais do Direito, em seus julgamentos, ou mesmo a possibilidade de efetivação dessa decisão em meio social.

É necessário lembrar que Dinamarco entende que conflito não existe somente quando existem pessoas em posições contrapostas, o simples não conseguir ter seu interesse satisfeito por si só, já gera para o indivíduo um conflito, do qual pode-se socorrer da Jurisdição para solucioná-lo.

Por essas definições, a princípio, tem-se que Jurisdição é a função estatal que tem por finalidade dirimir os conflitos dos indivíduos, dizendo, de forma impositiva, qual o direito deve ser aplicado ao fato concreto. Esta visão, nos dias atuais, é considerada simplista, alcançando a jurisdição outros meandros para chegar a finalidade do Estado de pacificação social.

Com o surgimento Estado moderno fala-se, pela primeira vez, em solução de litígios pelo Estado, em uma “solução judicial das controvérsias”, como explica Fernanda Tartuce (2015).

Quando se organizou, o Estado precisava cessar com a justiça realizada pelas próprias mãos, ou vingança privada, reservando para si o poder/dever de tutelar os direitos dos cidadãos, com o fim de pacificação social.

No Brasil, esta “reserva” se dá pelo princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional, consagrado no Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal⁴, sendo

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

garantia fundamental a possibilidade de se ter o conflito dirimido pelo Poder Judiciário.

O Estado Democrático encontrou nessa modalidade de heterocomposição a maneira ideal para dirimir os conflitos que os indivíduos não conseguiram chegar a uma solução sem a intervenção de um terceiro e que necessitava de um outro elemento para sua efetivação, o coercitivo.

Não adiantava uma decisão ser impositiva, como já acontecia na arbitragem, se não existia um poder que a fizesse ser cumprida.

Utilizando-se dessa força de coerção, que só o Estado tem, e dos princípios constitucionais, a jurisdição se tornou a forma ordinária de resolução de conflitos pelo Estado, daí chamarem os métodos autocompositivos, mediação e conciliação, de métodos alternativos de resolução de conflitos.

O Estado além de se colocar em posição de terceiro isento, coloca também o seu poder de coerção, utilizando-o quando necessário, para que as partes cumpram a decisão dada, assim a jurisdição sempre foi utilizada também para demonstrar o poder do Estado soberano.

Em decorrência do princípio da inafastabilidade, a jurisdição estatal é considerada, não só um poder, mas um dever estatal, ou seja, todos os que necessitarem se socorrer da jurisdição para dirimir os seus conflitos, devem ser atendidos em órgãos estatais preparados para tal, e com as garantias mínimas de que terá um procedimento justo.

Por estar elencado entre os incisos do Artigo 5º da Constituição Federal brasileira, a inafastabilidade da jurisdição se torna um direito social revestido de todas as garantias desses, obrigando o Estado a prestar tal atividade de maneira a prestigiar quem dela venha se socorrer, com órgãos e pessoal preparados para uma prestação adequada, um serviço adequado à população.

O mesmo diploma legal em seu Artigo 92⁵ elenca quais são os órgãos que

5 Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

compõe o Poder Judiciário, os que dão executoriedade à Jurisdição, ou seja, os que têm competência para exercê-la.

A Constituição também define a competência de cada órgão do Judiciário, e como cada um exercerá a Jurisdição, concebendo que é um Poder da União⁶, junto ao Executivo e ao Legislativo.

Sendo assim essencial à existência do Estado brasileiro, na verdade, a existência de órgãos que exerçam a jurisdição é essencial à existência de um Estado Democrático de Direito.

Além de poder/dever do Estado, Fernanda Tartuce⁷ (2015) traz a definição de jurisdição como sendo também função e atividade do Estado.

O Estado não exerce mero poder/dever quando se fala em jurisdição. A função social pacificadora do Estado também está inclusa na jurisdição estatal, assim como o processo justo, sendo complementada pela atividade judiciária em si, em que o funcionário estatal que exerce o poder, o juiz, deve agir conforme a lei para que a jurisdição alcance todas as faces de sua função.

A jurisdição é dividida por espécies: Civil e Penal, Especial e Comum, Superior e Inferior, de Direito e de Equidade, e Contenciosa e Voluntária. Faz-se necessária aqui uma curta diferenciação entre estas duas últimas (DELLORE, 2016).

Em breves palavras, jurisdição contenciosa é a que tem por finalidade dirimir conflitos, tendo sempre um objeto em litígio, partes definidas e a decisão estatal, já a jurisdição voluntária é quando, pela importância e repercussão dos atos realizados pelo particular na sociedade, mesmo não havendo conflito, o ato fiscalizatório do mesmo é realizado pelo poder Judiciário, ou até mesmo atos que são realizados pelos particulares no Judiciário (exemplo do divórcio consensual).

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

6 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

7 Merece destaque a definição de jurisdição em seu tríplice aspecto, como poder, função e atividade. A jurisdição é poder como capacidade estatal de decidir imperativamente, impondo decisões; em seu aspecto de função, expressa o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais, realizando, pelo processo, o direito justo; como atividade, constitui o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.

Esta é a principal discordância entre as teorias de jurisdição de Carnelutti e Dinamarco: o limite da jurisdição.

Para Carnelutti jurisdição voluntária não é jurisdição em si, mas mero ato de administração da justiça, administração pública de interesses privados, pois não visa dirimir conflito algum para ser pacificado.

As partes só vão até o Judiciário por uma obrigação legal, e não porque têm uma pretensão resistida.

Assim, atos do Judiciário como fiscalização de órgãos ou atos, homologações de acordos, estão fora da função da jurisdição.

Cândido Rangel Dinamarco entende que jurisdição voluntária é abarcada pelos limites da jurisdição como conhecida, pois o fato de necessitar da atividade do Judiciário, seja para fiscalização, seja para homologação, é prática inerente da jurisdição.

Ele afirma que na jurisdição voluntária estão presentes o contraditório, o princípio da motivação das decisões, o duplo grau de jurisdição, entre outros. Assim, mesmo sendo tênue a atuação da vontade do Direito, não é suficiente para desclassificá-la como jurisdição (DINAMARCO, 2009)

Para fins do presente trabalho, jurisdição será tratada como método de dirimir conflitos, em que um terceiro substitui a vontade das partes, visto ser essa sua finalidade precípua, assim como a definição de conflito é a pretensão que tem a contraposição de duas ou mais pessoas.

Os atos meramente homologatórios, que atingem diretamente a mediação e a conciliação, é mero ato de administração da justiça, onde o juiz apenas fiscaliza a aplicação da lei e dá o seu “de acordo” com a decisão das partes.

Quando chega até ao Estado-juiz não há mais conflito, pois esse já foi pacificado pelo mediador/conciliador.

A atividade do Estado de pacificação social se dá para que os indivíduos não apliquem a vingança privada, a autotutela, sendo uma função social do Estado.

Esta visão de que à jurisdição não cabe apenas dizer o direito aplicado ao caso concreto, mas pacificar a sociedade por meio de processos e decisões justas, ou seja, ter uma função social, vem de uma nova ótica processual.

Ótica trazida pela visão da Direito Processual Constitucional, que introduz

uma nova visão da tutela jurídica, trazendo à baila do Judiciário não só a jurisdição como único modo de resolver os conflitos, mas coexistindo com os métodos autocompositivos da mediação e da conciliação, que passam a ser “geridos” pelo Estado, e não somente como mecanismo privado como era outrora.

Esta visão de que o Estado usaria da jurisdição como forma única de tratar os conflitos vem se transformando, e os métodos, conhecidos até então como alternativos de resolução de conflitos, passam a ser conhecidos como métodos adequados.

Assim o Estado além de ter a jurisdição estatal, também administra a justiça, por outros métodos coexistentes, utilizando-se para tanto do Judiciário, em procedimentos de jurisdição voluntária.

1.3.1 Jurisdição e Tutela Jurídica

Com o passar do tempo, a jurisdição, ou tutela jurisdicional, como concebida nos países do ocidente e, por conseguinte no Brasil, levou a um colapso do sistema Judiciário, tendo os Tribunais e varas número de processos tão grandes que se tornou impossível a tramitação de forma rápida e eficaz.

Junta-se a isto a nova visão que se tem da atuação da tutela jurídica, voltada mais a sua função social e não apenas a resolução de conflitos isolados e a nova concepção de interpretação constitucional e a constitucionalização do processo.

Conceitos como processo justo, fim social do processo, efetividade da sentença, assim como os princípios constitucionais de acesso à justiça, efetividade do processo e devido processo legal tomaram a relevância necessária para se atingir o fim de pacificação social do Estado, levando a novos paradigmas, conceitos e interpretações de institutos e expressões já existentes.

Primeiramente é importante esclarecer uma nova ótica de tutela jurídica, em que, o fim maior é a pacificação social e efetividade da decisão final, têm que ser considerados à luz da Constituição Federal.

Aplica-se assim o termo tutela jurídica como a proteção dos Direitos por meios extrajudiciais e judiciais, abarcando a jurisdição contenciosa e a voluntária.

Ótica essa trazida no bojo do atual Código de Processo Civil, que reproduz

vários desses princípios já contidos na Constituição e dando aos meios extrajudiciais de solução de conflitos grande relevância.

O modo como é visto a prestação precípua da jurisdição, dirimir conflitos, foi modificado, deslocando a visão dos conflitos levados ao Judiciário para a tutela jurídica, tendo ela como a proteção dos direitos dos indivíduos (DELLORE, 2016).

Tal tutela jurídica, não se fixa somente em dizer o direito a ser aplicados entre as partes em conflito, mas também se esse direito aplicado ao caso concreto será efetivo, se poderá ser realmente exercido no meio social.

Críticas aos antigos conceitos de jurisdição são feitas por vários doutrinadores pátrios, que colocam que aqueles conceitos foram feitos considerando o “juiz boca da lei”, aquele tinha simplesmente a função de dizer qual a lei era aplicável ao caso que lhe foi levado (DELLORE, 2016).

O que não pode ser mais levado em consideração na visão que se tem nos dias atuais, que tem como primazia a interpretação das leis a luz da Constituição, de modo que se tenham preservados os direitos fundamentais.

Sobre o conceito clássico de Chiovenda, há ainda a visão de que a simples mudança de “aplicação da lei” por “aplicação do Direito” sanaria sua restritiva ao trabalho do juiz, levando ele a ter liberdade de interpretar a lei conforme a Constituição.

É certo que esta discussão, apesar de não ser recente, não cessará, mas já se fala em uma nova teoria do processo ou teoria contemporânea, tendo como foco o Direito Processual Constitucional.

Dentro desta visão atual, jurisdição pode ser entendida como uma função exercida pelo Estado substituindo a vontade das partes, indo ao encontro da garantia constitucional que nada será afastado da apreciação do Judiciário, que aplicará o Direito e com isso chegando à finalidade de pacificação social e tutela de direitos (DELLORE, 2016)⁸.

Frente a esta nova definição dada, é necessário o estudo das características e princípios dados pelos autores pátrios à jurisdição estatal.

8 [...] função exercida em caráter substitutivo, através da qual o Estado, em cumprimento da garantia constitucional de inafastabilidade do controle, atua o direito, seja mediante declaração ou execução, produzindo pacificação social e conseqüentemente tutelando os direitos (DELLORE, 122).

Divide-se aqui entre características e princípios informadores da jurisdição.

Primeiramente a característica de substitutividade, que vem a ser a substituição da vontade das partes pela decisão judicial, ou seja, após apresentada e contestada a demanda (assim como feita a oitiva de testemunhas e coleta de provas) não depende mais da vontade das partes e sim da decisão final do Judiciário estatal. Esta característica liga-se diretamente ao princípio da imparcialidade do juiz, pois sua decisão imparcial substitui a vontade das partes (GONÇALVES, 2017).

A finalidade de resolução de conflito é a característica que vem da função primordial da jurisdição, que é busca pela pacificação social, não podendo ser dissociada desta (ainda que tenha outras funções a exercer). Há de se salientar que a função de tutela de direitos fundamentais se dá à medida que os conflitos daí surgidos são levados até a jurisdição e resolvidos.

A característica de aplicação do direito vem em substituição ao uso feito outrora do termo “aplicação da lei”, pois deve ter uma visão ampla e não somente a de subjugação da vontade das partes a lei, pois “Através do exercício da jurisdição se tutela o direito das partes.”

Assim, princípios constitucionais, princípios fundamentais e princípios gerais do direito ganham importância nas decisões.

A última característica apresentada é a da suscetibilidade de se tornar imutável, em outras palavras, da possibilidade de fazer coisa julgada. Essa característica é importante de ser colocada, pois, embora nem toda decisão judicial destine-se a fazer coisa julgada, é uma característica que distingue a jurisdição de procedimentos de outros poderes do Estado que possam a ela se assemelhar, mas não tem o condão de tornar uma decisão sua imutável.

Princípios informativos da jurisdição: inércia, investidura, juiz natural, aderência ao território, inevitabilidade, inafastabilidade e indelegabilidade.

Inércia, princípio consagrado no Artigo 2º do Código de Processo Civil de 2015⁹, onde se tem a determinação que é a parte quem deve dar início ao processo, ficando o Judiciário inerte, aguardando que seja provocado, guarda íntima relação com a imparcialidade do julgador, pois não seria aceitável quem deu início a uma demanda também julgá-la.

9 Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Assim, o Estado, por meio da jurisdição, resolve os conflitos que lhe são levados pelos indivíduos, não agindo, a não ser que a lei assim determine, de ofício.

A Investidura é colocada como a “expressão do poder do Estado”, a autoridade deverá estar legitimamente investida para poder julgar para exercer a jurisdição. Aqui se fala em investidura do órgão julgador, aqueles elencados no artigo 92 da Constituição Federal.

Juiz natural é o princípio é referente a competência preexistente do órgão julgador, ou seja, para que esse princípio seja cumprido, é necessário que o órgão responsável por dirimir o conflito já exista e tenha competência antes de sua existência.

É também intimamente ligado à imparcialidade do juízo e à vedação constitucional a existência de tribunal de exceção, Artigo 5º XXXVII¹⁰, que é aquele que é constituído após a ocorrência do fato que gerou a demanda judicial (DELLORE, 2016).

Se liga ao princípio da imparcialidade do órgão julgador pois, com as regras de competência estabelecidas antes do fato julgado, fica impossível direcionar o julgamento para esse ou aquele órgão, do qual já se pode saber a posição. Tal princípio tem fundamento no Artigo 5º LIII¹¹.

Aderência ao território diz respeito a limitação territorial em que os órgãos da jurisdição poderão exercer suas funções. A territorialidade, nesse caso diz respeito tanto ao território nacional quanto à competência territorial dos órgãos em si. Exemplificando, quando se fala em justiça comum estadual, os Tribunais estaduais têm restrição ao território do estado-membro que se encontra.

Quando é necessária alguma atividade fora dos limites territoriais, os órgãos da jurisdição contam com mecanismos de cooperação (tanto dentro quanto fora do território nacional), tendo como exemplos a carta precatória e a carta rogatória.

Inevitabilidade, em sendo a jurisdição um poder do Estado e exercida como tal, ela é inevitável ao indivíduo. Equivale a dizer que, em um indivíduo levando seu conflito até a jurisdição, o outro que o confronta, que o detém na persecução pelo seu interesse, não pode simplesmente eximir-se de ir até a jurisdição se defender, sem que nada lhe aconteça.

10 XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

11 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Em sendo citado de uma demanda contra si em juízo, o indivíduo pode até escolher não responder, não contestar, mas o fazendo, sofrerá as sanções determinadas na lei, como a revelia, a sentença em seu desfavor, entre outras.

Inafastabilidade é o princípio constitucional primordial do acesso à justiça. É nele que se baseia o direito fundamental do indivíduo ir até o Judiciário pleitear o direito que acredita ter e o dever do Judiciário, Estado, dar a prestação jurisdicional, em outras palavras, de apreciar o caso levado até ele, dizendo o direito a ser aplicado.

Fundamenta-se no Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. É por esse princípio que o Estado se coloca como responsável por dirimir os conflitos surgidos entre os indivíduos, já que exclui a possibilidade de autotutela, chegando, ou, pelo menos, tentando chegar, ao seu fim de pacificação social (GONÇALVES, 2017).

Por fim, é colocado como princípio da jurisdição a indelegabilidade, ou seja, o Poder Judiciário é o único Poder Estatal que pode exercer a jurisdição, a tutela de direitos, sendo implicitamente vedada pela Constituição a possibilidade de transferir a outro Poder, Executivo ou Legislativo, tal função.

Quando a Carta Constitucional trata da divisão dos poderes como sendo eles independentes e harmônicos, já fica claro que as funções deles são complementares, e não se confundem.

Outra faceta desse princípio tem a ver com a competência exclusiva atribuída pela lei aos órgãos do Judiciário, não podendo um delegar a outro a sua competência, seja ela em função e matéria ou território.

Não se pode deixar passar aqui a visão doutrinária sobre a jurisdição ser exercida também por meio da arbitragem, ou seja, que pode haver uma jurisdição não estatal, mas privada (DELLORE, 2016).

O ordenamento Jurídico brasileiro já trata os atos do árbitro como se de juízes fossem, dando ao laudo, ou sentença, arbitral a mesma força de uma sentença dada por um juiz.

Os críticos desta posição colocam que apesar de o árbitro possuir “a *vocatio* (poder de chamar em juízo), a *notio* (poder de conhecer), *judicium* (poder de julgar)” lhe faltam atributos inerentes da jurisdição “a *coertio* e a *executio*”. Porém há se ter a

ideia que, no âmbito das atribuições dadas pela lei, o papel dos árbitros e dos juízes não diferem (FRANZÉ, 2011).

Esta segunda posição parece ser mais acertada, pois a arbitragem sendo exercida por particular e podendo ser judicializada em certos casos, sendo assim, assegurada sua validade pelo Judiciário, estaria na esfera de Jurisdição Voluntária.

Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que a arbitragem tem tratamento equiparado a jurisdição, sendo disciplina Constitucional. O que pode, para alguns, dar uma outra amplitude ao instituto jurisdição.

Porém, equiparar não pode ser considerado incluir, o procedimento da arbitragem é dissociado da jurisdição estatal.

Quem concorda em incluir a arbitragem como jurisdição, fala em um novo conceito desta a ser aplicado, colocando não o Estado mas uma “autoridade socialmente legítima” como sendo quem exerce a jurisdição. Milton Paulo como sendo um dos autores que tenta colocar um novo conceito de Jurisdição¹², que abarca também os procedimentos privados, como a arbitragem (DELLORE, 2016).

Esse “novo” conceito coloca, em lugar do Estado, a “autoridade socialmente legítima” como sendo quem declara o direito que irá por fim ao conflito e ainda ter o poder de coercibilidade para fazer que a decisão dada seja cumprida.

Parece carecer de exatidão tal mudança, pois tira do Estado o seu poder, dever, função e atividade, mais ainda, quando fala em esta “autoridade socialmente legítima” terá o poder para coagir o indivíduo a cumprir sua decisão, poder esse que é do Estado, e não pode ser entregue ao particular.

A pacificação social então voltaria a estar nas mãos de particulares, que poderiam utilizar de coerção, o que, mesmo que agora fiscalizado pelo Estado/jurisdição, beiraria a justiça privada, tempo esse já superado.

O conceito de jurisdição não deve ser modificado para abarcar em si todos os meios de tutela jurídica de Direitos.

Tutelar juridicamente os conflitos pode ser feito por meio de meios alternativos à jurisdição Estatal, por particulares, extraprocessualmente, de forma voluntária, mas tais procedimentos não podem se confundir com Jurisdição Estatal

12 [...] jurisdição é o poder exercido pela autoridade social legítima, de declarar o direito para solução de conflitos intersubjetivos e impor coercitivamente o cumprimento dessa declaração ou de órgão legalmente autorizado a declará-lo.

em si.

Quando não está na sua função de dirimir conflitos por meio de órgãos do Judiciário, o Estado está em uma atividade chamada de Jurisdição voluntária, em que fiscaliza ou homologa decisões que não foram tomadas por quem é investido de jurisdição.

Em outras palavras, a jurisdição voluntária não é jurisdição em si, pois não tem como condão a resolução de conflitos entre pessoas, é atividade estatal da qual o Judiciário é encarregado.

Assim, a mediação e a conciliação, métodos autocompositivos adotados pelo Código Civil de 2015, se encaixam no conceito de jurisdição voluntária, pois não há a substitutividade da vontade das partes pela do Estado-juiz.

Outro aspecto que pode ser utilizado para colocar os procedimentos de autocomposição como jurisdição voluntária é a letra da lei, pois em seu artigo 334, § 4º, I, o diploma processual civil coloca que se as partes se manifestarem por não realizar a audiência de mediação/conciliação esta não será realizada, ou seja, vale a vontade das partes em se submeter a tal procedimento.

Olhando desta forma, existe quem possa falar que, em sendo procedimento de jurisdição voluntária, não há porque discutir a ampliação do acesso à justiça pelos métodos autocompositivos, por não serem parte da jurisdição em si.

O que ocorre é que esses métodos sempre foram chamados alternativos justamente por ser uma alternativa à jurisdição estatal, e mesmo que nos dias atuais sejam previsto pelo Código de Processo Civil, e realizados sob os olhos do Judiciário, continuam sendo uma alternativa aos processos rígidos realizados pelo poder Estatal.

Mesmo sendo procedimentos não considerados jurisdição em sentido estrito, são procedimentos aptos a proporcionar à população maior acesso à justiça, pois dão proteção aos Direitos dos indivíduos, como será demonstrado a seguir.

1.4 Do Acesso à Justiça

A jurisdição estatal, como função, tem o condão de dirimir as lides, e o faz por meio do Processo, que é, em uma explicação bem sintetizada, um conjunto

coordenado de atos, para que o órgão da jurisdição faça valer a real vontade da lei (FRANZÉ, 2011).

Em um primeiro olhar, o acesso à justiça vem a ser a possibilidade do indivíduo ter o seu litígio resolvido pelo poder/dever do Estado, a Jurisdição, por meio de um processo, que termina com a decisão do juiz.

Mas será visto que não é tão simples o Estado exercer e esse poder/dever de forma adequada e que justiça é algo que nem sempre será facilmente alcançada.

O acesso à justiça, como instituto jurídico, tem elevada importância para que exista igualdade e pacificação social, e é tido como princípio fundamental de um Estado Democrático, estando presente na atual Constituição Federal, assim como existia em Constituições anteriores do Estado brasileiro.

Sendo um traço essencial dos Estados Democráticos, esse princípio está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10^o13 e no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), em seu artigo 8^o, 114.

Nesse ponto, é necessário citar que, o Supremo Tribunal Federal, vem adotando a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, dando a esses um *status* entre a Constituição e a Lei Infraconstitucional. Desta forma, qualquer lei infraconstitucional que estiver contrária a eles tem sua eficácia paralisada, mesmo as editadas após o Tratado iniciar sua vigência dentro o país (SEABRA, 2012).

Então é possível concluir, que estando o princípio presente no Tratado acima mencionado, ele ingressa também no ordenamento jurídico como norma supralegal, paralisando qualquer norma que venha a se contrapor a ele.

Na Constituição brasileira pode ser encontrado já em seu preâmbulo, quando diz que o Estado assegura a justiça¹⁵.

13 Art. 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

14 Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil.

15 PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para

E se eleva ao *status* de princípio fundamental constitucional quando colocado pelo legislador originário no inciso XXXV do artigo 5^o¹⁶, artigo esse destinado aos Direitos e Garantias Individuais, colocando o Estado como “resolvedor” de todas as lides.

Pela escrita constitucional tem-se que a todos é assegurado o direito de levar ao Judiciário, órgão que exerce a jurisdição estatal, eventuais conflitos, para que esse seja dirimido, aplicando-se o direito mais acertado ao caso concreto.

Quando se fala em acesso à justiça, deve se levar em consideração a expressão cunhada por Kazuo Watanabe: “acesso a ordem jurídica justa”, ou seja, não basta acesso ao Judiciário, não basta entregar suas demandas ao Estado, todo o processo que tutela o direito do indivíduo, e a decisão dele decorrente, deve ser justa.

Watanabe já se referia a um novo conceito de acesso à justiça quando do feito da atual Constituição brasileira, conforme cita Dellore¹⁷ (2016), em trecho de uma publicação de 1988, ele já colocava que simultaneamente ao acesso ao Judiciário, o Estado tinha que proporcionar aparato mínimo para que os conflitos fossem resolvidos de maneira satisfatória.

A tutela, a proteção, ao direito levado ao Judiciário tem de ser antes de mais nada, vista pela ótica de quem está em conflito, de quem necessita do poder/dever

instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

16 TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

17 É que não basta proporcionar ao jurisdicionado o pleno acesso ao Poder judiciário, sem que, concomitantemente, também sejam conferidas condições mínimas e satisfatórias à justa composição do conflito pelo Estado. Na preleção de Kazuo Watanabe: “Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela ‘perspectiva do consumidor’, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um ‘programa de reforma’ como também um ‘método de pensamento’, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.”

do Estado-juiz, da jurisdição.

E já que o meio escolhido para se chegar à solução do conflito é o processo, esse deve seguir alguns fundamentos e princípios, para proporcionar real justiça aos envolvidos.

Quando se fala então em acesso a uma ordem jurídica justa, e, portanto, em processo justo, deve ser levado em consideração todo um aparato, para que os atos coordenados, que dão forma ao processo, desenrolem-se da maneira mais adequada.

Nesse primeiro ponto será levado em consideração o acesso à justiça pelo modo ordinário, o processo perante a jurisdição estatal.

Segundo Michel Teixeira de Souza, citado por Franzé (2011), compreende organização do Judiciário, investimento estatal, acesso universal à justiça, igualdade das partes e contraditório, previsibilidade do pronunciamento, prazo razoável de duração do processo e procedimentos diferenciados.

Sem qualquer desses elementos a probabilidade de um fim que não seja justo para as partes se torna mais real.

Na atualidade brasileira, o que se pode notar é que muitos desses requisitos inexistem, e devido à ligação intrínseca entre vários deles, ou todos, quando não existe um, torna-se impossível a existência dos demais.

Por conta da inexistência de vários desses requisitos, o Judiciário brasileiro se acha em uma verdadeira crise, com excesso de processos, sendo impossível o julgamento deles de forma célere e previsível, tendo como resultado, muitas vezes, o acesso ao Judiciário, mas não o acesso à justiça.

Pois o acesso ao primeiro nem sempre vem acompanhado do segundo, deixando os indivíduos que procuram por justiça sem o sentimento de que esta tenha sido feita.

Existem casos ainda que nem mesmo o acesso ao Judiciário é existente, seja por dificuldades relativas a grandes distâncias, falta de conhecimento dos meios utilizados para exercer os seus direitos, carência econômica, entre outros (ECOMONOMIDES, 1997), sendo o acesso a uma ordem jurídica justa uma realidade bem mais distante.

Esse indivíduo que necessita ver o seu direito efetivado, o seu conflito

solucionado, deve, sobretudo, sair com sentimento de que a justiça foi feita, que o seu litígio foi atendido de forma efetiva.

Sentimento de justiça não é algo tão fácil de se definir, chegando alguns autores, como Fernanda Tartuce (2015), trazer a afirmação que “justiça total não é desse mundo”.

São várias as teorias que explicam o que é justiça, adota-se, no entanto, a que parece ser a mais prática quando o assunto é resolução de conflitos, que é a teoria Utilitarista de John Stuart Mill.

O Utilitarismo de Mill, que é considerado um utilitarismo mais humanizado destaca de que a justiça é realizada sempre que é feita a maximização da felicidade do maior número de pessoas, sem deixar de lado, contudo, o respeito pelos direitos individuais fundamentais. Ele pensava em maximizar a felicidade a longo prazo, para toda a sociedade (SANDEL, 2012).

Assim, a decisão justa de um conflito é aquela que gera maior felicidade para o maior número de pessoas envolvidas, no caso concreto, e para a sociedade, de uma forma geral, vindo ao encontro do conceito de efetividade social das decisões judiciais.

Definindo então qual o conceito de justiça acredita-se mais se aproximar do esperado, e tendo que acesso à justiça é acesso a um sistema que beneficiará a maior parte da sociedade, o utilitarismo seria bem aplicado às práticas da mediação e conciliação, visto pretenderem um acordo que deixe todos os interessados, ou a maior parte deles, com sentimento de felicidade.

As leis brasileiras, e dos demais países do ocidente, assim como seus sistemas judiciários, tendem a evoluir para proporcionar maior acesso à justiça, o que ficou conhecido como *ondas de acesso à justiça*.

Com esta evolução, já não importa tanto o meio utilizado para conseguir o acesso à justiça, se pela autocomposição ou pela imposição de um terceiro, seja pela arbitragem ou pelo julgamento no Judiciário.

Entra em discussão então se há a necessidade de uma tutela estatal para que se tenha acesso à justiça, se realmente é preciso ter o Estado nesta relação, ou acesso ao Judiciário e a jurisdição estatal seria somente um dos meios de se chegar a uma decisão justa que põe fim aos conflitos.

O indivíduo então pode escolher entre a decisão do Estado-Juiz ou dirimir seus conflitos por meios extrajudiciais, chamados de alternativos ou adequados.

Kazuo Watanabe (2003) explica que quando a Constituição assegura o acesso à justiça é implícito o “princípio da adequação”, é assegurado também a solução adequada desse conflito, adequada quanto ao tipo de conflito e a tempestividade da solução.

Os meios extrajudiciais autocompositivos são regulamentados pela Lei 13.140 de 2015, mais especificamente, na Subseção II, artigo 21 e seguintes. E, apesar de a lei falar apenas em mediação, as regras nela trazidas se aplicam também à conciliação.

A mediação e a conciliação (tanto extrajudiciais como as realizadas na esfera judicial) não visam acabar com os processos judiciais “ordinários”, mas conviver simultaneamente, sendo utilizadas quando se trata de direitos disponíveis, e quando as partes estão dispostas a autocomposição.

Frisa Fernanda Tartuce (2015) *que* não se deve ter a forma como o mais importante, o valor superior é o acesso à justiça o “dar a cada um o que é seu” e não o formalismo utilizado para se alcançar esse direito.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) destacam a importância do Direito de acesso à justiça, pois é ele quem leva a efetivação dos demais Direitos, e que para essa efetivação os métodos autocompositivos seriam os melhores por serem apaziguadores.

Porém eles não devem ser utilizados de modo isolados, devendo os métodos de atingir o acesso à justiça serem “plurais” e “combinação de várias soluções integráveis entre si”.

Cappelletti chama esse enfoque de “justiça coexistencial”, sendo um meio mais apto quando se fala em assegurar o acesso à justiça.

Esta é uma tendência mundial, em que as partes dão fim ao um conflito definitivamente, estipulando, por elas mesmas, as regras que seguirão. Diferentemente do sistema jurisdicional estatal, no qual um terceiro diz a lei que deve ser seguida.

Isto vem ao encontro do que a Universidade de Harvard já chamava, no início da década de 1970, de Tribunal de Múltiplas portas, ou seja, várias alternativas

diferentes para resolver os conflitos que até lá chegavam.

Chiovenda explica que o objetivo do processo é expor a vontade da lei, o que pode não fazer cessar a contenda, pois uma das partes saiu perdedora do julgamento. É o sistema perde/ganha que está enraizado no sistema Judiciário e na sociedade atual (TARTUCE 2015).

Não é raro, nos casos decididos pela via ordinária do Judiciário, que haja “litigiosidade remanescente”. Isso ocorre quando as partes ainda mantêm relação após o término do processo, pode-se citar vizinhos ou mesmo familiares, que não conseguem manter relacionamento.

Em casos práticos, principalmente em casos que envolvam direito de família, inúmeros processos são iniciados ao longo do tempo, sempre que uma das partes se torna “perdedora” aguarda uma mudança de situação, por menor que seja, para tentar reverter a decisão dada anteriormente.

Ainda no contexto de coexistência, caberá às partes a decisão de ingressar no Judiciário ou procurar um meio autocompositivo extrajudicial para dar fim ao seu conflito, Rudolf von Ihering espera que os conflitantes saibam raciocinar na relação 'custo-benefício' para tomar essa decisão (TARTUCE, 2015).

Von Ihering salienta ainda a mudança de visão que é dada ao conflito, por quanto à decisão judicial visa resolver um conflito do passado, a conciliação e a mediação visam resolver o conflito presente e preservar a relação futura, evitando novos litígios entre os envolvidos.

Quando se fala em escolha do melhor método para dirimir conflitos, para alcançar o real acesso à justiça, há que se ver entre os envolvidos não só as partes, mas quem as auxilia na escolha.

Entra nesta hora a formação dos operadores do direito, principalmente dos advogados, que devem estar cada vez mais atentos para estas possibilidades.

Tal escolha deve se basear na “índole do conflito e no perfil das partes”. E com esses elementos pode-se ser levantando as vantagens e as desvantagens de se acessar a justiça pelos métodos, até então, chamados alternativos (TARTUCE, 2015).

Com essas convicções, Fernanda Tartuce (2015) apresenta vantagens e desvantagens na escolha desses métodos, chamados alternativos, que podem ser

listadas de forma simples para melhor visualização e entendimento.

São consideradas por ela como vantagens: 1) Resultados mais rápidos, mais confiáveis, mais econômicos e que se ajustavam mais as mudanças tecnológicas; 2) A ampliação das opções aos indivíduos que necessitam dirimir seus conflitos e teriam várias formas de procedimentos diferentes; 3) A jurisdição estatal seria aperfeiçoada, visto que a redução dos processos em trânsito seria reduzida; 4) Proporcionar um diálogo entre as partes em conflito, acabando com o conflito existente e prevenindo o surgimento de outros no futuro; 5) Cumprimento de própria vontade dos acordos feitos, não necessitando da força coercitiva do Estado.

Um por um, cada vantagem pode ser explicada de forma simples.

Quando se fala em métodos alternativos, se fala em métodos menos rígidos, com mais informalidade e que tem maiores possibilidades de serem moldados aos conflitos, com rapidez e economia, algo que está muito longe do Judiciário nos dias atuais.

Os “usuários” ou clientes, como foram chamados, tem outras oportunidades de escolha, não sendo o julgamento pelo Estado-juiz a única, diversos métodos poderão ser aplicados. Um método alternativo extrajudicial pode ser a mediação, a conciliação ou a arbitragem.

Quando se fala em coexistência do método comum, jurisdição estatal por meio do Judiciário, e dos métodos extrajudiciais, tem-se em mente a diminuição de início de processos judiciais, ou mesmo quando tem início, mas são aplicados os procedimentos de mediação ou conciliação, fala-se em menos processos chegando até o juiz para julgamento.

Isto proporcionaria um aperfeiçoamento no sentido de que, os processos que chegam para julgamento serão melhor estudados, melhor avaliados, e a máquina judiciária em si estará mais preparada, pois não trabalhará com um volume excessivo como vem fazendo.

Um dos fundamentos dos métodos autocompositivos é a interação das pessoas envolvidas no conflito, fazendo com que elas consigam chegar a um termo que considerem favoráveis (ou menos desfavoráveis) a elas, assim estarão cientes de sua responsabilidade e sabendo como se comportarem para evitar futuros conflitos, pois tiveram a chance de dialogar e escolher o que lhes era mais justo.

O que dá a ideia de cumprimento espontâneo, pois se chegaram ao acordo por livre vontade, também o cumprirão assim.

São colocadas pela autora como Desvantagens: 1) Uma nociva privatização da justiça, enfraquecendo o Estado ao retirar dele a função de administrar a justiça; 2) Não serem as decisões e os procedimentos transparentes, confiáveis e controlados; 3) A criação de uma justiça de segunda classe; 4) Um enfraquecimento sistemático das leis e do Direito e a decepção das partes.

Coloca-se o perigo da privatização da justiça, o que na verdade não ocorre, como já visto, o direito constitucional de acesso à justiça não deixará de ocorrer, e nem serão afastadas discussões da jurisdição Estatal, que funcionará com papel fiscalizador, papel de jurisdição chamada voluntária.

Muito menos ocorrerá o enfraquecimento do Estado, pois, tem-se que ser levada em conta que a função do Estado ao administrar a justiça não é somente dizer o direito aplicado, mas levar a pacificação social aos seus cidadãos, fato esse que continuará ocorrendo.

Quanto aos que dizem que haverá uma 'justiça de segunda classe', talvez seja ela a que vem sendo realizada hoje, com o abarrotamento das varas e tribunais com inúmeros processos que tramitam sem prazo razoável ou segurança da decisão.

Os meios autocompositivos não vêm para dividir a justiça em duas, nem excluir qualquer indivíduo, mas sim para que cada um consiga chegar, pela sua escolha, ao método que melhor lhe aprouver, para chegar ao que acredita ser justiça para si.

A própria autora se posiciona contra as desvantagens listadas (TARTUCE, 2015), pois não vê como enfraquecimento o fato de que a parte pega para si a decisão a ser tomada, mas sim vê como empoderamento e maior justiça.

Pois as partes entendem qual o direito foi aplicado, e quais as regras que devem cumprir, reconhecendo assim espontaneamente as normas.

Ressalta ainda, que os métodos autocompositivos, visam coexistir com o Poder Judiciário, com o procedimento que já é aplicado, e não enfraquecê-lo ou substituí-lo, auxiliando-o na sua modernização, fortalecimento e facilitando o acesso à justiça.

Apesar desse termo “empoderamento” estar bastante em evidência nos movimentos sociais, o que se visa com ele aqui é colocar que as partes em conflitos devem se sentir com o controle de suas próprias vidas, com o direito e o dever de resolver suas pendências, da maneira que acreditem ser mais acertado, sempre observando os limites da lei.

Fica assim esclarecido que o acesso à justiça se apresenta hoje revestido de várias formas, sendo o mais importante a aplicação do Direito ao conflito, fazendo com que as partes sintam que a decisão foi justa para elas, sendo esta decisão tomada por um terceiro imparcial ou por elas mesmas.

Para se chegar nesse patamar, alguns degraus foram galgados durante a discussão de como dar a população acesso à justiça, esses “movimentos” ou “ondas” evoluíram com o passar do tempo.

Por outro lado, fala-se muito em crise do Judiciário, sem levar em consideração a “hiperjudicialização” que ocorre nos dias atuais. Kazuo Watanabe (2003) chama a atenção para o individualismo da cultura brasileira, frente a outras por ele estudadas como a norte-americana e a japonesa, que tem uma cultura e mentalidade mais voltada para a sociedade. O brasileiro é dependente de uma figura de autoridade, no caso do Judiciário o juiz.

Entende-se assim a dificuldade que muitos brasileiros têm de aceitar que seu conflito seja decidido por outros meios que não a sentença judicial. Não é raro escutar, no meio advocatício, que o cliente prefere deixar o juiz decidir.

1.4.1 Movimentos ou ondas de Acesso à Justiça

Cappelletti e Garth (1988) colocam a evolução do conceito desse instituto, e com isso traz a sua evolução histórica, chamando de “ondas de acesso à justiça”, também chamado de movimentos de acesso à justiça.

Na “sociedade burguesa” a justiça não estava ao alcance de todos, devido aos seus custos, sendo então que era aplicada a quem poderia pagar, com o crescimento da sociedade e dos Direitos Humanos, deixando a visão individualista de Direito, para uma mais coletiva.

Com isso apareceu pela primeira vez que era necessária a atuação positiva

do Estado para a efetivação desses Direitos fundamentais (saúde, trabalho, segurança, educação, entre outros).

Assim o Direito de acesso à justiça, ou seja, de utilizar-se do Estado para garantir os Direitos Fundamentais, ganhou maior atenção.

Foi então que detectaram o que chamaram de ondas de acesso à justiça, em número de 3, que foram movimentos que surgiram em sequência cronológica.

Segundo eles estas ondas são:

1 – Assistência Judiciária para os pobres.

2 – Representação dos Interesses Difusos.

3 – Do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça.

Como o problema relatado era que a justiça era dada, na sociedade burguesa, a quem detinha riqueza, a primeira onda visava justamente estendê-la a quem não a tinha, ou seja, aos pobres.

Um dos primeiros passos dados para tal foi o pagamento, pelo Estado, dos advogados particulares por consultas jurídicas e acompanhamento de processos. Procedimento adotado em vários países, principalmente nas décadas de 60 e 70 do século XX.

Com o tempo, uma mudança ocorreu, existindo a formação de escritórios de advogados, pagos pelo Estado, nas comunidades mais pobres, criando, nos Estados Unidos, uma categoria de advogados que estaria apta e eficiente em advogar nas causas dos mais pobres.

Talvez esse seja o embrião das Defensorias Públicas que existem no Brasil hoje, advogados pagos pelo governo para atender pessoas sem condições de pagar advogados particulares.

Deve-se levar em conta também que os custos do serviço do Judiciário eram pagos pelos mais abastados, e deviam agora ser suportados pelo governo para os mais pobres.

O Brasil já se preocupava com o assunto na década de 1950, tendo a lei 1.060, ainda em vigor, que traz em seus artigos as linhas a serem seguidas pelo país quanto à assistência judiciária¹⁸.

18 Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber

Especial atenção deve ser dada ao artigo 9º, pois dele se depreende que não só o advogado será pago pelo Estado a quem não possa pagar, mas todas as taxas e custas processuais que o Judiciário venha a cobrar.

A própria Constituição brasileira coloca o Direito de a assistência jurídica aos pobres como Direito Fundamental, estando elencado no artigo 5º, Inciso LXXIV¹⁹.

Assim, ao lado dos incisos XXXIV²⁰ e XXXV²¹, garante (ou deveria garantir) ao “não abastado”, acesso à justiça brasileira.

A segunda onda trata da representação dos Direitos Difusos e Coletivos, que são os direitos inerentes à coletividade, a grupos.

Essa onda, apontada também por Cappelletti e Garth, forçou um movimento do Judiciário, modificando noções básicas de processo civil, forçando o seu desenvolvimento para proteção de tais direitos, pois até então, o processo era visto como destinado a dirimir conflitos entre duas partes, e só entre elas.

Agora, os direitos de grupos, não só de pessoas desprovidas de riquezas,

dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

[...]

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

§ 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil. O próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.

[...]

Art. 9º. Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias.

Art. 10. São individuais e concedidos em cada caso ocorrente os benefícios de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda e que necessitarem de tais favores, na forma estabelecida nesta Lei.

[...]

Art. 13. Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento.

19 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

20 XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

21 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

começaram a ser levados em consideração.

Nesta fase o processo passou a tratar de litígios de “direito público”, fato esse constatado em todo o mundo, isso porque tais direitos diziam respeito a políticas públicas para um grande número de pessoas (CAPPELLETTI, 1988).

No Brasil esses direitos de ordem pública são tutelados por ações coletivas, algumas previstas em artigos esparsos da Constituição Federal²².

E outras em leis ordinárias, como as Leis 7.347/85²³ e 8.078/90²⁴, que dispõem respectivamente sobre a Ação Civil Pública e sobre a defesa do

22 Artigo 5º

[...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (grifo do autor).

23 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social.

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

24 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

consumidor.

Estas duas ondas se preocuparam principalmente com a representação processual dos mais desvalidos, seja individualmente, seja em grupo, visando equiparar as partes nos processos.

A terceira e última onda “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.” (CAPPELLETTI, 1988).

Diz respeito aos órgãos do Judiciário e dos mecanismos utilizados para dirimir os conflitos e evitá-los.

Por dar um enfoque muito mais amplo do que as duas ondas anteriores, essa onda foi denominada por Cappelletti e Garth de ‘o enfoque do acesso à Justiça’, ela se junta as outras duas ondas, tratando-as como uma parte de uma série de possibilidades de melhorar o acesso à justiça.

Ela se tornou necessária, pois as duas primeiras não foram consideradas suficientes para ampliar na prática o acesso à justiça, ou como dizem os autores, tornar “vantagens tangíveis”.

Observaram que não é apenas quem dará início a ação, o advogado, como nas duas primeiras ondas, deve ter a função modificada e ampliada, mas todo o procedimento que vai ser realizado para aplicar a justiça deve sofrer tais transformações.

Segundo eles o enfoque deve ensejar um grande número de reformas que vão desde reformulação de procedimentos, mudança de estrutura do Judiciário e criação de novos tribunais, com competências específicas, até modificações no direito que levem a facilitação na resolução dos litígios, incluindo como modos de acesso à justiça, os meios extrajudiciais.

É uma modificação profunda no Judiciário, que até então tinha um procedimento rígido, o processo, para dirimir conflitos, sempre que a “queixa” era apresentada para o Estado.

Nesta terceira onda já se fala em “mecanismos privados”, “informais”, “pessoas leigas”, fatos esses, transportado para a realidade brasileira, vem ao encontro da Lei que instituiu os Juizados Especiais e principalmente ao Código de Processo Civil atual.

Cappelletti e Garth já em 1988 vislumbravam a importância de outros meios que não o Judiciário rígido, que só apresentava um modo de solução de conflito, serem aplicados para o acesso à justiça, já verificavam que se esses meios não fossem empregados com uma reforma ampla do Judiciário, isso levando em conta os sistemas judiciários do ocidente na época de seu escrito, o sistema jurisdicional entraria em colapso.

Para eles, para haver realmente acesso à justiça, o Judiciário teria que promover diferentes tipos de procedimentos para diferentes tipos de disputas.

Não poderiam causas de complexidades muito distintas serem resolvidas pelo mesmo meio processual e isso teria de ser acompanhado de uma grande modificação no processo civil, fato que se viu no Brasil recentemente, dando oportunidade do país “ser banhado” por esta terceira onda de uma forma mais intensa.

Inclusive o uso da mediação já era citado por eles como método mais apropriado para certos litígios, os de menor complexidade, em que as partes poderiam decidir sobre o conflito.

Essa mudança no olhar e na teoria do processo civil não é tão recente no Brasil, já tendo escritos datados da década de 1980, podendo citar Kazuo Watanabe como expoente nesse sentido.

Nesta vertente, a lei 9.099 foi editada já na década de noventa, dando procedimentos abreviados para causas cíveis de menor complexidade, e até para crimes de menor potencial ofensivo.

Esta lei prevê desde então que nos Juizados Especiais Cíveis será utilizada a conciliação para a resolução dos litígios.

Com o Conselho Nacional de Justiça tentando implementar uma política nacional de resolução pacífica de conflitos, resolução 1250/2010, os Tribunais estaduais iniciaram a criação de núcleos de Mediação e Conciliação que deram origem aos Centros Judiciais de Solução de Conflito e Cidadania.

E mais recentemente a Lei da mediação e o Código de Processo Civil que trazem a possibilidade de mediadores/conciliadores, ou mesmo câmaras de conciliação/mediação, extrajudiciais e a aplicação desses métodos no âmbito do poder público e até mesmo que esses procedimentos sejam aplicados em processos

já em tramitação.

É certo que esta terceira onda veio para transformar o Judiciário brasileiro, o que se fala há muito tempo, porém, existe uma necessidade de primeiro plano que ainda está sendo mitigada, que é a transformação dos operadores do direito.

Junto com esta terceira onda o operador do direito, advogado, juiz, defensor, entre outros, têm que mudar sua concepção e passar aos seus clientes a forma mais eficaz de se chegar à justiça.

Vê-se, por exemplo, que grandes empresas ainda não se adaptaram a esta realidade, ou que seus consultores jurídicos ainda não as alertaram para tal, tendo ainda a ideia de “seguir com o processo” até a decisão final do juiz, muitas vezes despendendo muito mais dinheiro para tanto.

Muitos juízes, por outro lado, deixam de marcar as audiências de mediação/conciliação por não estar expressamente na petição o pedido de sua realização, ou deixam de aplicar a multa trazida pelo código quando da ausência injustificada, ficando o ato atentatório a aplicação da justiça sem punição.

Esses atos levam ainda muito a crer que os procedimentos de autocomposição, quando realizados na esfera judicial, são procedimentos totalmente dispensáveis, e se assim continuar, acabará por cair em desuso em alguns ramos do direito.

1.5 Acesso à Justiça como Direito Fundamental Constitucional

Já se viu que o acesso à justiça na lei pátria está assegurado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, artigo esse que abarca os Direitos Fundamentais dos cidadãos e dos estrangeiros residentes no Brasil.

Também já foi falado que para a efetivação da terceira onda, ou movimento, de acesso à justiça, ser concretizada há a necessidade de uma transformação no processo civil, nos mecanismos do mesmo e uma nova concepção de Direito Processual, o Direito Processual Constitucional.

A Constituição brasileira aderiu então à concepção de que o Direito de acesso à justiça é um direito fundamental do indivíduo, sendo o Direito pelo qual

pode-se chegar à realização dos outros, ou seja, sem esse Direito Fundamental todos os outros carecerão de proteção.

A lei maior também tratou de nortear o Processo Civil brasileiro, colocando entre suas premissas princípios constitucionais do processo civil, que hoje são adotados pelo Código de Processo Civil.

Os doutrinadores atuais aderiram a uma nova visão de processo civil, não sendo difícil achar quem fale em “Processo Civil Contemporâneo” ou em “Teoria Geral do Processo Contemporâneo” para descrever o processo civil sendo aplicado e estudado à luz da Constituição e voltado aos Direitos Fundamentais.

Assim, os princípios estudados na teoria do processo, ou direito processual, com enfoque nesse trabalho em processo civil, estão relacionados com princípios da Constituição Federal, colocados de modo esparsos pelo legislador originário.

Como exemplo, o princípio da Eficiência, que foi introduzido no artigo 37 da Constituição Federal como princípio norteador da Administração Pública, hoje permeia também os meios jurisdicionais, por ser também uma das funções do Estado.

Pode-se dizer que a onda de enfoque ao acesso à justiça, colocada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth como terceira onda, começou a chegar ao Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, porém, só começou a ser colocada em prática anos depois, nos anos 90, e só agora toma novo impulso com a constitucionalização do processo e o Código de Processo Civil de 2015, que fez as modificações necessárias na lei processual civil para que se tenha, pelo menos em teoria, um real acesso a ordem jurídica justa.

É sabido que as mudanças da terceira onda não são apenas mudanças nas leis, nos procedimentos, ou a constitucionalização do processo, mas sim uma mudança mais profunda no Judiciário como um todo e em meios alternativos.

No Brasil fala-se há tempos em reforma do Judiciário, mas deve-se levar em conta que as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, à luz da Constituição, muito ajudam na ampliação do acesso à justiça.

Em outras palavras, a visão da matéria processual como sendo um Direito Processual advindo dos princípios constitucionais dão sustentação do “acesso à justiça” como princípio fundamental constitucional.

O acesso à justiça deve estar ligado diretamente à questão de justiça social, a fim de que se cumpram os direitos sociais constitucionais.

Não é importante somente que o processo chegue à fase de sentença de forma rápida e não onerosa, é necessário também que a decisão atinja os fins sociais, sendo passível de ser aplicado no meio social.

Para Cappelletti (1988): “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Assim o direito de acesso à justiça, como Direito Constitucional, abarca não só o direito de ação, como era visto outrora, mas o direito a uma tutela adequada ao direito pleiteado e ao devido processo legal.

A Constituição Federal brasileira consagrou o acesso à justiça no inciso XXXV, do artigo 5º²⁵.

Chamado também de princípio da inafastabilidade, do qual se retira que todos tem o Direito Constitucional de procurar a jurisdição estatal e ter seus conflitos dirimidos por ela.

Esse inciso pode ser considerado o norteador das reformas introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, pois não é possível uma mudança para ampliar o acesso à justiça sem ter meios reais e técnicas processuais que o viabilizem.

O princípio da inafastabilidade não deve ser estudado de modo isolado, deve se juntar ao inciso LXXVIII do mesmo artigo²⁶ para a compreensão de que o livre acesso ao Judiciário seja verdadeiramente acesso à justiça (DELLORE, 2016).

O princípio da inafastabilidade do Judiciário quer colocar não somente que o cidadão pode ter acesso ao poder/dever do Estado de resolver conflitos, mas sim,

25 TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

26 Artigo 5º

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

que desse acesso deve resultar uma prestação justa, assim, não importa tanto o método aplicado, mas a finalidade alcançada.

Tal princípio deve ser observado de forma ampliada, atingindo todos os meandros da tutela jurídica.

Kazuo Watanabe (2003) deixa claro que está implícito nesse direito o direito de ter a resolução pelo método mais eficaz de solução do litígio.

Quando colocado pelo legislador constitucional no artigo 5º, tal princípio se tornou norteador não só de toda e qualquer lei processual pátria, mas de toda a atividade jurisdicional, sempre com a finalidade de atender seu preceito de Direito Fundamental.

Importante salientar novamente, que não é sozinho que o princípio da inafastabilidade vem dar roupagem de princípio fundamental constitucional ao acesso à justiça, e sim em contato com outros princípios, dos quais podem ser citados “da efetividade do processo, da tempestividade da tutela jurisdicional, da adequação dos meios à natureza do conflito, como de resto também da gratuidade da Justiça.” (DELLORE, 2016).

Não há como se falar do princípio do acesso à justiça como Direito Fundamental sem falar de efetividade.

A efetividade como princípio é o que vem fazer que o meio utilizado para resolver o conflito seja apto a produzir os seus efeitos, chegar aos fins desejados.

Assim, o princípio Constitucional da inafastabilidade do Judiciário só será completo se a tutela jurisdicional prestada for efetiva, eficaz.

Essa eficácia tem a ver com a real execução da resposta dada pela jurisdição em meio social, em ser ela apta a produzir os efeitos realmente desejados pelo indivíduo quanto procurou a tutela jurisdicional.

Não adianta uma resposta da jurisdição, uma decisão judicial, que seja considerada legalmente justa, mas não tenha efetividade no meio social, o indivíduo que a obteve não vai ter para si o sentimento de justiça. Nesta situação, não houve acesso à justiça, somente uma atividade do Estado que para o cidadão não teve satisfação alguma.

O processo tem que ter um resultado prático, uma sentença com uma decisão que seja possível de praticar na vida social. Deve ser um “processo civil de

resultados” (DELLORE, 2016).

Onde o que é considerado importante não é a resposta do Judiciário, mas sim se essa resposta foi dado em um processo rápido, pouco oneroso e se pode ser realmente efetivada socialmente.

Colocando que o acesso à justiça não se dá apenas pela jurisdição e pelo processo, tem-se que os procedimentos que tem como fim dirimir conflitos devem ser eficientes, em todos os seus aspectos, principalmente quanto à possibilidade de a decisão final, o Direito tutelado, ser colocada em prática no meio social dos indivíduos envolvidos.

Pois o acesso à justiça, colocado como Direito Fundamental, dará ao indivíduo meios para que se efetive não só a proteção de seus direitos pelo Estado, mas trará a efetividade dos Direitos Fundamentais em casos concretos de desrespeitos, o que deve ser garantia básica de um Estado Democrático de Direito.

Pode-se concluir aqui, que sendo Direito Fundamental Constitucional, é baluarte da defesa dos demais Direitos Fundamentais.

Assim, quando se é necessário assegurar outros princípios constitucionais do processo, que são as bases para direitos a um processo eficiente, deve-se pleitear o real e amplo direito de acesso à justiça, ou como cunhou Watanabe, a uma ordem jurídica justa.

1.6 O Enfoque do Acesso à Justiça nos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

Dando sequência ao pensamento acima, o acesso à justiça, como Direito Fundamental, nos dias atuais, se relaciona intimamente com vários outros princípios processuais e institutos jurídicos, tudo para que seja realmente levado a efeito.

Para aprofundar em uma visão de acesso à justiça é necessário colocar a proposta de reforma já proposta por Cappelletti e Garth em sua obra sobre o tema, Acesso à justiça, já no ano de 1988, note-se que é no mesmo ano da promulgação da Constituição Federal Brasileira, que chamaram de “Tendências no uso do enfoque do acesso à justiça”.

Apesar de já contar com praticamente 40 anos, a visão desses dois

escritores continua atual e as reformas por eles propostas ainda vem sendo implementadas.

Também é necessário o estudo das mudanças processuais ocorridas no Brasil, desde então, para dar amplo acesso à justiça à sua população, principalmente nas regras do “novo” Código de Processo Civil, que vem ao encontro das mudanças colocadas por Cappelletti e Garth e dos princípios consagrados na Constituição Federal.

Iniciam os autores estrangeiros que o enfoque que dão ao acesso à justiça é amplo, devendo ele abranger uma reforma completa de todo o sistema Judiciário.

Levam em consideração no estudo o Judiciário dos países ocidentais, que acabaram por se desenvolver quase da mesma forma, utilizando-se da jurisdição e do processo para chegar a resolução de conflitos e a pacificação social.

Deixam explícito que a simples adoção de novas leis e métodos de resolução de conflitos, isoladamente, não levam ao acesso pleno à justiça e descrevem algumas mudanças que, “imaginam”, podem levar a um acesso efetivo à justiça.

Elencando as reformas colocadas ao longo da obra por eles escrita para melhor visualização, são:

A) A reforma dos procedimentos judiciais em geral

B) Imaginando métodos alternativos para decidir causas judiciais

1 – O juízo arbitral

2 – A conciliação

3 – Incentivos econômicos

C) Instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular “importância social”. Uma nova tendência no sentido da especialização de instituições e procedimentos judiciais

1 – Procedimentos especiais para pequenas causas

2 – Tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar divergências na comunidade

3 – Tribunais especiais para demandas de consumidores

4 – Mecanismos especializados para Garantir Direitos “Novos”

D) Mudanças nos métodos utilizados para prestação de serviços jurídicos

1 – O uso dos “parajurídicos”

2 – O desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante “Convênio” ou “em Grupo”

E) Simplificando o direito

Para fim do presente trabalho, ao analisar os tópicos acima, alguns terão estudos mais pormenorizados.

Dando início ao tema de reforma dos procedimentos judiciais em geral, frisam que o sistema jurídico atual, não será totalmente substituído por um novo, mas continuará existindo, pois certos conflitos sempre dependerão da decisão dele como está posto atualmente.

Os tribunais como existentes devem continuar por força de assuntos que sempre precisarão de sua postura como é, com procedimentos mais rígidos, seja por tratar de assuntos relacionados a direito constitucional, seja por tratar de litígios mais complexos, de grande expressão financeira ou ainda que necessite de grandes meios que só a jurisdição comum possa ter. (CAPPELLETTI, 1988).

O que deve acontecer é coexistência entre o sistema tido como ordinário, comum, no Judiciário, e os novos procedimentos que deverão ser implantados com a reforma.

A adoção de novos procedimentos em países como França, Áustria e Estados Unidos, tornando o processo civil mais simples e rápido, por exemplo, ou tendo um juiz mais ativo, para levar as partes a igualdade são reformas que tem por escopo dar mais acesso à justiça.

A oralidade também seria uma saída para reduzir os custos e tornar mais célere o procedimento aplicado pela jurisdição. Como ocorria, ao tempo da escrita, nos países socialistas, nos quais os tribunais que resolviam pequenas causas não tinham custo à população.

O importante é que se tenha uma reforma geral para que causas de complexidade diferentes tenham ritos diferentes para solução de conflitos, deixando aos tribunais com ritos mais rígidos os conflitos de maior complexidade.

Se for analisado esse tópico com foco no Direito Brasileiro, pode-se fazer a direta comparação com os Juizados Especiais, em que a oralidade e a ausência de custas coexistem com o “Judiciário tradicional”, tendo para pequenas causas ritos

muito mais céleres, aplicando, até mesmo, métodos que só agora chegam aos procedimentos ordinários.

Mas imaginando que o Judiciário tradicional tenha uma elasticidade para reformas, ou nas palavras dos autores, limitações, colocam alguns métodos que acreditam conseguir transformar a justiça em algo mais acessível.

Nota-se de primeira vista que alguns deles são utilizados na atualidade em vários sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro.

O primeiro, e já comentado acima, método alternativo para modificar o acesso à justiça é “o juízo arbitral”.

A primeira vista parece estranho, pois a premissa do juízo arbitral é ser privado, porém os autores colocam esse instituto como sendo suportado financeiramente pelo Estado.

Nesse caso o pagamento do árbitro, que, sem dúvida, onera o processo de arbitragem, seria feito pelo Estado, ou então, os próprios juízes atuariam nesta função.

Algo semelhante ao que vem fazendo o Judiciário brasileiro na atualidade contratando e arcando com as custas de mediadores e conciliadores.

Tal experimento teve êxito na França, onde os juízes foram chamados de “árbitro amigável” (CAPPELLETTI, 1988).

Outra experiência no sentido de não ter custo com árbitros foi feita na Califórnia, Estados Unidos da América, foi a utilização de Advogados como árbitros, que foi transformada em um sistema fixo, visto o bom desempenho.

Vê-se que a única modificação feita pelos autores do instituto da arbitragem particular é o pagamento do árbitro pelo Estado, permanecendo as vantagens de ser um procedimento rápido e pouco oneroso financeiramente (após retirar o pagamento do árbitro).

Outra solução dada pelos autores é a aplicação da Conciliação.

Sustentam os autores que esta prática, por não haver necessidade de julgamento, é mais vantajosa e benéfica, pois elimina gastos excessivos e dão maior rapidez às decisões.

As bases, mesmo que simplificadamente, desse instituto já foram colocadas acima, e voltarão a ser estudadas em capítulo posterior, sendo assim, o que é

importante deixar em evidência nesse ponto, é que levar a conciliação para o âmbito do Judiciário, sendo ela feita por alguém indicado pelo Estado, e não um particular, é um modo de baratear o custo para as partes, assim como sugerido na arbitragem.

Nota-se que os autores utilizam o termo conciliação, porém, as articulações que fazem sobre o tema valem também para o instituto da mediação, também estudado detalhadamente mais a frente.

Continuando os métodos que acham que darão resultado para a melhora do Judiciário em geral, os autores colocam que é importante ter incentivos econômicos.

Esses incentivos seriam baseados em taxas cobradas pelo Judiciário e suportadas pelos sucumbentes, ou seja, no custo do processo em si.

Serviriam esses incentivos para incentivar os demandantes a tentar a resolução de conflitos por meio de métodos extrajudiciais, como a conciliação.

Até mesmo um sistema de punição para quem se negue a participar da conciliação proposta, pela corte ou pela outra parte, é visto em alguns países.

A crítica feita é que nesse sistema é o autor quem arcaria com os custos, caso se negue a participar da conciliação, porém, deve ser considerado que os autores, em grande parte dos casos, é a parte mais fraca economicamente, o que não traria a paridade de partes, não gerando assim melhoria no acesso à justiça.

Colocam os autores, que um método mais justo que o acima mencionado estava em teste em Michigan, EUA, que apenas o réu tanto quanto o autor, em não participar de proposta razoável de conciliação, e ainda previa que seria um especialista a conciliar as partes, o que poderia chegar a um acordo mais razoável.

Nos casos acima os mecanismos eram aplicados apenas em causas que tratavam de danos, em que o réu, geralmente, tinha mais capacidade financeira.

Não há como não fazer uma rápida comparação com o sistema de penalidade trazido pelo atual Código de Processo Civil brasileiro que prevê que a parte que faltar a audiência de conciliação/mediação, será multada por ato atentatório à dignidade da justiça, tal sanção encontra-se como regra no parágrafo 8º do artigo 334 do citado diploma legal²⁷.

27 § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Os autores chamaram de instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de importância social a criação de fóruns mais acessíveis para as demandas vindas de pessoas comuns (CAPPELLETTI, 1988).

Enquanto as outras “ondas”, e muitas reformas propostas por estas, propõem mudanças para assegurar a igualdade entre partes que não estão em ‘pé de igualdade’ - “consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos” - esta terceira onda quer colocar em voga o tipo de causa, tipo de conflito, que envolve o homem comum, onde muitas vezes o entrave é justamente a complexidade dos procedimentos aplicados pelo “rito” em que ordinariamente tramitam todas as causas.

Segundo eles, são necessárias cortes mais simples, com procedimentos mais simples para causas mais simples.

A mudança dessas causas para cortes diferentes os autores chamaram de desvio.

Certas causas, de indivíduos comuns, com pedidos de menor complexidade, seriam desviadas para essas cortes com procedimentos simplificados, desafogando assim o Judiciário ordinário, sempre coexistindo com esse.

A preocupação baseia-se, principalmente, nos novos direitos que surgiam, e ainda surgem, para o indivíduo comum. Direitos esses que acabam não sendo perseguidos por falta de conhecimento e também pela complexidade dos meios que atuam o Judiciário.

Lembrando que o estudo em análise foi realizado na década de 1980, e deve-se levar em consideração tanto a consolidação de vários direitos daquela época até hoje, e ser mais difícil o acesso à informação do chamado “homem comum” não só no Brasil, mas em todo o mundo.

Mas essa visão de ter cortes, ou tribunais, diferentes para causas diferentes leva também a uma nova concepção de justiça, que até então é vista como a simples aplicação da lei, ou da regra de direito, ao fato concreto apresentado ao Judiciário, e deve agora focar na efetividade da resposta do Judiciário, na “justiça social”, buscando sempre procedimentos capazes de atender as demandas do

homem médio, homem comum.

Esses procedimentos vêm para auxiliar o Judiciário tradicional, abrindo novas oportunidades de ingresso no Judiciário, ampliando o acesso à justiça²⁸.

A criação dessas novas cortes e procedimentos dentro do Judiciário não deve ocorrer para beneficiar apenas ele mesmo, como órgão executor da jurisdição, dando fim a processos mais rapidamente e acabando com as intermináveis filas de julgamento, mas sim levar em consideração o lado social do processo, a justiça social, a efetividade da decisão em meio social.

Essas cortes devem servir para que os homens comuns, as pessoas simples da sociedade, busquem a efetivação de seus Direitos.

Faz-se necessária também a mudança das normas de processo, principalmente das normas de processo civil, para estabelecer novos procedimentos, tendo como elementos desse novo sistema a características de “baixo custo, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos” (CAPPELLETTI, 1988).

Trazendo para a realidade brasileira, essas cortes que “desviariam processos” para procedimentos mais simples, podem ser facilmente reconhecidas nos Juizados Especiais criados pela lei 9.099 de 1995, e aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, CEJUSC, implementados a partir da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, em que procedimentos como a Conciliação e a Mediação são aplicadas de modo não oneroso e rápido, para causas de menor complexidade e Direito disponível.

Além disso, esses órgãos, que fazem parte do Judiciário brasileiro utilizam-se de Juízes leigos, conciliadores e mediadores para realizar os procedimentos necessários.

Profissionais pagos pelo Estado, desonerando assim as partes e barateando

28 O reconhecimento dessa necessidade urgente reflete uma mudança fundamental no conceito de “justiça”. No contexto de nossas cortes de procedimentos formais, a “justiça” tem significado essencialmente a aplicação das regras de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de “uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil”. A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a “justiça social”, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas – por exemplo, com relação ao papel de quem julga – é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O “acesso à justiça” precisa englobar ambas as formas de processo (CAPPELLETTI, 34).

o custo.

Os procedimentos também são abreviados, tendo ritos mais rápidos para que o tempo seja compatível com o direito pleiteado.

A crítica feita pelos autores na criação de “tribunais de pequenas causas” é que em pouco tempo acabam se tornando complexos, visto a exigência de advogado ou comportamento de juízes que continuam atuando como atuam nas cortes ordinárias.

No Brasil a lei determina que determinados procedimentos dos Juizados Especiais dispensam a presença de advogado, baseando-se não no rito ou no direito pleiteado, mas no valor da causa.

Os CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) também preveem mediações e conciliações sem a presença de advogados, procedimentos extraprocessuais, preenchendo as partes alguns requisitos, com relação a sua capacidade e ao direito pleiteado.

O que se nota é que os Juizados Especiais Cíveis brasileiros, que seriam as cortes de pequenas causas, tornaram-se mais uma forma de cobrança de pequenas dívidas do que de reivindicação de direitos, o que causou um abarrotamento também desses juizados, ficando longe da finalidade para que foram criados.

Por essas razões colocam que mesmo os países que já possuem tribunais de pequenas causas, necessitam de uma reforma, tendo em vista o novo enfoque dado ao acesso à justiça. “O desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los”. (CAPPELLETTI, 1988).

Colocam que frente a isso, muitos países já iniciaram uma modificação em seus foros de pequenas causas, levando em consideração os princípios da arbitragem “rapidez, relativa informalidade, um julgador ativo e a possibilidade de dispensar a presença de advogados” (CAPPELLETTI, 1988).

Colocam ainda quatro principais mudanças a serem realizadas para que as cortes de pequenas causas atinjam seus objetivos: a) a promoção de acessibilidade geral; b) a tentativa de equalizar as partes; c) mudando o estilo dos árbitros de pequenas causas e d) a simplificação do direito aplicado.

A promoção de acessibilidade geral seria reduzir o custo e o tempo de duração do processo, e até mesmo de levar esses tribunais de pequenas causas até as comunidades e em horários alternativos.

A discussão que vem da redução de custo é o custo com advogados, o que muitas vezes torna o processo inviável para alguns indivíduos.

Alguns países tomaram por decisão proibirem a presença de advogados em determinados órgãos de pequenas causas, mas tal decisão vai contra o direito de assistência jurídica e pode dificultar ainda mais determinados procedimentos.

No Brasil os Juizados Especiais Cíveis foram criados com essas bases, sendo estabelecido já no artigo 2º da sua lei de criação, Lei 9.099/95, que serão regidos pela “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” e a oportunidade da realização da conciliação²⁹.

Na questão financeira, os juizados especiais cíveis são isentos de custas e taxas em primeiro grau, e consta expressamente na lei que a parte vencida não será obrigada a arcar com custos do advogado da parte vencedora³⁰.

A própria presença de advogados é dispensada em causas com valores de até 20 salários-mínimos³¹, para tentar resolver a questão dos custos de honorários tornar inviável o procedimento.

29 Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

30 Das Despesas

Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.

Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando:

I - reconhecida a litigância de má-fé;

II - improcedentes os embargos do devedor;

III - tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

31 Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários-mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

Esse afastamento do advogado é contestado, por ter o direito da parte assistência garantida, lei do juizado especial fala em assistência por órgão instalado junto ao juizado, o que poderia suprir esse direito.

No Brasil há uma contestação quanto a essa dispensa nas cortes de pequenas causas, visto a própria Constituição brasileira coloca que o advogado é indispensável a administração da justiça no seu artigo 133³², assim, há quem coloque como inconstitucional a parte da lei que faculta a assistência por advogado nesses juzizados.

Já na posição contrária, quando se trata do procedimento de autocomposição processual do Código de Processo Civil, o parágrafo 9º do artigo 334 coloca que “As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.”.

Muitas vezes não é o que acontece na prática, pois as partes declaram não precisar de advogado para acompanhá-las em tais audiências, pois o assunto não é complexo.

Levando em consideração que esses procedimentos autocompositivos devem ser pautados pela informalidade e vontade das partes, os acordos havidos de audiências de mediação/conciliação, mesmo estando uma das partes desacompanhada de advogado, estão sendo homologados pelos juízes e assim aptos a ter validade jurídica.

Ainda ao encontro do estudo realizado, uma inovação trazida pela lei 9099/95 foram os Juzizados Especiais Itinerantes, sendo a forma encontrada para levar até as comunidades mais afastadas esta atividade estatal de tutela de direitos³³.

Quanto à equalização das partes, por meio de juízes ou funcionários dos juzizados que ajudarão na resolução da disputa mais ativos.

Isso considerando que as partes nem sempre estarão acompanhadas por

32 SEÇÃO III
DA ADVOCACIA

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

33 Art. 95. Os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juzizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei.

Parágrafo único. No prazo de 6 (seis) meses, contado da publicação desta Lei, serão criados e instalados os Juzizados Especiais Itinerantes, que deverão dirimir, prioritariamente, os conflitos existentes nas áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional.

advogados, os funcionários estatais deverão realizar também esta orientação, fazendo com que as partes sejam equiparadas nos conhecimentos sobre o assunto que ali se tratará.

Essa posição mais ativa é requerida pelo Conselho Nacional de Justiça aos conciliadores e mediadores judiciais.

Em curso de formação dado aos profissionais são estudados vários métodos para serem aplicados no momento dos procedimentos, desde sessões prévias e individuais com as partes, até ações mais ativas para tentar se chegar a uma solução para o conflito³⁴.

O outro ponto de destaque, mudança de estilo dos árbitros de pequenas causas, tendo aqui árbitro o sentido de julgador que não o Juiz, é a separação dos papéis de julgador e mediador/conciliador nos tribunais de pequenas causas.

Isso porque quando se coloca para tentar a realização de um acordo a mesma pessoa que tem o condão de dar uma decisão coercitiva, esta pessoa pode, mesmo sem o fazer conscientemente, influenciar a parte a realizar um acordo que não é de seu interesse.

Isso porque deixa transparecer sua visão de como poderá decidir se o processo continuar, chegando à fase de sentença (CAPPELLETTI, 1988).

Outro ponto, ainda controverso, é o local onde se realizam os procedimentos autocompositivos.

Por um lado, a realização em locais que não os já conhecidos órgãos do Judiciário, no caso do Brasil os Fóruns, levam à maior informalidade e mais confiabilidade na não comunicação desses procedimentos com as demais fases processuais, se ocorrerem, podem gerar também uma falta de controle do Judiciário sobre procedimentos realizados, e assim uma falta de reconhecimento, por parte dos indivíduos envolvidos, nos acordos realizados.

Na normatização pátria há a possibilidade e até mesmo o “encorajamento” para que os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania sejam instalados em locais diferentes que os órgãos do Judiciário.

Não é difícil encontrar esses Centros instalados em Universidades ou locais

34 Manual de Mediação Judicial do CNJ, acessado em 29 de julho de 2017, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>

com vários outros serviços de cidadania.

Na cidade de São Paulo, por exemplo, existem Centros instalados nos projetos “Poupa Tempo”, justamente para dar mais acesso à população, e tornar mais informal os procedimentos.

Assim fica claro para o indivíduo que é ele quem tem o condão de decidir sobre o assunto levado à mediação/conciliação, separando tal procedimento da figura do julgador.

Quanto à discussão da simplificação das normas para tomadas de decisões nos tribunais de pequenas causas, assim, tende-se a colocar que os julgadores dessas cortes possam decidir com base na justiça, e não somente na lei.

Os dois lados que apresentam essa mudança é que se tenham decisões que desprezem a lei, tornando-as assim ilegais, ou que o julgador possa tender a julgar a favor de certa classe, levando em consideração que as partes não estão acompanhadas de advogados.

O receio recai que as decisões sejam injustas e infundadas, levando o julgamento para o lado oposto do que se é esperado.

É certo que as formas de decisões devem contar com menor rigor no caso das cortes de pequenas causas, porém a lei não pode ser deixada de lado.

Uma última saída dada pelos autores para a melhoria dos tribunais de pequenas causas são as especificações quanto às matérias, criar cortes especializadas em julgar ações de consumidores, por exemplo.

Essas cortes por serem especializadas apenas em um ramo do direito seriam mais rápidas em seus procedimentos e mais eficazes em seus julgamentos.

O que é importante observar é que em todas as reformas colocadas pelos autores, os meios autocompositivos ganham destaque, justamente por proporcionar decisões mais rápidas dos litígios.

Nota-se também que os problemas enfrentados pelos Juizados Especiais brasileiros são comuns aos países que já tem cortes de pequenas causas, e que o Código de Processo Civil de 2015 não só deu ênfase aos princípios constitucionais do processo, mas agiu de forma a transformar a lei processual para facilitar os procedimentos necessários para maior informalidade e acesso à justiça.

No Brasil, de certa forma, já existe a separação em tribunais ou foros

especializados, mesmo não sendo considerados de pequenas causas.

Dentro da chamada justiça estadual comum se tem as varas específicas de Direito de Família, da Fazenda Pública, Criança e Adolescentes, por exemplo, que tratam de forma especializada tais assuntos, sendo, de certa forma mais eficazes em suas decisões (DELLORE, 2016).

Assim como as diferentes competências que separam a “justiça” brasileira em justiça do Trabalho, Eleitoral, Estadual, Federal e Militar, dando também as especificidades necessárias a um tratamento especializado e resolução de causas com maior especificidade.

E mesmo dentro de cada uma dessas separações, existem ritos diferentes de acordo com a complexidade das causas, que geralmente se dão por matérias.

Assim, dentro de uma mesma corte, causas de complexidades diferentes são tratadas com ritos diferentes, para que o julgamento se dê em prazo razoável.

Infelizmente esse tratamento diferenciado em ritos não foi suficiente para evitar uma crise no Judiciário brasileiro pelo grande número de processos.

Esta parcela da jurisdição, que no caso tratado se dá por matéria, é chamada de competência. É ela que determina o juiz natural e o seu âmbito de atuação (DELLORE, 2016).

Os “tribunais de vizinhança” ou “tribunais sociais” foi outra proposta feita por Cappelletti e Garth para ampliar o acesso à justiça.

Tratam-se de tribunais instalados na comunidade, bairro, ou qualquer outro agrupamento estável de pessoas, para tratar de pequenas questões cotidianas, como danos a propriedade, e até mesmo “delitos leves”, por meio de acordos entre os indivíduos, usando para tanto os métodos autocompositivos (CAPPELLETTI, 1988).

Esses tribunais afastariam das cortes comuns questões menores e reduziram em muito o custo que se tem nos dias atuais para demandar em tais cortes.

Seriam conflitos classificados pelo Judiciário comum como insignificantes, porém com importância para os indivíduos envolvidos.

Apontam os autores que esses tipos de tribunais são comuns em países do Leste Europeu e Oriente, sendo que os tribunais sociais poloneses foram objeto de

estudo do Projeto Florença.

Na Polônia eles identificaram 3 tipos de tribunais de vizinhança: 1- autogestão na administração da justiça; 2- agência de ordem social e 3- preparatório.

O primeiro é gerido pelos próprios membros da sociedade, que voluntariamente solucionam casos uns dos outros, casos esses apresentados voluntariamente.

O segundo tem foco no comportamento social dos indivíduos daquela comunidade, tentando assim alcançar a harmonia, a pacificação social.

Já o terceiro seria mais formal, com vistas a “assessorar a administração estatal da justiça”.

No Brasil existem já experiências com esses tipos de Tribunais de vizinhança, o já citado Juizado Especial Itinerante é uma dessas experiências, outras são os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, que prevê a prática de mediações/conciliações extrajudiciais e, algumas vezes, são instalados em locais diferentes dos tribunais tradicionais, justamente para ficarem mais próximo a população.

O Conselho Nacional de Justiça prevê em sua resolução 125/2010 programas comunitários de mediação de conflitos, separados dos Centros Judiciais, para serem ainda mais informais³⁵

Um desses núcleos é o Núcleo de Mediação de conflitos Comunitários e Facilitação de Diálogos, documentado em livro do mesmo nome³⁶, uma parceria entre a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a Organização social Viva Comunidade, instalado no Bairro da Maré, Rio de Janeiro.

O projeto, que conta com o apoio da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça tem como objetivo a efetivação dos Direitos Sociais daquele

35 Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

§ 2º Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Capítulo III, Seção II.

36 Mediação de conflitos comunitários e facilitação de diálogos: relato de uma experiência na Maré / Organizadores: José Ricardo Cunha e Rodolfo Noronha. – Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2010.96 p. : il. 72 p.

bairro-favela.

Com projetos como esse é que a educação para conciliar, gerando pacificação social, tem sido trazida para o dia-a-dia da população.

O terceiro ponto colocado por Cappelletti e Garth, notando que grande parte dos processos das cortes de pequenas causas dizem respeito a consumidores, é criar tribunais especializados para esses demandantes, vislumbrando algumas possibilidades.

A primeira é a solução de demandas pelos meios de comunicação, também chamada por eles de “solução pela imprensa” (CAPPELLETTI, 1988).

A imprensa receberia as queixas dos consumidores contra as corporações, que investigam e dão publicidade, o que gera uma publicidade indesejada, levando as empresas a chegarem a um acordo mais facilmente com os consumidores prejudicados.

Em países como Estados Unidos e Holanda, o projeto Florença identificou associação de consumidores que realizavam esse tipo de tentativa de solução.

Em dias atuais, com a expansão e acesso aos meios de comunicação, principalmente a Internet, esta forma de solução tornou-se ainda mais viável.

Já se encontram sites especializados para reclamações de consumidores e resolução de conflitos.

Mesmos sites de grupos de vendas ou que funcionam apenas como intermediários, são encontrados mecanismos “online” para a resolução de conflitos entre o fornecedor e o consumidor.

Nota-se que esta forma de resolução de conflitos não tem uma “fórmula fechada” com meios estipulados para que se chegue a uma solução e também não há a intervenção estatal.

Outro meio citado é a resolução da demanda dos consumidores por meio da arbitragem privada, apesar de darem esse nome, não estipulam exatamente o meio que deve ser utilizado, podendo ser os meios autocompositivos, e totalmente informais, o importante é que se chegue a uma resolução do problema.

Esse tipo de solução a que se referem não teria custo aos consumidores, pois as sessões seriam promovidas pelas próprias empresas, e daí vem a maior crítica que os autores mesmos fazem, se esta forma de solução é propiciada pela

empresa, como criar um sistema que dê confiança aos consumidores que dela sairão decisões justas.

Esse é um importante ponto, pois se não considerada justa a decisão, ou mesmo sendo visto como parcial quem media/julga o conflito, gera a não participação dos consumidores, não atingindo assim a sua finalidade.

Outro ponto considerado como fraqueza desse tipo de solução é a falta de executoriedade, devendo as partes cumprir o acordado, ou a decisão dada, de forma espontânea.

Assim, as empresas, ou associações de alguns ramos empresariais criariam câmaras de arbitragem e/ou mediação.

No Brasil, estas Câmaras poder ser encontradas em algumas Associações Comerciais³⁷, principalmente em cidades de grande porte, e nas câmaras de comércio, principalmente comércio internacional, servindo de exemplo a Câmara de Comércio Brasil-Canadá e a Câmara Portuguesa, que também promovem meios de resoluções de conflitos³⁸

Fechando o tema dos tribunais para consumidores, apontam que outra solução seria a criação de programas governamentais de solução dos conflitos dos consumidores.

São basicamente a criação de juizados arbitrais, ou de meios autocompositivos, pelo Estado, acabando assim com a insegurança dos consumidores da parcialidade das decisões, e mesmo assim sendo de baixo, ou nenhum, custo e rápido, visto sua especialidade. Estas “audiências” seriam feitas por órgãos de defesa do consumidor.

Note-se, que mesmo sendo procedimentos administrativos, existe algo semelhante em alguns estados da federação brasileira, em que a fundação de proteção ao consumidor, PROCON³⁹, é responsável por receber as reclamações e realizar audiências administrativas de tentativa de solução de conflitos, podendo até,

37 Algumas Associações de comerciários que montam Câmaras de mediação para resolver os conflitos de seus associados sem precisar se socorrer do Judiciário <<http://www.cbmae.org.br/n/camara/index/uf/U1A>=>, <<http://www.arbitac.com.br/>>. Acesso em:

38 As Câmaras criadas para fomentar o comércio entre o Brasil e outros países foram Câmaras de Mediação e Arbitragem para resolver os conflitos comerciais surgidos, de forma extrajudicial. <<http://www.ccbc.org.br/Portal/Index>>, <<http://www.camaraportuguesa.com.br/arbitragem/>>

39 PROCONs são órgãos dos governos estaduais ou fundações públicas destinadas a defesa do consumidor, fazendo parte de uma política nacional de proteção ao consumidor. <<http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=1254>>

segundo o Código de Defesa do Consumidor, aplicar medidas administrativas às empresas ou comerciantes que descumpram tais direitos.

No âmbito do Judiciário brasileiro não se tem cortes exclusivas para consumidores, sendo de competência dos tribunais estaduais, tanto as varas comuns, quanto os juizados especiais e, mais recentemente, os CEJUSCs.

Talvez uma solução viável seria reestruturar e ampliar as câmaras que já existem nos Procons, e a criação delas onde ainda não existem, criando uma sistematização e integração para a resolução dos conflitos de consumidores, tendo pessoal preparado para conciliar e realizar arbitragem, utilizando-se da possibilidade de sanções existentes no Código de Defesa do Consumidor⁴⁰, que podem ser aplicadas pelo órgão.

Mesmo não fazendo parte da jurisdição estatal, sendo procedimento administrativo, seria um procedimento válido para o acesso à justiça de forma rápida e sem custo ao consumidor, podendo tornar um procedimento fiscalizado pelo Judiciário.

Da mesma forma que a criação de tribunais para consumidores, vislumbram os pesquisadores do projeto Florença, existe a possibilidade de outros tribunais especializados, para o que chamaram de “novos direitos” (CAPPELLETTI, 1988).

Esses seriam, não em rol fechado: meio ambiente, inquilinato, Direito Administrativo e litígios individuais do Trabalho.

Continuando a análise feita sobre o acesso à justiça, chega-se ao ponto de discutir a mudança de como os serviços jurídicos podem ter sua prestação

40 Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo

modificada, que vão desde a utilização de “parajurídicos” até a prestação de serviços em grupos ou convênios.

Trazem a realidade da utilização de profissionais chamados parajurídicos em países como Estados Unidos e Alemanha, e deixam clara a necessidade de leis que não considerem como exercício ilegal da profissão a atuação desses profissionais.

Isto porque não são eles formados em Direito, tendo treinamento em assuntos jurídicos, sendo assistentes dos advogados.

Em território brasileiro, porém, tal medida torna-se praticamente impossível frente ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906 de 1994, que, apesar de se discutir a inconstitucionalidade do termo qualquer⁴¹, coloca em seu artigo 1º, incisos I e II, como privativa ao advogado o poder de postular aos órgãos do “Poder Judiciário e aos juizados especiais” e também “atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

Colocando ainda que é considerado advogado, aquele que além da formação tem a inscrição no órgão apropriado, a Ordem dos Advogados do Brasil⁴².

Considerando ainda que a formação jurídica no Brasil é considerada como de fácil acesso, no sítio digital do Ministério da Educação constam que 1259⁴³, entre Faculdades e Universidades, oferecem o curso de Direito e o número de inscritos na

41 Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8, que liminarmente suspendeu o termo “qualquer” do inciso I, do Artigo 1º da lei 8906/94:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; Decisão Plenária da Liminar

Resolvendo QUESTAO DE ORDEM suscitada pelo Relator , o Tribunal reconheceu a prevencao da competencia do Ministro Paulo Brossard , como Relator , vencido o Ministro Marco Aurelio , que negava a existencia dessa prevencao . Por votacao UNANIME , o Tribunal rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Associacao dos Magistrados Brasileiros - AMB (autora), e tambem a preliminar de falta de legitimidade ativa por impertinencia objetiva , vencido o Ministro Marco Aurelio , suscitante . Examinando o inciso 001 do art. 001 º da Lei nº 8906, de 04.07.94, o Tribunal, por MAIORIA DE VOTOS , DEFERIU , EM PARTE , o pedido de medida liminar , para suspender a eficacia do dispositivo , no que nao disser respeito aos Juizados Especiais, previstos no inciso 001 do art. 098 da Constituicao Federal , excluindo, portanto , a aplicacao do dispositivo , ate a decisao final da acao , em relacao aos Juizados de Pequenas Causas , a Justica do Trabalho e a Justica de Paz , vencidos , em parte , os Ministros Sepulveda Pertence , Sydney Sanches e Moreira Alves , que interpretavam o dispositivo no sentido de suspender a execucao apenas no tocante ao Juizado de Pequenas Causas , e o Ministro Marco Aurelio , que indeferia o pedido de medida liminar . Votou o Presidente nas preliminares e no merito . Em seguida , foi o julgamento adiado em virtude do adiantado da hora. - Plenario , 28.09.1994 . (SIC).

42 Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

43 Informação obtida em: <<http://emec.mec.gov.br/>>, acessado em 31 de julho de 2016.

Ordem dos Advogados do Brasil é de 1.039.383⁴⁴.

Por esses dados percebe-se que a utilização de paralegais no país é, pelo menos por enquanto, inviável.

A solução adotada, além das defensorias públicas, são convênios entre Estados da Federação e a Ordem dos Advogados do Brasil para a realização de serviço jurídico à população de baixa renda, sendo os advogados remunerados pelos cofres públicos.

Diferentemente desse convênio com um ente público, os autores propunham a possibilidade de convênios particulares para a população de renda mais baixa.

Em tal convênio, ou seguro, o indivíduo faz uma contribuição periódica, e quando necessitar do atendimento de um advogado, o terá sem custo ou com custo reduzido.

Trazem a experiência europeia, onde tais convênios, a época do projeto estudado, era crescente e controlados por companhias de seguro.

Uma crítica trazia à baila é que as seguradoras terão seus lucros baseados na não utilização do advogado, criando uma situação que não tenham interesse que os indivíduos conveniados sejam instruídos e persigam seus direitos.

Explicam que nos Estados Unidos a ideia tomou outra forma, levando o lado da justiça social e do aconselhamento prévio como função do Advogado (CAPPELLETTI, 1988).

Os adeptos dessa ideia descrevem algo como ocorre na atualidade brasileira com os sindicatos trabalhistas, em que se tem advogados pagos com o dinheiro dos sindicalizados prestando auxílio à classe, e agindo em juízo quando necessário, o que torna extremamente atual o sistema trazido em um estudo escrito há anos.

A última estratégia trazida pelos autores é simplificar o Direito.

Esta teoria diz respeito simplificar a lei para que possa chegar inteligível às pessoas mais simples, dando-lhes compreensão ampla de seus direitos e simplificar as leis procedimentais, ou processuais, para tornar de mais fácil satisfação as exigências para que os “remédios jurídicos” sejam utilizados pela população (CAPPELLETTI, 1988).

Assim se faz necessária uma mudança na legislação, como já discutida

44 Informação obtida em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>> acessado em 31 de julho de 2017.

outrora.

Olhando o panorama brasileiro, com a vasta legislação existente, é importante que se pensasse nesse item como algo a ser levado adiante.

Um exemplo que pode ser citado como uma legislação em linguagem mais simples é o Código de Defesa do Consumidor, 8.078 de 1990, que tem a nítida função de ser acessível a quem não é operador do Direito, mas sim, àquele que realmente precisa de tal legislação, o leitor, o consumidor.

Podem ser vistas como um avanço quanto às leis procedimentais é a Lei dos Juizados Especiais, 9.099 de 1995, e mais recentemente a Lei 13.105 de março de 2015, que, em vários pontos, trazem procedimentos mais simplificados e céleres para as ações jurídicas, tornando mais simples a consolidação de direitos dos indivíduos.

Ao concluir o trabalho os autores deixam claro que existem riscos a serem levados em consideração, pois as realidades das localidades não são idênticas, não devendo, por exemplo haver simples cópias de sistemas utilizados em outras comunidades.

Na época do projeto, e ainda nos dias atuais, existem localidades que não há como se discutir acesso à justiça, pois as condições sociais e políticas não permitem que se tenha os direitos básicos que devem ser pleitados.

Assim as necessidades de reforma devem ser estudadas e as necessidades reais estabelecidas.

Um exemplo que pode gerar restrição em vez de acesso à justiça é a criação de muitos órgãos diferentes para solucionar problemas muito específicos, além da confusão gerada quanto à competência, ficando o indivíduo sem saber ao certo quem cuidará do seu conflito, a pessoa do julgador isolada demais pode perder a perspectiva social, tornando-se muito tecnicista.

Por fim alertam que devem sim existir procedimentos mais informais e céleres, porém não se pode esquecer das garantias fundamentais do processo civil, pois os procedimentos que se tem hoje por ordinários, foram criados por meio dos tempos e são de grande importância para a resolução dos litígios, principalmente os mais complexos, e foram sendo lapidados para serem os mais justos possíveis (CAPPELLETTI, 1988).

O estudo feito pelos autores demonstra que, apesar dos problemas do judiciário serem comuns a muitos países do Ocidente, a forma como se apresenta o Poder Judiciário deve levar em consideração as peculiaridades de cada localidade.

No Brasil, levando em consideração sua extensão territorial e as diferentes culturas, talvez seria prudente ter opções diversificadas que possam ser adaptadas aos costumes de cada região.

CAPÍTULO II

OS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

2.1 Meios Alternativos ou Meios Adequados de Resolução de Conflitos

Autocomposição, ou meios autocompositivos de resolução de conflitos, são métodos pelos quais os indivíduos envolvidos conseguem, sozinhos ou ajudados por um terceiro, encontrar solução para a contenda, abrindo mão, geralmente, de parte de sua pretensão (TARTUCE, 2015).

Como já colocado em tópico anterior, a autocomposição como gênero abarca a negociação, a mediação e a conciliação, sendo estas duas os métodos alternativos escolhidos pelo direito processual civil brasileiro para integrar os métodos de solução de conflito.

Isso porque na negociação não há um terceiro imparcial que auxilie as partes, ou seja, as partes devem dialogar sozinhas, porém, como já existe um conflito, chega-se a conclusão que esse diálogo se tornou impossível.

Portanto, os métodos autocompositivos da mediação e conciliação, em que existe esse terceiro imparcial, são os empregados nos conflitos cíveis, e estudados no presente trabalho.

Assim, tem-se que tanto a mediação como a conciliação são meios alternativos e autocompositivos de resolução de conflitos, em que um terceiro auxilia as partes a chegarem a uma decisão comum.

Alternativos porque o meio ordinário adotado é a resolução de conflitos pelo

Estado-Juiz, a jurisdição, em substituição à vontade das partes, e autocompositivos justamente por não haver essa substituição de vontade, sendo as próprias partes que decidem o conflito, chegando a um acordo de vontades.

Mauro Cappelletti (2) explica que a extensão do termo método alternativo deve ser entendida de forma ampla, qual seja, não somente os métodos extrajudiciais, mas também procedimentos judiciais que fogem do tradicional, da resolução ordinária de conflitos, assim, todo método “diferente” do comum para resolver conflito, encaixa-se na expressão método alternativo⁴⁵.

Há que se ter em mente que, apesar de na atualidade poder ser utilizado esta expressão em sentido amplo, esses métodos surgiram como extrajudiciais, no direito privado, exatamente por não conseguir o Estado dirimir todos os conflitos que surgiam (TARTUCE 2015).

Foi na década de 1970 com a instalação dos “Tribunais de Múltiplas Portas”, nos Estados Unidos, que se deu a inclusão desses métodos no sistema judicial, sendo adotado tal procedimento por países de língua inglesa como a Inglaterra, pela facilidade de comunicação.

E isto é que se vê nos dias atuais, em que esses métodos são utilizados paralelamente aos métodos ordinários e, geralmente, nas mesmas instituições, isto porque não quer a política de pacificação social a substituição dos métodos tradicionais, mas sim criar várias vias para a solução de litígios, cada qual adequada a sua complexidade.

Com esse olhar, já se fala que o termo “Meios Alternativos de Resolução de Conflitos” deve ser substituído por Meios Adequados de Resolução de Conflitos, pois passaram a não ser mais uma alternativa ao Judiciário, mas sim, foram por ele incorporados, ou mesmo que ainda extrajudiciais, foram regulamentados pela lei⁴⁶.

Foi o que aconteceu no Brasil com a edição das últimas normas que falam sobre resolução de conflitos, principalmente a Lei da Mediação e o Código de

45 “À expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *não judiciais*, destinados a resolver conflitos. [...] Com propriedade, tornam claro que visavam a ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – *judiciais* ou *não* – que tem emergido como alternativas aos tipos *ordinários*, ou *tradicionais*, de procedimento;”

46 “É significativo observar que a própria sigla pela qual ficaram conhecidos tais meios de solução (ADR) passou a ser lida não mais no sentido original de “*alternative dispute resolution*”, mas como “*adequate dispute resolution*”. Em outras palavras, eles não devem ser vistos como simples alternativa, ms como outra forma de resolver conflitos, que, dependendo do caso, pode ser mais adequada que a própria jurisdição estatal (DELLORE, 139).

Processo Civil.

O próprio Conselho Nacional de Justiça já se utiliza do termo “meios adequados”⁴⁷ em sua Resolução 125 de 2010, resolução essa responsável por inserir tais métodos no Judiciário Brasileiro⁴⁸.

Assim, quando se fala hoje em meios de resolução de conflitos diferentes do processo de jurisdição estatal, está se falando em vias diferentes de resolução de conflitos, que coexistirá com aquela, e deve ser escolhida não mais por ser uma alternativa simples à jurisdição estatal, mas por ser um método mais adequado ao conflito existente, quer por ser de baixa complexidade, quer porque a rapidez e o baixo custo a deixam mais acessível.

A princípio, fala-se em adoção de métodos adequados de resolução de conflito como método de “fugir” do Judiciário comum e seu excesso de processos, porém, como explica Fernanda Tartuce (2015), a ótica deve ser outra.

A visão que se deve ter em adotar os métodos adequados é a da pacificação social e abordagem eficiente dos conflitos. Para cada tipo de conflito, para cada grupo de envolvidos, um modo de resolver o conflito.

Não que a crise do Judiciário não seja levada em conta para que os métodos adequados sejam aplicados, mas a resolução de conflitos tradicional, ou ordinária, será considerada adequada em vários conflitos, e não é por estar em crise que deve ser descartada.

A escolha da via, ou método, para dirimir o conflito não deve ser feita ao acaso ou arbitrariamente, deve se conhecer cada uma delas, saber dos seus prós e contras, da confiabilidade e legitimidade de quem administrará o conflito.

Em processos de baixa complexidade, há a possibilidade no Brasil de se escolher ingressar no Judiciário requerendo a realização ou não da conciliação/mediação nas varas comuns, ou nos Juizados Especiais Cíveis, a

47 CAPÍTULO I

DA POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

48 Atos Administrativos

Resolução Nº 125 de 29/11/2010

Ementa: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Acessado em 31 de julho de 2017, em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>

conciliação/mediação extraprocessual nos CEJUSCs, ou até mesmo, procedimentos privados de mediação, conciliação ou arbitragem.

Assim, os meios outrora conhecidos como alternativos, por não serem de utilização corriqueira, nos dias atuais são tidos como meios adequados para resolver os conflitos, capazes de ampliar o acesso à justiça.

Entre esses métodos os que mais se fortaleceram em terras brasileiras foram a Mediação e Conciliação, desde que adotados pelo Conselho Nacional de Justiça como meios de promover uma política nacional de pacificação, introduzindo na jurisdição comum tais procedimentos.

Seguindo tal política, os legisladores regulamentaram por meio da Lei 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, e do Código de Processo Civil de 2015 não só a mediação e a conciliação no âmbito do Judiciário, mas também os procedimentos extrajudiciais, feitos por particulares.

2.2 Mediação

Na prática existe dúvida se há diferenciação entre os institutos da mediação e da conciliação, essa dúvida surge, pois o mediador também acaba ofertando soluções aos indivíduos, o que seria característica do procedimento de conciliação (WATANABE, 2003).

Para questão de estudo, a conceituação de cada um em separado se faz necessária, visto que os doutrinadores pátrios e o Código de Processo Civil o fazem.

Fernanda Tartuce (2015) coloca que antes da legislação colocar os conceitos, os doutrinadores eram muito cuidadosos para não confundir mediação com outros institutos.

Deve se ter cuidado ao conceituar mediação a partir da legislação, necessário se faz lembrar que muitos dos legisladores não são juristas, e se os próprios doutrinadores eram reticentes em lançar um conceito de mediação, o legislador talvez não fosse o mais apto a fazê-lo.

Nos capítulos anteriores foram colocados de passagem algumas noções de mediação, pois agora cabe tentar chegar a um conceito mais direto do instituto.

Sendo um método autocompositivo a mediação é um procedimento em que os indivíduos são ajudados por um terceiro, (capacitado e imparcial) a chegar a uma

solução para os conflitos existentes, de uma forma que satisfaça os interessados (TARTUCE, 2015)⁴⁹.

Complementa esse conceito Fabiana Spengler (2012)⁵⁰ colocando que é um instituto que visa substituir a solução de conflitos por decisão coercitiva de um terceiro e que visa manter as relações existentes entre os indivíduos conflitantes.

Realmente esse é um dos aspectos principais da mediação, a resolução dos conflitos e a manutenção das relações, pois é realizada entre pessoas que manterão relacionamento após a realização do procedimento.

Outro ponto trazido pelos autores é a questão de ser possível a sua aplicação em conflitos judiciais ou sociais, ou seja, não é preciso judicializar o conflito para que se possa instaurar o procedimento de mediação.

Iara Rodrigues de Toledo⁵¹ utiliza-se da definição de Ildemar Egger em seu estudo e traz a concepção de que mediação é um método não adversarial, ou seja, no qual os indivíduos não são adversários, aí porque a preferência de no presente trabalhado tratar os envolvidos nos conflitos de indivíduos e não partes, pois partes dá a conotação de adversários em um litígio judicial.

Desse conceito também se tira que do procedimento de mediação as soluções surgem espontaneamente das partes, auxiliadas pelo mediador.

Aliás, esse é um ponto de encontro entre os conceitos de mediação, que o terceiro imparcial, o mediador, auxilia os indivíduos a chegarem a uma solução que melhor lhes agrada, não influenciando ou dando soluções a serem seguidas.

49 Mediação é a técnica pela qual uma terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as pessoas em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, construam, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa.

50 a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. (SPENGLER, 2012).

51 O método extrajudicial, não adversarial, de Solução de conflitos através do diálogo é um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia, ou seja, na mediação, por intermédio do diálogo do mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário das partes. A mediação consegue na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes.

O mediador está à disposição dos envolvidos para facilitar o diálogo e ajudá-los a entender a amplitude da situação.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, não se preocupou em fazer uma conceituação do instituto da mediação, mas esse ao definir a conduta do mediador no artigo 165, § 3º⁵², coloca esta característica em evidência.

Outro ponto que deve ter destaque no citado parágrafo, é a existência de relacionamento entre as partes, assim, a mediação é indicada, por exemplo, para os conflitos familiares, em que existe um relacionamento anterior e, possivelmente, haverá um relacionamento posterior.

Fernanda Tartuce (2015) chama a atenção ainda que o mediador, além de imparcial e capacitado, não deve ter o poder de julgar a causa, ele será o facilitador apenas, não deixando que suas opiniões interfiram, deixando as decisões inteiramente para os indivíduos.

Nesse sentido é a definição de mediação dada pela Lei 13.140, artigo 1º, Parágrafo único, quando coloca expressamente que o mediador não tem poder decisório e deve auxiliar as partes, chegando a soluções consensuais⁵³

A mediação é vista como o método, ou técnica, que modifica um conflito para chegar a um acordo em relações que precisam ser resguardadas, que não terminarão com o acordo, onde existe relação de afeto, de vizinhança, entre sócios de uma empresa, no ambiente escolar, por serem relações que continuam após a sessão de mediação.

Mediação pode ser conceituada então como o procedimento em que indivíduos em conflito dialogam espontaneamente, auxiliados por um terceiro imparcial, capacitado e sem poder decisório, para chegar a uma solução mais benéfica a todos, na qual prevalecerá a autonomia da vontade dos conflitantes, tentando preservar suas relações, podendo ser realizado em âmbito judicial ou extrajudicial.

52 Art. 165 § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

53 Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

2.3 Conciliação

Assim como a mediação, a conciliação é um método autocompositivo que visa levar os indivíduos a um diálogo sobre o conflito existente, na tentativa de se chegar a um acordo.

O conceito que é dado por Fernanda Tartuce (2015) coloca que conciliação é a técnica em que há a intervenção de um terceiro imparcial, realizando atividades para auxiliar os envolvidos a chegar a um acordo, colocando para eles saídas e soluções, prós e contras.⁵⁴

Em seu trabalho sobre o assunto, Iara Rodrigues de Toledo utiliza-se do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa para conceituar a conciliação: “a harmonização de litigantes ou pessoas desavindas. O verbo conciliar traduz o ato de pôr de acordo, pôr em boa harmonia, congraçar.”

Por estas definições já se pode perceber o objetivo da conciliação em se chegar a um acordo entre os indivíduos em conflito.

Assim como fez com a mediação, o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, não tratou de conceituar o que o legislador entende por Conciliação, mas colocou no §2º do seu Art. 165 qual o papel do Conciliador⁵⁵, de onde se pode retirar que a conciliação é destinada a conflitos nos quais não exista relacionamento a ser preservado entre as partes.

Outro ponto que deixa clara a letra da lei, é que na conciliação podem ser colocadas sugestões pelo terceiro, ou seja, o conciliador tem um posicionamento ativo no procedimento.

Conciliação pode ser entendida como um meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial intervém junto aos conflitantes visando chegar a um

54 Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e dinheiro.

55 Art. 165 § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

acordo, podendo para isso sugerir soluções, cabendo às partes aceitá-las ou não⁵⁶ (DELLORE, 2016).

Pelos conceitos acima e pela descrição dada pelo Novo Código de Processo Civil, conciliação deve ser utilizada em relações em que não existem vínculos afetivos, nem uma convivência posterior entre as partes, encerrando-se na sessão de conciliação a ligação entre elas. Exemplos: consumidor x empresas, acidente de trânsito, etc.

Considerando tal fato, é aceitável que o terceiro, conciliador, de sugestões para o término do conflito, utilizando-se de métodos de negociação ou apresentando alternativas. Assim, entende-se porque é esse o instituto, e não a mediação, utilizado nos Juizados Especiais brasileiros.

Assim sendo, Conciliação pode ser conceituada como um procedimento, judicial ou extrajudicial, em que indivíduos em conflito têm a oportunidade de dialogar, auxiliados por um terceiro imparcial, capacitado e sem poder decisório, com o objetivo de chegar a um acordo, prevalecendo a autonomia da vontade dos conflitantes, podendo o terceiro intervir ativamente, apresentando as soluções e os prós e contras de cada proposta.

2.4 Diferenciação

Já foi visto que tanto a mediação quanto a conciliação, são métodos autocompositivos que podem ser aplicados tanto em conflitos judiciais, que já se tornaram processos, como extrajudiciais, em que prevalece a vontade dos indivíduos em conflito que são auxiliados por um terceiro imparcial.

É verdade também que existem doutrinadores adotam os termos como sinônimos (TARTUCE, 2015), assim como algumas leis não se atentam em fazer a diferenciação.

A Lei 13.140 de junho de 2015, conhecida como lei da mediação, apesar de constar que dispõe sobre a “mediação entre particulares como meio de solução de

⁵⁶ A conciliação nada mais é que um mecanismo de solução através do qual um terceiro intervém no conflito buscando fazer com que as partes em litígio atinjam alguma das formas de autocomposição. Note-se que esse terceiro não soluciona o conflito, mas ajuda as partes a solucionarem o litígio pela vontade deles próprios. Ele pode sugerir soluções, mas cabe às partes, voluntariamente, aceitar ou não.

controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, não faz diferenciação entre mediação e conciliação, utilizando-se várias vezes os termos como sinônimos.

O conceito dado no artigo primeiro da lei da mediação é um conceito genérico de método autocompositivo de resolução de conflitos, colocando que o terceiro imparcial pode auxiliar as partes estimulando a “identificar ou desenvolver soluções”⁵⁷.

Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 adotou posicionamento distinto quando fala da aplicação da mediação e da conciliação, assim como pode-se ver diferenças entre elas nas definições já dadas.

Onde se vê principalmente que na conciliação o papel do terceiro imparcial é mais ativo, podendo inclusive apresentar possíveis soluções, enquanto na mediação ele só auxilia os envolvidos a visualizar as soluções mais benéficas, sendo que a mediação visa o diálogo para transformar a relação entre os envolvidos e a conciliação foca em conseguir um acordo entre as partes, visto que não haverá relação posterior.

É nesse mesmo sentido que Fernanda Tartuce (2015) coloca que a mediação é mais subjetiva e a conciliação mais objetiva.

Nesse sentido é que se justifica no Brasil a adoção da conciliação, por lei, nos juizados especiais e causas cíveis que não envolvam família, e a mediação nestas últimas.

A mediação então deve ser utilizada em conflitos que os indivíduos estão mais envolvidos emocionalmente, no qual o mediador deve tomar cuidado para tocar em certas questões para evitar a quebra de confiança e até a imparcialidade.

O Conselho Nacional de Justiça coloca que a mediação deve ser utilizada então em todas as causas que os indivíduos estão envolvidos emocionalmente e terão qualquer relação futura, não somente nos conflitos de família, tanto que seu material trata apenas da mediação judicial⁵⁸.

57 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

58 Manual de Mediação Judicial do CNJ, acessado em 29 de julho de 2017, disponível em:

Talvez por se tratar a mediação de instituto mais difícil de ser aplicado, visto a subjetividade e a não intervenção do mediador diretamente, tendo ele que aplicar técnicas diferentes para que as partes cheguem a um maior entendimento do conflito e das possíveis soluções.

Assim também age a lei da mediação, não colocando como prática a ser realizada entre indivíduo e Estado a conciliação, pois, se os conceitos foram literalmente interpretados, seriam conflitos mais objetivos, visando a um acordo.

No dia a dia, as técnicas de mediação e conciliação são utilizadas, tanto no Judiciário como fora dele, muitas vezes alternadas durante as sessões ou audiências, daí vem a importância de profissionais capacitados e experientes, ficando a diferenciação dos dois institutos tendo uma importância mais acadêmica do que prática.

2.5 Histórico

Historicamente a mediação/conciliação pode ser percebida na Antiguidade, onde as soluções de disputas eram mediadas pelos líderes das comunidades ou alguém escolhido por ele.

Há relatos que esses institutos já eram utilizados nas Cidades-Estados da Antiguidade e de acordo com Rozane Cachapuz (2003) “A prática da mediação como forma de resolução de conflitos é utilizada desde a Antiguidade, e sua existência remonta aos idos de 3000 A.C.”.

Segundo Fernanda Tartuce (2015) a China utiliza-se da mediação há séculos, isso porque Confúcio incutiu na população a ideia de pacificação de conflitos por questões morais e não pela força coercitiva do Estado.

Esta cultura de pacificação pela mediação/conciliação também está na cultura japonesa, em que a cultura jurídica já tem a mediação como um de seus pontos principais, não tendo muitos advogados trabalhando em contencioso, dedicando-se os profissionais à mediação e conciliação.

No ocidente se tem notícia de sua utilização na Antiguidade em tribos da África, povos escandinavos e israelitas, sendo que para vários autores e na Bíblia que se pode identificar o início da utilização da mediação, pelo menos é nela que consta as primeiras narrações da sua utilização.

No campo jurídico, ainda segundo a autora, se dá mais importância ao estudo histórico da mediação como é utilizada na atualidade, deixando para os historiadores o estudo do instituto na Antiguidade.

Nesse sentido, que pode ser comprovado é que a mediação/conciliação como profissão apareceu nos EUA em 1913, onde se instituiu os “comissários de conciliação”, para tratar de assuntos trabalhistas, que deu lugar em 1946 ao “Federal Mediation and Conciliation Service”, porém, a utilização como se conhece nos dias atuais se deu na década de 70, na Universidade de Harvard.

Segundo explica Eliana Bispo de Souza Alves (2012), em análise da obra de Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa⁵⁹ foi em 1976 que Frank Sander, com a finalidade de ampliação do acesso à justiça, criou a teoria do Tribunal de Múltiplas Portas, em que seria padrão a existência de múltiplas vias de resolução de conflitos, entre elas a mediação e a conciliação.

A partir desse estudo, iniciou-se uma série de medidas do governo Norte-Americano com sentido de desenvolver o acesso à justiça por esses métodos, chamados até então de alternativos.

Assim, desenvolveu-se as teorias que de mediações mais eficientes e criativas e desenvolveu-se a solução de conflitos por outros meios que não o procedimento Judiciário comum (TARTUCE, 2015).

Historicamente ainda é importante citar a Inglaterra, que na década de 1970 adotou o modelo americano, que logo em seguida foi instalado também na Austrália e Canadá, visto a proximidade de língua entre esses países e os EUA. Já a França deu início a esses institutos pela proximidade com o Canadá.

Os primeiros países sul-americanos a aplicar tais institutos no modelo de

59 O instituto da mediação, segundo Targa (2004, p.142) teve sua fundamentação teórica na Universidade de Harvard, Cambridge-Boston. Consta que Frank E. A. Sander, em 1976, apresentou um estudo com a intenção de ampliar o acesso à justiça denominado Demulti-door courthouse (Tribunal de Muitas Portas), no qual um tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Apenas em último caso seria o problema resolvido pelo sistema judicial.

Harvard foram a Colômbia e a Argentina, incentivadas por conferências sobre o tema por toda a América Latina.

Apesar desse surgimento na Antiguidade, e falar-se na utilização dela no poder Judiciário a partir da década de 1970, no Brasil a primeira previsão de utilização de métodos de autocomposição se deu nas Ordenações Manuêlinas, 1514, e após nas Ordenações Filipinas, 1603, constando ainda da Constituição Imperial, sendo a tentativa de conciliação condição para ingresso da ação (TOLEDO, 2012)⁶⁰.

Após, pode-se encontrar mediação/conciliação na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, na lei de Criação dos extintos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7244/84); no Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 447 a 449 e no procedimento sumário; na Lei 9099/95, Juizados Especiais (em que se prevê o uso da conciliação em larga escala) e Lei 9245/95 – Procedimento Sumaríssimo (TOLEDO, 2012).

Deve-se ainda levar em consideração que o legislador constituinte de 1988 colocou no preâmbulo da Constituição Federal, como um de seus fundamentos, a solução pacífica das controvérsias, o que vem de encontro e fundamenta a utilização desses métodos ora estudados.

A mudança iniciada, verdadeiramente, no Brasil com a Lei 9.099/95, ganhou maior impulso somente com a edição da Resolução 125/2010 do CNJ e mais recentemente com a promulgação da Lei de Mediação, Lei 13.140 de 2015, e principalmente com a promulgação do Código de Processo Civil que entrou em vigor no ano de 2016 – Lei 13.105 de 2015.

Com a Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça os Tribunais de Justiça dos Estados foram incumbidos de criar os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, que visam justamente mudar a concepção de justiça da população, levando a todos a política da autocomposição, resolução pacífica dos conflitos por meio da Conciliação e da Mediação.

No Brasil, algo semelhante aos Tribunais de Múltiplas Portas Norte-

60 Foram com as Ordenações Manuêlinas, de 1514 e as Ordenações Filipinas, de 1603 que surgiram, no Brasil, as primeiras legislações incorporando o instituto da conciliação. A Constituição Imperial já previa, no art. 161, § 1º, que sem se fazer constar que se tenha tentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.

Americano, foi criado somente em 2010 com a resolução 125 do CNJ que prevê o encaminhamento dos litígios que versam sobre direitos disponíveis aos Centros Judiciais de Soluções de Conflitos e Cidadania.

Além desta mudança de paradigma, que visa dar à população, de forma geral, amplo acesso à justiça, os Centros de Solução de Conflitos e Cidadania atendem de forma mais informal, tendo inclusive a instalação de sessões de conciliação/mediação extrajudicial gratuitamente para os indivíduos, sendo os gastos suportados pelo Estado.

Esse é um grande avanço, pois, como visto, um dos grandes entraves ao acesso à justiça é justamente o custo que se tem um processo.

CAPÍTULO III

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

3.1 O Contexto Brasileiro

As novas legislações trouxeram esses institutos para um patamar de grande importância para o acesso à justiça, sendo amplamente utilizados no território nacional.

Segundo Fernanda Tartuce (2015), até 2015, mesmo já existindo a resolução do 125 do CNJ, pela falta de legislação sobre a temática, a mediação existia no Judiciário como projeto dos Tribunais, por projetos de mediação comunitárias ou por Câmaras ou mediadores privados.

Só com a edição da Lei da Mediação esse cenário se modificou, regulamentando a mediação privada e aumentando a oferta da mediação pelo Estado, não só no âmbito do Judiciário, mas também nos Procons, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos.

A discussão de existir a necessidade de normatizar a mediação por meio de uma lei específica foi grande, mas além da criação dos órgãos estatais de mediação,

também foi importante para colocar os critérios de capacitação dos mediadores/conciliadores e a fiscalização dos procedimentos.

O atual Código de Processo Civil não aglutinou os artigos sobre mediação/conciliação, mas deu-lhes localização variada, deixando claro que esses institutos podem ser utilizados não somente no início do processo judicial, mas em qualquer fase desse. Fato que fica claro quando da leitura do artigo 139, V⁶¹ (TARTUCE, 2015).

Apesar de que, uma das principais modificações do procedimento processual civil foi exatamente a citação, pois o artigo 250, IV, determina que na citação já conste a intimação da audiência de mediação ou conciliação, quando o direito em voga assim o permitir⁶²

O Código de 2015 coloca também as funções dos mediadores e conciliadores, sua capacitação e as diretrizes para as sessões por eles realizadas em sua Seção V.

Mas o Código de Processo Civil não prevê apenas a mediação e a conciliação realizada pelo Judiciário, em seu artigo 174 prevê a realização por câmaras de mediação/conciliação no âmbito administrativo, e no 175 a regulamentação por lei da participação desses órgãos da administração em mediações/conciliações privadas⁶³.

Em vários outros dispositivos o Código diz da mediação, inclusive da extrajudicial, dando especial atenção ao direito de família, colocando a possibilidade

61 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

62 Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterà:

IV - se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento;

63 Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

de suspensão do feito nesses casos, enquanto o procedimento de mediação estiver ocorrendo⁶⁴.

Isto porque o procedimento de mediação pode durar mais que uma sessão, tendo o mediador o condão de marcar outras sessões para que os indivíduos envolvidos tenham tempo de refletir sobre o diálogo travado.

Outro marco para a utilização da mediação e da conciliação no Brasil foi a Lei 13.140, que ficou conhecida como Lei da Mediação, que surgiu para regular os espaços ainda não atingidos pelo Código de Processo Civil e a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (TARTUCE, 2015), a regulamentação da composição de conflitos “no âmbito da Administração Pública” e a mediação extrajudicial.

Há que se salientar aqui, que apesar de falar apenas em mediação, deve ser considerada inclusa a conciliação em todos os casos da lei, pois não são todas as disposições que valem para conflitos em que os indivíduos conflitantes têm um relacionamento anterior, ou posterior, e estão emocionalmente envolvidos.

Esses dois marcos regulatórios resultaram, junto com a Resolução 125/2010 do CNJ, na maior aplicação dos institutos da mediação e conciliação, principalmente dentro do Judiciário Brasileiro.

Mesmo antes das leis, a citada resolução deu início à política nacional de conciliação, tendo como ponto de partida a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, objetivando dar resolução célere, eficaz e de baixo custos aos conflitos.

Outro objetivo desses Centros é “desafogar” o Judiciário, resolvendo litígios antes que eles se tornem processos, pois, o grande número desses é outro entrave ao acesso à justiça, pois gera demasiada demora, o que acaba por colocar em risco o direito pleiteado.

Pelo estudado, esses Centros são uma adaptação dos Tribunais de Múltiplas Portas Norte-Americanos, dando vias diferentes para processos com discussões diferentes.

Em aula do módulo II do Curso de Formação de Conciliadores da Escola

64 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Paulista da Magistratura⁶⁵ é ensinado que com a divulgação destas técnicas de autocomposição, surgiram várias escolas ou modelos de mediação/conciliação:

Harvard – Facilitativo: separa as pessoas dos conflitos:

- Percepção – colocar-se no lugar do outro;
- Emoção – compreender e reconhecer as suas emoções e a do outro;
- Comunicação – todos devem ser entendidos, retirar os ruídos e falhas da comunicação.

Avaliativo: Avalia-se o que é importante na discussão, com o uso de técnicas e estratégias que tem o condão de fazer tal avaliação.

Transformativo – Bush & Folger: Foca diretamente nas pessoas envolvidas e nas transformações delas.

Circular-Narrativo – Com foco no diálogo, nas relações entre as pessoas e nas possíveis soluções.

Explicam também que, além das áreas cíveis, a mediação e a conciliação podem ser usadas nas esferas:

Empresarial: Um bom exemplo de mediação empresarial é no setor de franquias, pois nesse setor temos relações continuadas entre empresários.

Ambiental: Um dos métodos que são utilizados para a mediação/conciliação ambiental são os TACs do Ministério Público (Termos de Ajustamento de Conduta), que leva as partes a sentarem-se e decidirem juntas as ações que serão feitas.

Trabalhista: Usada na relação de emprego, entre patrão e empregado(s), previsão de uso subsidiariamente ou supletivamente das regras processuais do atual Código de Processo Civil, artigo 15 do diploma legal citado.

Penal: Não existente ainda no Brasil. O que temos aqui é a Justiça Restaurativa, que promove o encontro de ofensor e vítima. Ocorre nos crimes de menor potencial ofensivo, e somente se o ofensor assumir sua culpa (Juizados Especiais Criminais).

Assim como ocorre na esfera Trabalhista, por força do Artigo 15⁶⁶ do Código de Processo Civil, as normas desta lei processual são utilizadas subsidiariamente ou

65 Curso de Formação de Mediadores Judiciais da Escola Paulista da Magistratura, turma de 2012, realizado por videoconferência.

66 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

supletivamente, de forma a suprir eventuais lacunas em processos eleitorais ou administrativos, daí se retira a ideia que, como o código prevê a mediação e a conciliação para os processos cíveis, poderiam esses institutos também serem aplicados nesses ramos do Direito.

Nesses ramos se fala exclusivamente da aplicação da mediação e conciliação judicial, por se tratar de áreas do Direito Público.

Assim importante colocar quando se dá a mediação/conciliação judicial e a extrajudicial, traçando inclusive o local em que são feitos os procedimentos.

3.1.1 Mediação e Conciliação Judicial

Como colocado anteriormente, a grande expansão da mediação/conciliação, em âmbito judicial, se deu com a resolução 125 do CNJ, porém um passo mais importante nesta política de solução de conflitos se deu com a entrada em vigor da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil.

As leis então colocam a existência de procedimentos judiciais e extrajudiciais de mediação e conciliação.

Fernanda Tartuce (2015) coloca que é considerada mediação/conciliação judicial quando o procedimento autocompositivo ocorre em processo judicial instaurado, sendo obrigatório que um mediador/conciliador judicial conduza à sessão (TARTUCE, 2015).

Esta definição, porém, deve ser analisada com cuidado, pois o código de Processo Civil prevê que mesmo que haja um processo judicial já em curso, pode haver um procedimento de mediação/conciliação extrajudicial.

A mediação/conciliação judicial é um procedimento que ocorre por determinação do juiz, exarado em processo que está sob sua análise, a pedido das partes, ou, pelo menos, que estas não tenham se posicionado contrariamente, realizado por mediador/conciliador capacitado pelo respectivo Tribunal e nomeado para o exercício da função no juízo.

As normas que regulamentam a mediação/conciliação judicial cuidaram de definir bem o papel do mediador/conciliador judicial, incluindo também a capacitação dos mesmos.

Outro ponto é a não obrigatoriedade da mediação/conciliação como regra,

pois, em sendo o procedimento obrigatório, perde ele sua característica de ser consensual, ou seja, que as partes compareçam nele por sua própria vontade, com o ânimo de tentar dar fim à contenda.

Há quem diga, porém, que a obrigatoriedade levará à institucionalização do procedimento e seu maior desenvolvimento.

Se obrigatória passa a ser considerada apenas mais uma fase processual, e não a ser visto como é, um procedimento que visa dar fim ao conflito (TARTUCE, 2015).

O Código de Processo Civil não coloca a audiência como obrigatória quando fala em seu artigo 334 que o juiz “designará audiência de conciliação ou de mediação” quando do ingresso da ação, pois, nos parágrafos 4º e 5º coloca que as partes podem se manifestar pela não realização de tal procedimento⁶⁷.

Bastando assim uma manifestação de vontade das partes para que tal procedimento não ocorra.

Não é compatível com o intuito de qualquer procedimento autocompositivo a imposição de participação, esses procedimentos pressupõe que os indivíduos estão dispostos a dialogar e por fim ao conflito, mas não há como obrigar a uma pessoa a se abrir ao diálogo (TARTUCE, 2015).

Na prática, se vê uma diferença muito grande quanto se trata do comportamento das partes nas audiências de medição e conciliação judicial, visto a marcação de sessão de uma ou outra serem determinadas pelo ramo do direito e segundo o que determina o Código de Processo Civil do papel do Mediador e do Conciliador.

A mediação sendo utilizada principalmente em Direito de Família e outros casos em que existe relacionamento a ser mantido, está se mostrando mais fácil das partes comparecerem espontaneamente para tentar resolver o conflito, estando mais propensas ao diálogo, muitas vezes têm a consciência do caráter mais benéfico de

67 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

tomar a decisão elas mesmas, do que deixar que um terceiro o faça.

Já a conciliação que é pautada por não existir relação anterior ou posterior ao procedimento, sendo utilizada em ramos do direito como o Contratual, Comercial e Consumidor, não é raro que, quando uma das partes se constitui de empresas, não estão abertas a dialogar, não fazendo ou aceitando sugestões de acordo.

As grandes empresas, principalmente, parecem não ter aceitado ainda a transição por qual passa o direito processual brasileiro, acreditando que deixar nas mãos da Jurisdição Estatal a decisão de litígios ainda é a única forma de se alcançar a justiça.

Essa é uma das razões pelas quais o número de acordos homologados por juízes ainda são muito baixos, em relação ao número total de feitos, ou seja, o número de sessões de mediação e conciliação que geram resultados positivos ainda não tão volumoso.

Esta é uma constatação que se chega ao analisar a publicação do CNJ, “Justiça em números”⁶⁸, tendo como ano-base o ano de 2015, que pela primeira vez publica índices de conciliação.

A publicação traz os índices totais, no referido ano, de 9,4%, algo muito a quem do que esperado, mas, por ser o primeiro ano que a publicação traz tal índice, não há parâmetros para comparação se houve um crescimento após a política de resolução pacífica de conflitos.

Há de se fazer a observação que na esfera contratual pode existir cláusula que torna a mediação ou conciliação extrajudicial obrigatória, e por ser esta uma expressão da autonomia da vontade das partes, deve prevalecer, manifestando-se o juiz no sentido de não julgar sem que haja a tentativa de mediação ou conciliação prévia.

Assim, mesmo quando se fala em mediação ou conciliação judicial, há que se prevalecer a vontade das partes.

3.1.2 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

68 A publicação pode ser encontrada em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>

O CNJ teve a preocupação de colocar uma seção em sua Resolução 125 para tratar dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, CEJUSCs, mais especificamente em sua Seção II, artigos de 8 a 11.

Já em seu artigo 8º deu a definição de CEJUSC como sendo Unidades Judiciais que serão responsáveis por realizar ou gerenciar procedimentos de mediação e conciliação, que serão realizados por mediadores e conciliadores, e também orientar os cidadãos, e serão criados pelos Tribunais de Justiça.

Note-se que já no primeiro artigo sobre os Centros, coloca-se como responsável alguém que não tem poder decisório, importante fato para que o procedimento ocorra imparcialmente.

É para os Centros que os juízes encaminham os processos para o procedimento de mediação ou conciliação, tanto quando do ingresso da ação no Judiciário, ou a pedido da parte para tentativa de solução autocompositiva.

A resolução dá ainda grande importância para os mediadores e conciliadores que prestarão esse serviço, colocando regras específicas para esta função, assim como também faz a Lei da Mediação.

Sendo os CEJUSCs responsabilidade dos Tribunais de Justiça, cada qual tratou de criá-los conforme a realidade do seu Estado, estando alguns mais adiantados em sua estruturação e implementação nas comarcas.

No Estado de São Paulo muitos Núcleos encontram-se fora dos prédios da justiça comum, instalando-se em locais de fácil acesso à população, assim como sugerido por Cappelletti e Garth em seus estudos sobre acesso à justiça.

A Resolução 125 traz, em seu artigo 10⁶⁹, a possibilidade dos Centros realizarem Mediação ou Conciliação pré-processual, ou seja, a possibilidade de resolver o conflito antes de se ingressar com a ação.

Em se tratando de Direito Disponível, que não envolve incapazes, esse procedimento pode ser feito contando com maior informalidade, inclusive sem a presença de Advogado ou Defensor Público.

Nesse aspecto, o artigo 11 da resolução coloca como possibilidade e não obrigatoriedade a participação de “membros do Ministério Público, defensores

69 Art. 10. Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania.

públicos, procuradores e/ou advogados.”

Trazendo assim a possibilidade de resolução de conflitos a baixo custo, pois nos procedimentos pré-processuais não há a cobrança de qualquer valor dos indivíduos conflitantes.

Por ser órgão do Poder Judiciário, os Centros têm como coordenador um Magistrado, que tem como funções supervisionar os mediadores e conciliadores, administrar o Centro e homologar os acordos realizados nas sessões, tanto para os procedimentos endoprocessuais, quanto para os pré-processuais.

Nota-se que o papel do juiz é de fiscalizador, devendo homologar o resultado da mediação/conciliação, não tendo ele papel de solucionar qualquer conflito.

Uma conclusão que se chega é que a mediação e a conciliação pré-processual muito se assemelha a extrajudicial, tendo, porém, o Estado como promotor dos procedimentos, arcando com todos os custos.

Apesar de serem realizadas em órgãos do Judiciário, a mediação/conciliação pré-processual, acredita-se, em desacordo com vários autores estudados, não pode ser considerada um procedimento jurisdicional, visto que foge ao conceito quanto à existência de ação.

Apesar da discussão se os procedimentos realizados nos CEJUSCs são jurisdicionais ou não, tem que se ter em mente a atividade meramente homologatória do juiz, pois não é o Judiciário que resolve os conflitos e sim os conflitantes, por vontade própria, entendendo assim que, mesmo realizado em órgãos judiciais e fiscalizados pelos magistrados, tratam-se de procedimentos de jurisdição voluntária.

Como exposto no Capítulo I do presente trabalho, a jurisdição voluntária não é jurisdição em si, pois não há os elementos e características desta.

É mero ato de administração da justiça, como os realizados em cartórios extrajudiciais, também sobre a fiscalização do Judiciário.

A crítica que se pode fazer a esses Centros e que eles não são efetivamente centros de cidadania, como consta até mesmo em seu nome, pois, geralmente, a única coisa que ele contém é o cartório em que se dão andamento aos procedimentos que culminarão com a audiência de mediação ou conciliação.

3.1.3 Mediação e Conciliação Extrajudicial

Outro modo de realizar o procedimento de mediação ou conciliação é realizá-lo sem qualquer auxílio do Estado, com mediadores/conciliadores privados, ou instituições privadas, sendo assim chamada de privada ou extrajudicial, ou ainda de mediação comum.

É mais uma alternativa de acesso à justiça ao cidadão, que pode se propor a mediar ou conciliar o conflito antes do ingresso da ação judicial, podendo escolher quem vai reger o procedimento. Ou até mesmo, quando da demora de um processo judicial, procurar realizar uma sessão de autocomposição privada (TARTUCE, 2015).

Esta situação foi prevista no Código de Processo Civil para as ações que tratem de direito de família⁷⁰, indicando ainda que o processo pode ser suspenso a pedido das partes.

Apesar de estar inserido no capítulo que dispõe sobre as ações de família, não há objeção em qualquer outro artigo que esta suspensão seja realizada em outros processos que tratem de direito disponível.

Nesses casos, mesmo tendo um processo iniciado, acredita que não se pode falar em mediação ou conciliação judicial, pois a realização dos procedimentos são totalmente desvinculados do Estado, formando título executivo extrajudicial⁷¹.

Para Fernanda Tartuce (2015) esse procedimento nem constará em registros judiciais e está de acordo com a sistemática que o ordenamento jurídico traz sobre o assunto.

A Ordem dos Advogados do Brasil, vislumbrando a possibilidade de Instituições realizar as mediações e conciliações extrajudiciais elaborou um projeto

70 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

71 Lei 13.140/2015 - Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

chamado OAB Concilia⁷² realizado em vários estados da Federação, que visa à realização de reuniões de mediação ou conciliação anteriores ao ajuizamento da ação, nas sedes das subseções da OAB.

A peculiaridade desse procedimento é que após reduzido a termo, o acordo é protocolado para a homologação judicial, o que é desnecessário aos procedimentos extrajudiciais.

O ordenamento jurídico ainda diz respeito à existência de mediadores individuais, ou seja, não ligado nem ao poder público e nem a instituições particulares.

Esses mediadores/conciliadores são escolhidos pelas partes livremente, sendo que a Lei da mediação em seu artigo 9º⁷³ coloca três características: ser pessoa capaz, ter a confiança das partes e ter sido capacitado para realizar o procedimento a ser realizado.

Mesmo que a lei fale que o mediador deve ser capacitado, e entende-se que o conciliador também, não há previsão legal para tal capacitação, as normas trazem a necessidade e como se dará a capacitação dos mediadores/conciliadores judiciais, mas não dos privados (TARTUCE, 2015).

Uma inovação que traz a lei da mediação é a possibilidade da presença do Defensor Público estar presente em um procedimento extrajudicial⁷⁴, entende-se que esse é mais um avanço no sentido de ampliar o acesso à justiça, visto que no caso de procedimentos extrajudiciais os conflitantes arcam com os valores dos mediadores/conciliadores, a presença dos Defensores Públicos seria um modo de não arcar, o representado por eles, com os honorários do advogado.

Embora não haja desentendimento quanto ao que é a mediação/conciliação extrajudicial, surgiu uma questão quanto à realização dela pelos cartórios extrajudiciais.

Tal discussão surgiu quando o Tribunal de Justiça de São Paulo editou um

72 O manual do projeto da Sessão São Paulo da OAB pode ser encontrado no link <http://www.oabsp.org.br/subs/saojosedosc campos/oab-concilia/Manual%20OAB%20CONCILIA%20-%20Passo%20a%20Passo%20aos%20Advogados%20e%20Subsecoes.pdf/at_download/file> acessado em 09 de agosto de 2017.

73 Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

74 Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

provimento dando autorização para que os tabelionatos realizassem mediação e conciliação extrajudiciais, porém a OAB/SP ingressou com pedido de providências junto ao CNJ, pedindo a suspensão de tal provimento por extrapolar as funções do Tribunal, e a falta de previsão legal para que os Tabelionatos realizassem tais procedimentos.

O CNJ atendeu o pedido da Ordem paulista, suspendendo o Provimento 17/13 do Tribunal, colocando que a Resolução 125 não abrangia as serventias extrajudiciais.

Em sentido contrário, em suas disposições finais a Lei de mediação traz que tal lei deve ser aplicada às serventias extrajudiciais, quanto às formas de resolução de conflitos, colocando expressamente que isso se dará “no âmbito de suas competências”⁷⁵ (TARTUCE, 2015).

Apesar da letra da lei, em junho de 2017 foi expedida pelo CNJ o Ofício Circular n 011/2017 (Anexo I), divulgada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em que consta a vedação para as serventias judiciais praticarem os procedimentos de mediação e conciliação extrajudiciais, pois para que isto ocorra é necessária a regulamentação do assunto por aquele órgão.

Parece não acertada tal decisão do Conselho Nacional de Justiça, visto que os procedimentos extrajudiciais podem, por força de lei, serem feitos pelas serventias extrajudiciais como modo de ampliar o acesso a esses métodos.

Quer o CNJ avocar para si o direito de regulamentar tal “serviço” nos cartórios notariais e de registro, porém a excessiva regulamentação e procedimento que deve ser o mais informal possível acaba por fechar uma porta que pode levar à solução mais rápida e prática de um conflito.

A estas serventias já tocam realização de outros procedimentos extrajudiciais, como divórcios e inventários, e deixa clara a lei que as mediações/conciliações serão realizadas apenas nos âmbitos de suas competências, competências estas dadas por lei.

Assim, a ampliação do acesso à justiça, em termos de procedimentos extrajudiciais, esbarra ainda na necessidade, que alguns órgãos acreditam ser

75 Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

obrigatória, de regulamentação.

3.2 Quarta onda de acesso à justiça: Formação jurídica

Após as três ondas de acesso à justiça, colocadas por Cappelletti e Garth, o jurista australiano Kim Economides (1997) apresenta uma nova onda, a quarta de acesso à justiça, que analisa o acesso à formação jurídica, a formação jurídica mais humanista e o acesso à justiça para os operadores do Direito, os que administram a justiça.

Ele esteve no Brasil em 1997, no seminário internacional Justiça e Cidadania, no Rio de Janeiro, onde apresentou o trabalho sobre esta quarta onda, que diz ser complementar as três anteriores.

Economides questiona quem tem acesso à formação jurídica, às faculdades de Direito.

Ele coloca a importância desse acesso aos bancos acadêmicos, pois é pela faculdade de Direito que se chega à carreira jurídica, e, por conseguinte, às pessoas nestas carreiras que gerenciarão a justiça.

Assim, é necessário que se veja se todos os grupos sociais, principalmente as minorias e grupos excluídos, estão tendo acesso aos cursos de Direito. Segundo ele, tal acesso está diretamente ligado ao acesso à justiça desses grupos.

A responsabilidade para tal seria compartilhada entre o governo, Ordem dos Advogados e, até mesmo, individual dos profissionais do Direito.

Após o ingresso na faculdade, o segundo passo é garantir que os profissionais do Direito tenham acesso à justiça, por meio de padrões mínimos de formação profissional e ético. Coloca que o organismo de classe, Ordem dos Advogados do Brasil no caso desse país, e as faculdades devem se preocupar de tais assuntos e não apenas com a admissão às carreiras jurídicas (ECONOMIDES, 1997).

Esse ponto é importante, pois tenta equilibrar a tensão entre a ampliação do acesso à justiça e a qualidade da prestação jurisdicional.

O estudioso australiano coloca essas responsabilidades nas faculdades de direito, pois as vê como responsáveis pela formação do caráter profissional do

jurista.

Além disso, diz que em alguns lugares as faculdades de direito encorajam um “cinismo” a cerca de todo o sistema jurídico. As leis por estar fora de alcance, a justiça por ser utópica e os advogados não tem o respeito e a confiança que deveriam ter (ECONOMIDES, 1997).

Ele questiona que isso ocorre porque o advogado geralmente é visto como alguém que está na profissão para obter lucro e não para alcançar a justiça. Sendo que isto seria consequência de uma formação positivista dissociada da formação moral é cívica. E diz que a resposta se dá com a análise dos estatutos profissionais, que devem preconizar a “igualdade de oportunidades, o profissionalismo humanitário e os direitos humanos”, sendo que por fim, seu foco seria a “erradicação da injustiça” (ECONOMIDES, 1997).

Entende o teórico que as faculdades deveriam dar “status” especial à matéria de Direitos Humanos, que é indispensável aos direitos dos cidadãos e aos futuros profissionais das carreiras jurídicas, fazendo menção inclusive ao juramento feito pelos Bacharéis em Direito no Brasil, dizendo dever ele se estender a outros países.

Em seu trabalho o estudioso coloca também a necessidade dos serviços jurídicos, sejam eles públicos ou particulares, se adequarem aos “clientes”, ou seja, a quem necessita desses serviços.

O trabalho deixa o questionamento para os pesquisadores brasileiros se a próxima fase da pesquisa sobre acesso à justiça não deveria ser sobre quem fornece e como fornece os serviços jurídicos, e se essa oferta realmente atende a demanda. Ou seja, os serviços jurídicos que os advogados brasileiros estão ofertando são os que a população realmente precisa?

Novamente Economides coloca no centro da questão o ensino jurídico nas faculdades, devendo elas trabalhar para elevar o grau de comprometimento ético e profissional, e fazer que os profissionais ali formados entendam e se adéquem às novas demandas da população, oferecendo serviços jurídicos de acordo com a necessidade os cidadãos.

Assim, as faculdades de Direito deveriam se preocupar mais em formar um profissional que estaria preparado para trabalhar em favor da ampliação do acesso à

justiça e da sua efetivação, abrangendo o acesso à justiça por outros métodos de resolução de conflitos que não o processual comum, e também por meios fora da jurisdição estatal.

A transformação e o estudo proposto por Kim Economides, pode se dar com a modificação das grades curriculares das faculdades de Direito, não apenas com um “status” especial para os Direitos Humanos, mas também um estudo mais detalhado da justiça em si e o acesso à ela.

Entre esses itens, as faculdades passariam a ter, como algumas já têm, matérias específicas de mediação e conciliação, e outros métodos não convencionais de acesso à justiça, tanto os de jurisdição estatal, quanto os extrajudiciais.

O ensino desses meios como ampliação do acesso à justiça, acompanhado do ensino de Direitos Humanos e maior acesso aos bancos das faculdades de direito devem levar à efetivação dos Direitos da população.

No Brasil, outro fator deve ser levado em consideração, que é a cultura da população. Uma população que está acostumada a ter a decisão tomada por terceira pessoa, pela autoridade e também a cultura de “levar vantagem”.

A cultura brasileira sempre valorizou quem consegue levar vantagem e sair lucrando das situações, e não é diferente com os processos judiciais.

Para mudar essa cultura, talvez seja necessário uma abordagem antes dos bancos das faculdades, no ensino médio, ou antes, para que a população interiorize que ela pode resolver seus conflitos sem a presença do Judiciário, e que isso é sim justiça.

Interiorize que não é necessário que alguém com força coercitiva de uma ordem para ser cumprida, mas sim que vale mais decidir seus próprios caminhos, resolver seus próprios litígios.

3.3 Ensino de Métodos Adequados de Resolução de Conflitos – A Experiência da UFMG

A Universidade Federal de Minas Gerais desenvolve desde 2007 o programa de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça, coordenado pela

professora Adriana Orsini. Esse programa tem como objetivo discutir a importância do diálogo para a solução de conflitos de assuntos socialmente relevantes (Orsini, 2016).

Um dos pontos do projeto é a modificação da formação jurídica, promovendo uma educação multidisciplinar, sempre voltada a ampliar o acesso à justiça e resolução de conflitos.

A coordenadora explica que nos encontros do grupo os alunos de cursos como Direito, Psicologia e Comunicação, discutem sobre práticas restaurativas, acesso à justiça, mediação, entre outros assuntos, tendo como foco o acesso à justiça infanto-juvenil. Dividindo-se ainda em dois eixos: Mediação em saúde e Formação em solução de conflitos escolares, e além dos estudantes e professores, a comunidade também faz parte do projeto, levando assim a uma ampla gama de soluções.

Esse projeto liga-se com outro da Faculdade que são os Polos de Cidadania, onde as comunidades são atendidas, não só juridicamente, mas por uma equipe multidisciplinar⁷⁶.

A estruturação do projeto segue um padrão, levando em consideração a duração de um ano: 1º Capacitar às pessoas que farão parte da equipe e realização da pesquisa teórica; em 2º Construir uma metodologia e mapear os conflitos que serão objeto do trabalho e em 3º Desenvolver a ação com a comunidade e produzir os relatórios de resultados (ORSINI, 2016).

Os frutos desse trabalho são a produção de cartilhas, vídeos, um jogo educativo e a metodologia para a formação de Núcleos Integrados de Solução de Conflitos Escolares, além de cursos de capacitação para mediadores e “práticas restaurativas”, já ministrados em vários locais (ORSINI, 2016).

O programa apresenta matérias distintas dos cursos de Direito tradicional,

76 Os Polos de Cidadania, programa interinstitucional criado em 1995 na Faculdade de Direito da UFMG, também exerce papel essencial na construção de um ensino jurídico pautado na efetivação do acesso à justiça e dos direitos humanos. O programa promove, através da mobilização social, ações que se voltam à promoção da cidadania, da autonomia e da emancipação social em diferentes comunidades mineiras. Os projetos de pesquisa e extensão do Pólos são distribuídos em seis núcleos, sendo eles: Núcleo Trabalho e Geração de Renda; Núcleo de Mediação e Cidadania; Núcleo de Proteção à Infância e à Juventude; Núcleo Direito à Cidade; Núcleo de Publicação; e Núcleo de Comunicação e Artes. Apesar de o Programa Polos não ser abordado neste trabalho, sua relevância no cenário de reestruturação do ensino jurídico brasileiro deve ser ressaltada.

levando em consideração a multidisciplinariedade, apresentando matérias relacionadas ao acesso à justiça, mediação, resolução de conflitos e cidadania. Essas matérias são abertas não apenas ao curso de Direito, mas a vários outros, contando inclusive com simulações, para que os alunos possam juntar a teoria à prática.

A professora responsável explica que os impactos foram medidos no ano de 2014, em uma pesquisa realizada entre os alunos da matéria 'Tópicos em Direito Processual Civil A: Acesso à Justiça e Formas de Resolução de Conflitos', matéria esta que começou a ser ofertada em 2007.

Nesta disciplina os alunos tinham contato com formas de resolução de conflitos cooperativas, o papel o operador do Direito no acesso à justiça e transformação da sociedade, como também foram trabalhados as funções do Judiciário e sua reforma, para a implantação de um sistema de resolução adequado de conflitos, processo, mediação e conciliação, entre outros assuntos pertinentes ao tema⁷⁷.

Além das aulas expositivas, já comum nas universidades, outras metodologias eram utilizadas, estudo de casos, painéis e debates, problematizando o conteúdo e simulações, e ao final de cada atividade os alunos compartilhavam suas percepções e relatórios.

Ainda como atividade tinham que fazer acompanhamento de audiência de conciliação, na justiça do trabalho.

Na avaliação desta forma de ensino ela foi considerada inovadora pelos estudantes, tendo um crescimento no interesse pelas aulas e foi percebido que esta matéria realmente impactou na formação dos estudantes. O estudo da solução de conflitos e a discussão sobre acesso à justiça foram tidos como diferencial (ORSINI, 2016).

Os avaliadores do projeto chegaram à conclusão que é preciso uma

77 O plano de aulas previa o estudo das formas dialógicas e cooperativas de solução de conflitos, problematizando o acesso à justiça formal e o acesso à justiça material, assim como o papel do profissional de direito em efetivar – por meio de sua atuação – a transformação social e o acesso a direitos. Foram trabalhados os papéis do Poder Judiciário, do processo e do litígio, assim como a reestruturação da Política Judiciária Nacional para a implementação de um sistema de justiça multipartas, voltado ao tratamento adequado e sustentável dos conflitos de interesse. Entre as formas complementares de solução de controvérsias, foram destacadas para o estudo a conciliação, a mediação e a justiça restaurativa. (ORSINI, 2016, 36).

formação mais “humanística e problematizadora” do Direito, uma vez que a matéria é trabalhada como um todo por alunos, professores e comunidade.

Esse método, ainda segundo a avaliação, traz para o ensino do Direito à cooperação, estando todos envolvidos em promover a pacificação dos conflitos e o acesso à justiça, comprovando que a mudança passa pela mudança do ensino nas faculdades de Direito.

Sobre esses estudos, dois pontos podem ser levantados logo de início, a proximidade dele com a fala do jurista Australiano Kim Economides, sobre a transformação do ensino jurídico para ampliar o acesso à justiça e os cursos de formação de mediadores adotados pelo CNJ pra a formação dos mediadores judiciais.

A inovação desse projeto da Universidade Federal de Minas Gerais vem não somente de como as aulas são ministradas, mas da integração com estudantes de outras áreas não jurídicas e, principalmente, da comunidade em que o projeto trabalha.

Esses futuros profissionais estão sendo preparados para o mercado de trabalho com uma carga ética e comprometimento com o acesso à justiça, principalmente dos grupos excluídos.

Desde os bancos escolares têm a real percepção das demandas das comunidades em que o projeto trabalha, e como é a realidade do acesso à justiça.

Não é raro ver faculdades de Direito que se preocupam apenas com o ensino da técnica e a aprovação no Exame da Ordem, que se tornou até critério de escolha por determinado público, deixando de lado projetos de extensão universitária que proporcionam a oportunidade de relação com a prática do direito de uma forma mais humanizada.

Outro ponto que chama a atenção é a semelhança entre o projeto e o modo como o CNJ vem tratando o curso de formação de mediadores e até mesmo a teoria de criação dos CEJUSCs.

O curso de formação de mediadores tem a mesma sistemática das aulas do projeto, as maneiras de passagem do conteúdo, as simulações e até o “estágio”, que é o momento que o aluno terá contato com a comunidade que leva seus problemas para resolução.

A concepção dos CEJUSC encontra bastante similaridade dos Polos de Cidadania, que desde 1995 são utilizados pela Universidade.

O CEJUSC nasceu para ser um órgão para promover a pacificação social e também a cidadania, até por isso em cidades maiores ficam juntos a outros projetos, como o Poupa Tempo no estado de São Paulo, porém, são casos raros que outros serviços são prestados no mesmo espaço.

Não foi encontrada, porém, nenhuma evidência de estudo de tais Polos para criação dos Centros.

O que se tira disso é a necessidade de mudança no ensino jurídico do Brasil, não pura e simplesmente colocando o ensino de métodos adequados de resolução de conflitos na grade de matérias, o que algumas faculdades já vem fazendo.

Mas ensinando aos alunos o verdadeiro sentido do curso de Direito que é distribuir a justiça para quem realmente necessita dela, não importa quem seja.

CONCLUSÃO

Ao regulamentar a mediação e a conciliação a intenção do legislador brasileiro pareceu ser institucionalizar tais procedimentos, tornando-os mais acessíveis à população.

Porém, não é por estatizar o instituto que pode ser considerado como parte da Jurisdição Estatal, pois, como visto, a jurisdição é o poder do Estado de resolver conflitos por sentença, o que não ocorre quando se fala em métodos autocompositivos.

Falta na aplicação desses procedimentos características básicas para classificá-las como Jurisdição, sendo que a principal é a substitutividade, pois ao homologar o acordo realizado, o juiz não substitui a vontade das partes, ele apenas

declara que a vontade delas passa a ter validade jurídica.

O procedimento de homologação nem é necessário para tal validade, visto ser dispensado na esfera extrajudicial. Nesta esfera fica mais fácil a sua visualização fora do campo de jurisdição estatal, pois não há participação alguma do Estado.

Mesmo quando determinada pelo juiz e acontece dentro do processo, o procedimento de autocomposição não deve ser visto como função jurisdicional, mas sim como tutela jurídica, sendo mecanismos utilizados para dar acesso à justiça para os indivíduos em conflito.

É considerada tutela jurídica, pois, os interesses dos indivíduos são resguardados pelo Direito, dentro de procedimentos que visam chegar ao melhor acordo para todos, e assim chegar ao que é considerado justo para todos os envolvidos.

As teorias de Jurisdição apresentadas, propostas por Carnelutti e Dinamarco, contrapõe-se no ponto que aquele só aceita como Jurisdição o poder de dirimir conflitos, que só existe entre duas ou mais pessoas, e o segundo que toda ação que distribui justiça e é fiscalizada pelo Judiciário faz parte da Jurisdição estatal, mesmo sendo realizada totalmente por particulares.

Talvez seja a hora, aproveitando todas as mudanças de paradigmas quanto ao Direito Processual brasileiro, de se ter uma teoria quanto à Jurisdição que não seja tão restritiva quanto à primeira ou tão expansiva quanto à segunda, que considere os procedimentos autocompositivos realizados por mediadores e conciliadores judiciais e com o aparato judicial como Jurisdição Estatal, colocando de uma outra forma o que é extrajudicial, visto que nem sobre a égide da fiscalização do Estado se encontra.

Outra é que, apesar de críticas que sofrem as formas como os procedimentos de mediação e conciliação foram introduzidos no Judiciário, principalmente quanto ao tempo razoável, a curta experiência diz que as partes têm comparecido por livre vontade.

Assim, a crítica de que colocar o procedimento autocompositivo no início do processo não deve prosperar, pois a lei determina que o conciliador/mediador pode realizar mais de um encontro, além do que, o processo já foi iniciado.

Tem que se ter em mente também, que, levando-se em consideração o

homem médio, não é desproposital acreditar que os conflitantes já tentaram resolver o conflito sem ajuda, porém sem sucesso, e por esse motivo procuram ajuda externa, não podendo falar então, como os críticos falam, em não maturação do conflito.

Além do mais, não são todos os processos que são encaminhados para a mediação ou conciliação. Quando se fala em métodos adequados de resolução de conflitos, são levadas em consideração a complexidade da causa, o tipo de Direito ali contido e a necessidade de uma duração maior do processo, para a realização de provas por exemplo.

O juiz faz essa análise, ficando os processos que necessitam de sua atenção e decisão sobre sua “presidência”. Assim o juiz conseguirá ser mais célere e ter mais tempo para julgar as causas de maior complexidade, evitando erros e acúmulo de serviço.

Não só o Judiciário é favorecido por esta mudança, a população é a maior beneficiada quando esses métodos adequados são aplicados, ainda mais se forem em verdadeiros polos de cidadania, como o exemplo da Universidade Federal de Minas Gerais, onde uma equipe multidisciplinar atende os indivíduos em conflito.

Juntando essa equipe multidisciplinar com a ampliação do acesso às faculdades de direito e o novo método de ensino propostos por Kim Economides, tendo como pontos principais os Direitos Humanos e a aplicação de métodos adequados à resolução de conflitos, os indivíduos têm acesso não somente à justiça, mas à cidadania de uma forma mais ampla.

Pode-se chegar a conclusão que, sendo ou não parte da Jurisdição Estatal, sendo realizada nos prédios do Judiciário ou por particulares, a mediação e a conciliação são métodos que realmente trazem aos indivíduos maior acesso à justiça, isso porque incute nas pessoas envolvidas que, por ser uma decisão tomada por ela mesma, sem precisar ser imposta por alguém, um maior sentimento de justiça e efetividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Welbert Ferreira de. Cap. 1 Acesso à justiça e histórico da arbitragem, in **Arbitragem como Meio de Acesso à Justiça**. 2010. orientadora: Prof. Dra. Thereza Cristina Nahas; co-orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli. Marília, SP: [s.n.], 2010. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Marília, SP. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/609/Arbitragem%20como%20meio%20de%20acesso%20%C3%A0%20justi%C3%A7a.pdf?sequence=1> > acesso em 23 de Dez. de 2014.

ALVES, Eliana Bispo de Souza. **Mediação como forma alternativa de solução de controvérsias**. orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n.], 2012. 77f. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012. Disponível em:<

GALVÃO, Pedro. **Utilitarismo, de John Stuart Mill**, Intr., Trad. e Notas de Pedro Galvão – Porto, Portugal: Porto Editora, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado** – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion, **MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO**. 3. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. COSTA, Anelice Teixeira. Educação para o acesso à justiça: transformação dos paradigmas de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito UFMG** – Belo Horizonte, n. 69, pp. 23-43, jul. dez. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**; trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SADEK, MT., org. Reforma do judiciário [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, 164 p. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>> acesso em 31 de jul. de 2017.

SEABRA, Robert de Alcântara Araripe, et al, A CONSTITUIÇÃO E A SUPRALEGALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CAUSAS, JURIDICIDADE E CONSEQUÊNCIAS, in: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez. p. 274-302. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista6/constituicaoRobert.pdf>> acesso em 17 Abr. de 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem – Ijuí : Ed. Unijuí, 2012. – 106 p. – (Coleção educação a distância. Série livro-texto). Disponível em: <[file:///C:/Users/evert/Downloads/56d88a2bf29c35a612e77c1c74d6a2ea%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/evert/Downloads/56d88a2bf29c35a612e77c1c74d6a2ea%20(1).pdf)> acesso em 10 de jun. de 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, 2 ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TOLEDO, Iara Rodrigues de, **Desarmando os Sentimentos na Família** – Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos: A Conciliação, A Mediação e a Arbitragem. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=628347fbb4918e2e>> acesso em 15 de maio de 2016.

_____ **Mediação de conflitos comunitários e facilitação de diálogos: relato de uma experiência na Maré** / Organizadores: José Ricardo Cunha e Rodolfo

Noronha. – Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010.96 p. : il. 72 p.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação, in: **Mediação: um projeto inovador** – Brasília : Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/19779.pdf>> acesso em: 01 abr. de 2018.

ANEXO

