V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

HENRY JAVIER TRUJILLO AROCENA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-215-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

En las presentaciones realizadas se puede ver análisis que recorren distintos niveles de temas dentro del concepto de acceso a la justicia. De manera general, se pueden distinguir cuatro aspectos que han motivado el trabajo de los ponentes. Un aspecto que se podría llamar "procesal" refiere a los institutos procesales disponibles dentro del Poder Judicial y dentro del sistema institucional como un todo. Básicamente, éstos refieren a diferentes tipos: los mecanismos alternativos tales como el arbitraje, conciliación y mediación; los juzgados especiales, y los institutos de acción colectiva o de público interés. Quienes expusieron sobre estos temas estaban preocupados sobre todo por la eficiencia y eficacia de estos instrumentos procesales, particularmente los primeros –la mayoría de los trabajos refirió a ellos- debido principalmente a la reciente entrada en vigencia del Código del Proceso Civil en Brasil (CPC) que ha incluido innovaciones en los procedimientos de conciliación y mediación, en busca de facilitar la entrada al sistema legal por parte, especialmente, de aquellas personas y grupos más vulnerables. Los mecanismos de autocomposición son vistos como una forma prometedora de enfrentar el crecimiento y complejidad de las demandas que enfrenta el Poder Judicial. En general, estos trabajos concluyen que estas herramientas son un avance, aunque todavía insuficientes.

Un segundo tipo lo constituyen las acciones colectivas, incluyendo acciones de masa. También aquí el CPC incluye innovaciones cuyo efecto se verá en el futuro, y también aquí quienes abordan el tema observan limitaciones en el diseño del instituto. El tercer tipo, dado por los juzgados especiales, ha sido objeto de un trabajo que también observa el funcionamiento de la Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), encontrando que ha adoptado formas novedosas de unificación de jurisprudencia y de generación de parámetros de actuación, facilitando soluciones más próximas a las necesidades de los justiciables y también más rápidas.

Más allá de los instrumentos procesales, un trabajo tomó en cuenta el papel de las Defensorías públicas como mecanismo de acceso a la justicia, especialmente para personas más vulnerables. Se encuentra que, a pesar de la existencia de recomendaciones internacionales sobre la necesidad de este mecanismo, y de que estas fueron incorporadas en

la Constitución, la implementación de la institución es deficiente en buena medida, teniendo cobertura solo en una fracción del territorio, y con problemas de funcionamiento en muchas partes.

De hecho, los problemas de calidad del diseño y la implementación de instrumentos procesales, y de los propios organismos con funciones en el acceso a la justicia, son observados reiteradamente por los ponentes. Se señala justamente que el acceso no puede reducirse solo a la admisión en el proceso, sino que incluye también el modo de ser del proceso, la justicia del resultado y su utilidad. Los distintos trabajos sugieren que la promulgación de disposiciones legales es un paso adelante, pero notoriamente insuficiente si no es acompañada de otros procesos de cambio. Todo esto lleva a complejizar el concepto de acceso a la justicia, complejización que refleja la de la sociedad que demanda ese acceso, que según ven varios de los ponentes se ha vuelto más diferenciada y múltiple.

En este sentido, un trabajo se apoya en la teoría de los juegos para aludir a la existencia de ciertas formas de cultura legal que tienden a identificar acceso a la justicia como acceso a un litigio que, en tanto conflicto, solo puede ser resuelto por adjudicación, aplicando la fuerza del Estado. En cambio, los modelos de autocomposición presuponen la posibilidad de comportamiento cooperativo, que resulta difícil de conciliar con el paradigma imperante.

Finalmente, dos trabajos se han referido a los temas planteados por los enfoques neo constitucionalistas. Uno de ellos analiza los dilemas distributivos que se plantean frente a la actuación del Poder Judicial en el acceso a medicamentos y servicios médicos de alto costo, proponiendo la aplicación de la teoría de la justicia de Rawls como forma de decidir la asignación de recursos escasos frente a la judicialización de estas demandas. El otro trabajo explora la inobservancia de disposiciones positivas, especialmente de la audiencia preliminar, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli.

De hecho, el GT propuesto Acceso a la Justicia afirma cada vez más como un espacio de discusión no sólo de acceso a los tribunales como una herramienta para producir la justicia, que no pocas veces produce exactamente lo contrario, pero, sobre todo, la construcción la ciudadanía y la necesidad de aumentar las oportunidades de acceso a los sistemas de justicia. Esto sólo será efectiva como cuando el monopolio de decir lo que es correcto para migrar a una mayor comprensión de lo que es correcto y por lo tanto no sólo ellos mismos tienen que cambiar las fuentes tradicionales del derecho, tales como, en particular, la expansión de los actores inherente a la toma de decisiones y constructivo proceso de su fuente más recurrente, la ley.

Montevidéu

Prof. Dr. Henry Trujillo - UDELAR

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCPR

O ACESSO À JUSTIÇA COMO ACESSO À JURISDIÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

ACCESS TO JUSTICE AS ACCESS TO JURISDICTION AND MEDIATION IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Patricia Marques Oliveski [1]
Emmanuelle de Araujo Malgarim [2]

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo estudar o acesso à justiça como acesso à jurisdição e a mediação no novo código de processo civil. Para tanto se faz imprescindível a compreensão da importância da Jurisdição como instrumento e como elemento de inclusão social, para, a partir dessa concepção analisa-se, então, o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário e as formas alternativas de justiça, como meios de resolução de conflitos, com ênfase à mediação no novo código de processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Jurisdição, Poder judiciário, Formas alternativas de justiça, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

The Present Work is to study the Access to Justice as access jurisdiction and mediation in the Civil Procedure Code. Therefore it makes essential to understanding the importance of Jurisdiction as an instrument and how of Social inclusion element, to, based on this concept analyzes- if , then, access to justice as access to the courts and as alternative forms of justice as dispute resolution media, with emphasis on mediation no new Brazilian Civil Procedure Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Jurisdiction, The courts, Alternative forms of justice, Mediation

[1] Advogada, professora na UNIJUI, Especialista em Direito Público pela UNIJUI, Especialista em Direito Notarial e Registral pela UNISUL, Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC.

[2] Advogada, professora da Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

1 Introdução

O Acesso à Justiça está tão estritamente ligado à idéia de acesso à Jurisdição que a aplicação de formas alternativas à justiça, exigem muito mais do que uma alteração legislativa, mas uma profunda mudança no pensar do jurisdicionado e do órgão responsável pela prestação jurisdicional. A escolha do tema, portanto, se justifica diante de sua relevância social, para demonstrar que será necessário uma mudança de mentalidade para que, antes de se recorrer ao Judiciário, se tente outras formas de soluções amigáveis e consensuais.

O problema central da pesquisa está na aplicação eficaz e eficiente da mediação como uma alternativa de solução de conflitos no novo código de processo civil, com ênfase à mediação, sem desconsiderar os principais meios existentes até então, visto que há uma linha muito tênue entre a idéia de acesso à justiça e a idéia de acesso ao poder judiciário. Portanto, será indispensável o estudo da jurisdição e seus escopos para demonstrar a amplitude do conceito para, ao final, fazer uma análise da disposição legal da mediação no novo CPC e as necessárias mudanças na forma da prestação jurisdicional.

Para se alcançar os objetivos propostos, num primeiro momento vai-se estudar o acesso à justiça como acesso à jurisdição, analisando a importância desta como instrumento e como elemento de inclusão social. Num segundo momento e a partir dessa concepção analisa-se o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário e as formas alternativas de justiça, como meios de resolução de conflitos, com ênfase à mediação.

Objetiva-se analisar os benefícios dos meios alternativos de solução de conflitos, pois, para além de desafogar o Poder Judiciário, constituem-se em verdadeiras formas positivas de solução para as partes conflitantes. Necessário, portanto, o estudo das principais formas alternativas de solução de conflitos, suas características e vantagens, para somente então analisar a mediação diante do novo Código de Processo Civil brasileiro, partindo-se da premissa de que este busca privilegiar e incentivar a autocomposição como forma a garantir um regramento processual mais justo, célere e não tão dependente da tutela jurisdicional estatal.

2 A Jurisdição Como Elemento De Inclusão Social

É de se ressaltar, inicialmente, que o processo, como instrumento, tem o intuito de alcançar alguns objetivos com a sua atuação. O processo, portanto, é meio e como todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina. Assim, necessário é fixar os escopos

do processo e seu grau de utilidade, enfim, fixar os "propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam" (DINAMARCO, 1996, p. 149).

Em se tratando de jurisdição, sabe-se que ela é "canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambieantes diretrizes políticas que a História exige, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo (DINAMARCO, 1996, p. 150).

Na verdade, se as tentativas de definição teleológica da jurisdição tomassem parâmetros apenas jurídicos, poderia se encontrar fórmulas suficientes para explicar a função jurisdicional. Porém, essa tarefa torna-se inviável em razão da premissa metodológica da processualística moderna, que consiste no enfoque instrumentalista e teleológico do processo. Na realidade, a "instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação" (DINAMARCO, 1996, p. 151).

A visão estritamente jurídica do fenômeno político da jurisdição (visão esta criticada por muitos) conforma-se, inicialmente, com afirmações extremamente individualistas, nas quais, o sistema processual aparecia como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Assim o escopo do processo era a tutela dos direitos, sendo a ação o centro do sistema (o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida). Atualmente reconhece-se, além da autonomia da ação, a independência cientifica e conceitual do direito processual. Dessa forma, "sabe-se que só se tutela o direito subjetivo material quando existente e a tutela dos direitos não é o escopo institucionalizado da jurisdição, nem o sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais" (DINAMARCO, 1996, p. 152).

Acredita-se que o processualista deve estar atento à interação e a comunicabilidade existentes entre os campos social, político e jurídico. Só assim será possível que o processo, como instrumento, atinja suas finalidades.

O Estado social contemporâneo afasta a idéia do juiz espectador e conformado; o que se busca e, mais, o que se espera, é um juiz consciente de sua função e, principalmente, que desempenhe dessa função perante a sociedade. Na realidade, pode-se dizer que o Estado busca o bem comum, a prática da Justiça.

Na concepção tradicional de justiça e de processo "no se fazer cumprir a lei exauria-se a idéia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição" (DINAMARCO, 1996, p. 156). Atualmente, espera-se que o "processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política"

(DINAMARCO, 1996, p. 156). Assim, é a justiça o escopo-síntese da jurisdição no plano social, devendo-se ainda ter em vista as necessidades e aspirações do povo.

É, portanto, uma tendência universal, quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas. No mundo ocidental, é tendência a destinação liberal da jurisdição (elemento de equilíbrio entre poder e a liberdade) e o reconhecimento do dever que o Estado tem, mediante o qual o processo exerce, interferindo nas relações dos indivíduos em nome da paz social.

A re-elaboração de um novo conceito de jurisdição deve surgir de premissas que permitam a ampliação do conhecimento da jurisdição civil que passa a ser considerada não apenas no plano processual, mas também no plano político-social. Para tanto, segundo Moreira de Paula (2002, p. 38) é importante que se adote cinco premissas que irão influenciar o conhecimento crítico da jurisdição: premissa ideológica, premissa política, premissa normativa, premissa sociológica e premissa hermenêutica.

> A premissa ideológica advém da combinação de dois elementos: democracia participativa e instrumentalidade do processo. A adesão à democracia participativa possibilitaria a sociedade criar normas de conduta, bem como exercitar a jurisdição nos Juizados Especiais, estes compreendidos como forma de desconcentração da atividade jurisdicional, além de atribuir a legitimidade no exercício da atividade judicante. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 38).

No que se refere à democracia participativa esta somente se efetiva na medida em que se permite maior participação e entretenimento da sociedade nas atividades jurisdicionais, como ocorre com o conciliador nos Juizados Especiais e com o Jurado no Tribunal do Júri.

Um dos temas mais delicados da democracia participativa é a questão da legitimidade, pois o Poder Executivo e Legislativo se legitimam em seus cargos através da democracia representativa e os membros do Poder Judiciário acessam a seus cargos via concurso de provas e títulos.

> Sendo assim, a legitimidade do exercício jurisdicional somente ocorrerá quando for interpretada e aplicada a ordem jurídica, cuja expressão máxima é a Constituição Federal. A própria Constituição Federal determina os fins da jurisdição, consoante o artigo 3º, que é a realização da justiça social. Por isso a legitimidade da jurisdição ocorrerá, em última análise, quando se realizarem atos em prol da sociedade, alinhado conforme os preceitos estipulados no artigo 3º, da CF. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 39).

Segundo o referido autor, outra forma de caracterizar a democracia participativa seria a eliminação de procedimentos complexos e de rígidos requisitos que inviabilizam o acesso à justiça. Decorre desta premissa a importância da adoção da instrumentalidade do processo como base para o estudo crítico da jurisdição, em que se busque e reformulação do pensamento processual cujo objetivo seja a busca de seus fins sociais. Somente sob esta perspectiva é que se poderá entender a jurisdição como elemento de inclusão social, ou seja, uma jurisdição que represente:

> uma atividade que se destina à formação e composição de uma sociedade livre, justa e solidária, onde está garantido o desenvolvimento social nacional, com a pobreza e a marginalização erradicados e reduzidas as desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 87)

Embora esta seja a sociedade que se almeje formar, deve-se compreender que jurisdição é mais que um meio ou instrumento de inclusão social, visto que a atividade jurisdicional está incluída no comprometimento dos próprios fins do Estado. Trata-se, portanto, de um compromisso em ao de uma simples atividade de mero exercício, independente dos fins do Estado. Como se não bastasse, de acordo com Faria (1993, p. 79), também será necessário que outras medidas sejam adotadas para se efetivar uma política pública que busque a inclusão social:

> a) é preciso haver redefinição das relações do Estado com a Sociedade, onde esta aparece construída no interior de uma representação do social e do político, por meio da qual adquire sentido enquanto espaço de experiências originais e enquanto espaço de constituição de novos sujeitos; b) é necessário haver as redefinições dessas relações entre o Estado e a sociedade no âmbito do capitalismo, tendo em vista que são sempre contraditórias, na medida em que geram continuamente condições para novas lutas por transformações alternativas das estruturas sócio-econômicas vigentes; c) e que os novos conflitos coletivos exigem novos instrumentos jurídicos e novos procedimentos judiciais poderem ser canalizados, filtrados e decididos no âmbito das instituições formais do Estado. Sendo assim, o problema das relações entre o interesse privado e o interesse público necessitam ser transpostos mediante a superação da antinomia jurídica.

A toda evidência esta realidade pode gerar colisão de interesses e embates com conseqüências não imagináveis. É por esta razão que no âmbito político sempre se lançou

mão ao recurso das normas programáticas, que são geralmente aquelas que afirmam o interesse público. Com isso se acomodam situações, contemporizam-se conflitos entre interesses divergentes e acobertam-se acordos. "Não é difícil verificar que os dogmas e os princípios essenciais do ordenamento jurídico aparecem como fundamentais, no texto, e como secundários, na aplicação; a pretexto de que carecem de regulamentação por meio de leis complementares" (FARIA, 1993, p. 81).

Assim, as normas que primam pelo bem comum, o fim social e o interesse público, revelam-se ineficazes em termos concretos, pois apenas foram incorporadas no texto constitucional como estratégia de fortalecimento do poder simbólico e da ordem jurídica. Por esta razão é que se torna de fundamental importância a atividade jurisdicional com vistas ao redirecionamento das políticas públicas de inclusão social. (MOREIRA DE PAULA, 2002).

> A força normativa do direito busca a mediação entre a diversidade de interesses. Para tanto, a toda estipulação de um direito numa relação ou situação jurídica, segue-se a estipulação de deveres e da respectiva sanção jurídica. Essa correlação direito-dever-sanção mostra-se como método fiel para a eficácia – forçada – de direitos subjetivos. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 93).

Portanto, a realização dos direitos estabelecidos nas normas programáticas – de cunho social, que representam o conteúdo estrutural da Constituição –, estão intimamente ligadas à concreta realização da democracia, inclusive porque o Estado de Direito assenta sua legitimidade na democracia, cujo instrumento regulador de suas atividades e da sociedade é o direito democrático produzido pelo próprio Estado. Esta premissa por si só fundamental, respalda e justifica o atuar da atividade jurisdicional, para além de uma atividade mediadora, uma atividade transformadora da realidade social.

3 O Acesso À Justiça Como Acesso Ao Poder Judiciário

Ressaltada a importância e o papel fundande da atividade jurisdicional, antes de analisar a atuação do Poder Judiciário enquanto mediador dos conflitos sociais, deve-se esclarecer que o acesso à justiça será abordado, neste momento, sob a perspectiva de o direito de buscar proteção judiciária, o que significa recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesse sempre que um direito do cidadão for ameaçado ou violado.

Nessa acepção a expressão acesso à Justiça tem um sentido institucional, com o devido respaldo constitucional no art. 5º., inciso XXXV, quando diz que "a lei não poderá excluir da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Mas, não se pode prescindir, neste estudo, de seu aspecto vinculado ao direito processual, pois:

> o direito de acesso à justiça é também direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o acesso a ela deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realizaçào do direito (WATANABE, 1988, p.135)

A definição clássica de Justiça foi fruto da cultura greco-romana. Sob o aspecto objetivo, a justiça é vista como a realização da ordem social justa. Já sob o aspecto subjetivo, o Jurisconsulto Ulpiano, com base em Platão e Aristóteles enunciou: "justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere" (justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito) (CHRISTOFARI, 1998, p. 156), ou seja, a justiça é vista como uma virtude ou hábito da pessoa.

No entanto, Reale (2000, p. 378) observa que não há como separar a compreensão subjetiva da objetiva, dizendo que "a justiça deve ser, complementarmente subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores através do tempo". Em relação à conceituação de justiça, Ferraz Júnior (1998, p.384), conclui que

> no centro das disputas sobre o seu conceito está, porém, um princípio de reconciliação com o outro, com todos, com os deuses, consigo mesmo. Por isso a perda do sentido da justiça é também perda do sentido da existência. Porém, se a reconciliação tem por base a restauração de uma ordem ou a retribuição dos pesos e contra-pesos, emoção ou razão, eis um dilema que parece submeter o homem inapelavelmente".

Aguiar (1987, p.15) sustenta que a "justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos. Podendo também ser dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico". Como se pode verificar, a palavra justiça abarca várias significações: realidades opostas, contraditórias e conflitivas usam da mesma palavra para exprimir seus projetos e suas justificações, e sob o mesmo nome de justiça, encontramos concepções que se contradizem, que se anulam, não podendo nunca subsistirem juntas, por representarem pólos em conflito.

Embora as idéias de justiça estejam em conflito e apareçam com várias significações, chegando, inclusive, a serem opostas, não se pode olvidar de sua importância para a manutenção de um determinado poder, além de ser também, no dizer de Aguiar, "por

oposição, uma bandeira para os que são oprimidos, para os que estão fora do poder, para os que são explorados, em suas lutas concretas para a transformação social e pela tomada do poder" (AGUIAR, 1987, p.17).

O Direito, visa, sobretudo, à instauração de uma ordem social justa, ou seja, para alcançar a tão almejada segurança, deve implantar, no meio social, a *justiça* e, por intermédio dela, o *bem comum*. A finalidade do direito é mesmo tríplice, qualquer sistema jurídico, para atingir plenamente seus fins, deve objetivar, ao mesmo tempo, a *ordem* e a *justiça*, esta, sem dúvida, razão de ser daquela. Como lembra Paupério (1999, p. 62),

> o direito visa primacialmente à segurança, mas que, no fundo, esta não se alcança senão com a justiça. Quanto mais a lei traduzir a justiça, mais facilmente obedecerão a ela os cidadãos. A idéia de justiça, via de regra, encontra-se em quase todas as leis, mas não se esgota em nenhuma. (...) A concepção ética do Direito considera-o como um meio de concretizar a justiça. (...) Objetivamente, o direito deve visar à implantação da ordem social justa, que possa garantir a cada um aquilo que lhe é devido.

Tendo como norte a idéia de que todo e qualquer sistema jurídico que se pretenda comprometido com a obtenção do bem comum deve trazer íncita a noção de realização da justiça, no sentido de "dar a cada um o que é seu" e, principalmente, de que os cidadãos possam ter garantidos os direitos que lhes são assegurados pela ordem jurídica, é que este trabalho preocupar-se-á em analisar o direito ao acesso ao Judiciário, enquanto garantia constitucional de realização dos direitos que lhes são sonegados, bem como levantar razões reflexivas acerca de sua efetiva concretização

Importante, portanto, analisar-se o direito do acesso à justiça, a partir da ordem constitucional instaurada em 1988, para, então, estudar a questão do princípio do acesso à justiça enquanto acesso ao Judiciário e sua efetivação ou no dizer de Aguiar, como um *direito que se gostaria de ter*, garantindo que a justiça não seja obtida somente por aqueles que puderem enfrentar os seus custos, relegando-se aos demais a sua própria sorte, já não se sustenta; caso contrário, obteríamos, segundo Cappelletti (1988, p. 9), somente, um "acesso formal, mas não efetivo à justiça".

É pertinente ressalvar ainda que frente à vagueza do termo acesso à justiça, vários e diferentes sentidos lhe são atribuídos pela doutrina, dos quais se destacam dois, que são fundamentais: o primeiro atribui ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, tornando sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o

segundo parte de uma visão axiológica da expressão justiça, compreendendo o acesso à justiça como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. Embora ambos sejam conceitos válidos, limitar-se-á por ora ao estudo do primeiro sentido, destacando acesso à justiça como sendo acesso ao Poder Judiciário.

É notório que, à medida que as sociedades evoluíram e se tornaram complexas, passou a haver também a necessidade de regrar a forma de exercício do poder no seu interior; foi necessário, segundo Rodrigues (1988, p. 22), institucionalizar o poder e as formas de acesso a ele. Surgiu o Estado, e com ele as regras sociais também passaram a ser institucionalizadas, dando origem à legislação estatal. "Deixaram elas de ser apenas normas de convivência, para tornarem-se normas de controle: controle do Estado pela sociedade e controle dos indivíduos e grupos sociais pelo próprio Estado".

No entanto, em face da mudança do perfil do Estado, notadamente a partir do início do século XX, decorrente da transição do Estado liberal para o Estado social, verifica-se um aumento da complexidade da atividade exercida pelos Juízes.

> Tal mudança ocorre devido ao contexto político internacional do período e em virtude da pressão exercida pelos movimentos sociais que reivindicam ao lado dos direitos liberais (liberdade, propriedade e igualdade formal), os direitos sociais que garantirão as condições materiais (igualdade substancial) para que os primeiros possam ser exercidos. (CAPELLARI, 2001, p. 14)

É nesse sentido que Sérgio Adorno, citado por Capellari (2001, p. 15), propõe uma reflexão retrospectiva acerca das transformações havidas no Estado brasileiro, notadamente sobre o paradoxo: liberalismo retórico e patrimonialismo efetivo, que marcou de forma estrutural a formação do Estado brasileiro, afirmado que

> a soberania, que esteve proclamada solene e retoricamente nas leis, não esteve por certo presente nos costumes; prevaleceu a desigualdade na liberdade; haja vista a crença, quase ardente, entre as elites dominantes que os *excessos* comprometiam a tranqüilidade, a propriedade e a segurança dos indivíduos (...). Em outras palavras, o impasse consistiu em *conciliar* a natureza patrimonial do Estado brasileiro sob o regime monárquico com o modelo jurídico liberal de exercícios de poder".

É nesse contexto que a Constituição de 1988 é promulgada, após um longo período de autoritarismo e sob uma nova fase de intensa participação popular, traçando em linhas gerais a

arquitetura de um Estado Democrático Constitucional de Direito, com vistas a criar as condições jurídicas e institucionais para a efetivação dos direitos fundamentais e atender às promessas da modernidade, com algumas décadas de atraso em relação aos países centrais.

Para que se garanta, então, o acesso à justiça, a observância dos princípios constitucionais do processo é essencial. Dentre eles, a título de exemplo, pode-se ressaltar os seguintes: o princípio do juiz natural, das garantias da independência do juiz, do direito à defesa em juízo, do devido processo legal, do livre acesso ao processo, da motivação da sentença e o princípio da imparcialidade, todos previstos na atual Carta Magna, com o escopo de assegurar um tratamento isonômico entre os cidadãos e de garantir um acesso efetivo ao sistema judiciário.

Segundo Chaves (1976, p. 1041-1048), "fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos pra enfrentar o litígio, não eram sequer percebidos como problemas". As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.

> a teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos, eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na *prática* (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

Assim, a partir da aplicação dos princípios da justiça estabelecidos na Constituição, segundo Rawls, obter-se-ia procedimentos mais justos para a tomada de decisão e elementos substantivos para o controle de eventuais resultados injustos decorrentes de seus procedimentos. "Idealmente uma Constituição justa seria um arranjo procedimental justo que garantiria um resultado justo. O procedimento seria o processo político governado pela Constituição (...), enquanto os princípios iriam definir um critério independente tanto para o procedimento quanto para a legislação" (RAWLS Apud VIEIRA, 1997, p.65).

Cabia, portanto, aos processualistas modernos a tarefa básica de expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento dos litígios e, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais, tal como aconteceu com o novo código de Processo Civil, utilizando-se dos métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia para aprender através de outras culturas que

> o “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI, 1988, p.13)

O acesso à justiça pode e deve ser encarado como requisito básico e fundamental dos direitos humanos, em qualquer sistema jurídico que se pretenda moderno, igualitário, democrático e garantidor dos direitos, ou seja, que tal sistema jurídico não se preocupe somente em proclamar os direitos de todos. Assim sendo, a efetividade do processo deve ser entendida como a capacidade do sistema para eliminar concretamente e com justiça as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o Direito, mantendo sua aptidão para alcançar os escopos sociais e políticos da jurisdição. No entanto, se faz necessário aparelhar o direito processual para o cumprimento dessa dupla e complexa missão.

Nesse sentido, Rodrigues diz que se torna obrigatória a identificação dos pontos sobre os quais se faz necessária uma análise mais acurada e a tomada de decisões e implementação de medidas mais urgentes. Corroborando a idéia de Rodrigues, Dinamarco (1987, p.390) indica quatro aspectos fundamentais de análise, partindo de um conceito mais amplo de justiça, quais sejam, “ (a) o acesso à justiça (admissão ao processo, ingresso em juízo); (b) o modo de ser do processo; (c) a justiça das decisões; e (d) a sua utilidade”, o que justifica o estudo das especificidades do direito ao efetivo acesso à justiça, que se fará a seguir, pois, “a busca de compreensão da problemática do acesso ao Judiciário, vinculada, portanto ao direito processual, vista dentro de um contexto mais amplo, qual seja o da própria justiça social, dá-lhe um sentido diferenciado e possivelmente mais crítico” (RODRIGUES, 1988, p.28).

Diante desse quadro, torna-se primordial a concretização do acesso à justiça para a garantia da efetividade dos direitos humanos, pois o cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos. No entanto, as diferenças entre as partes que se encontram em litígio, em relação ao sistema judicial e à disponibilidade ou não de recursos, não podem ser deixadas de lado pela processualística.

Segundo Rodrigues (1988, p. 29), por não se poder reduzir a questão do acesso à justiça somente à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, também não se pode afastar a idéia de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Judiciário, haja vista que os outros direitos dependem desse acesso sempre que não forem respeitados. Sem a garantia do acesso ao Judiciário, a própria cidadania se torna inoperante.

É de se observar que existem litígios que podem e devem ser solucionados através de

instrumentos paraestatais ou privados, mas "é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercitar seu poder, em última instância, na busca da pacificação da sociedade. Ademais, sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, já não há mais como fazê-lo legitimamente senão através do processo" (RODRIGUES, 1988, p.29).

Mesmo que se vincule a questão do acesso à justiça como acesso ao judiciário, tal perspectiva não se exaure por si só, pois como ja se mencionou, este é um conceito bem mais amplo, "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa" (WATANABE, 1988, p. 128). Assim sendo, procurar-se-á analisar o acesso à justiça como acesso ao Judiciário, tendo como pano de fundo o acesso à ordem jurídica justa, como forma de realização plena da cidadania. Isso porque o Judiciário toma-se; com o tempo, o prestador de serviços para uma determinada classe social ou um grupo social, antes que para outros, o que significa que parte da população não tem acesso aos serviços de justiça.

> A conseqüência pode ser, e freqüentemente é, que a solução dos conflitos vai se deslocando para uma forma de justiça privada, de submissão pura e simples dos mais fracos, menos espertos ou menos ricos. Exemplo característico é o das relações de consumo: aparentemente tratando-se de relações entre um fornecedor e um consumidor, de fato é uma relação de um fornecedor com um mercado consumidor, uma pluralidade de consumidores, cujos meios de ação podem ser coletivos (suspensão de propaganda, venda ou fabricação de um produto, constituição de fundos de indenização de vítimas de acidentes de consumo, etc.). Estamos aqui na fronteira entre justiça retributiva/comutativa (reparação. individual de danos) e justiça distributiva (medidas coletivas de prevenção e distribuição de riscos e danos). (LOPES, 1994, p. 28)

Não se está dizendo que o poder Judiciário não possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Tais problemas efetivamente existem, no entanto, é pertinente lembrar, pelo menos, dois aspectos de suma importância nessa discussão a respeito do Poder Judiciário, primeiro, o fato de o Judiciário converter-se numa arena de discussão em que as partes podem racionalizar seus interesses e sua concepção ético-jurídica; segundo, o fato de que os bloqueios institucionais eventualmente criados por demandas judiciais terem a capacidade de explicar conflitos sociais básicos da sociedade brasileira. O valor do Judiciário é garantir que os arranjos e disputas se

façam sob a legalidade para dar visibilidade às diferentes reivindicações. Num sentido limitado, permite que o diálogo se estabeleça formalmente entre litigantes. (LOPES, 1994, p. 33)**.** A função do Judiciário, em princípio é a de dirimir conflitos de interesses, mas também de distribuir justiça, pois o Estado democrático de Direito, segundo Clève (1993, p. 301), é mais do que um Estado de Direito,

> É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos *standards* de justiça é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade de pessoa humana. No sistema consititucional brasileiro atual é perfeitamente possível se advogar a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos *standards* definidos pelo Constituite, será uma lei inconstitucional cuja aplicação pode ser perfeitametne negada pelo Juiz. O juiz deve, no atual momento histórico, tem um compromisso com a justiça normativamente inscrita na Constituição Federal.

Portanto, ao se falar em acesso à justiça, primeiro é preciso distingui-lo em seus diferentes aspectos (acesso ao serviço, acesso à decisão, controle e publicidade da administração do aparelho); segundo, é preciso "compreender o acesso à justiça como acesso ao (re)conhecimento dos direitos e, por outro lado, como direito do cidadão a ver respeitados e implementados o conjunto de conteúdos normativos que compõem a ordem jurídica" (MORAIS, 2000, p. 213) para, então, adaptar o Judiciário ao Estado democrático para que a justiça distribuitiva seja também realizável.

Nesse sentido Azevedo (1998, p. 61) entende que a magnitude do papel que deve desempenhar o juiz é de extrema importância e não pode ser menosprezada, pois sua atividade

> envolve todos os seus conhecimentos – direito objetivo e das regras que norteiam sua interpretação e aplicação, e da vida, sob seus múltiplos aspectos: psicológicos, sociológicos, históricos, políticos, geográficos, filosóficos, importando estes últimos não somente em uma concepção da existência e do mundo como do próprio Direito, de sua função, fins e significado humano. Os litígios submetidos ao juiz envolvem toda a sua pessoa, concitando sua coragem e responsabilidade. Para bem desempenhar suas funções, é preciso que nelas ponha toda sua experiência vivencial, que lhe dá de permitir por-se na situação do outro, ao mesmo tempo que dela se destaca, através de aguçada percepção dos problemas individuais e sociais de seu tempo. Para que a sentença seja *justa*, haverá de mobilizar toda a pessoa do juiz,

> particularmente sua consciência crítica, em face dos fatos que lhe são submetidos e da legislação cuja aplicação as partes argüem.

No entanto, não se pode prescindir de que o Poder Judiciário é sede da cidadania ativa. Segundo Antunes Rocha (1998, p. 24) "não é apenas no voto em representante seu no Poder Executivo ou em membro do Poder Legislativo que a cidadania se completa. E prossegue a autor dizendo que a jurisdição,

> é uma via de agitação permanente da cidadania. É por ela que o Direito faz-se vivo e insuperável pela atuação de quantos pretendam transgredí-lo. É pela provocação da jurisdição que o cidadão faz como que o Direito seja universalmente acatado e igualmente imposto a todos. (...) Não há democracia garantida sem jurisdição assegurada aos cidadãos (...) (ANTUNES ROCHA, 1998, p. 24)

Portanto, diante de tantos problemas aqui suscitados e da visão da imprescindibilidade da garantia a todos do acesso a justiça para a concretização efetiva da cidadania, é que se questiona se unicamente o Judiciário está preparado para assumir a sua funçao de viabilizar o efetivo acesso e a realização da justiça em seu sentido mais amplo, ou se as formas alternativas de resolução de conflitos igulamente poderiam assumir este papel.

Mesmo sendo o Poder Judiciário, com se viu, um instrumento nato e tradicional de acesso à justiça e uma atividade imprescindível para a realização da cidadania e da democracia, mesmo sendo um agente transformador da realidade, não se pode deixar de mencionar, que igualmente existem outras formas alternativas à jurisdição que igualmente visam a solução de conflitos e a garantir ao cidadão o acesso a uma ordem jurídica justa.

4 As formas alternativas de Justiça

Paralelamente às formas jurisdicionais tão tradicionais, existem outras possibilidades de tratamento de conflitos, as quais se atribui legalidade à voz do conciliador ou mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Estas formas alternativas de Justiça não representam uma negação à importância do Poder Judiciário, mas tão somente representam outras vias de resolução dos conflitos, nas quais se busca uma nova racionalidade, qual seja, aquela convencionada entre as partes. Aliás, como se verá, tais formas, inclusive, passaram a ser acolhidas pelo Poder Judiciário, notadamente no novo código de processo civil brasileiro. (OLIVESKI, 2013, p. 57). Pode-se dizer que são basicamente duas as formas alternativas de

Justiça, a saber: arbitragem e a mediação, as quais passam a ser objeto de breve análise, quais sejam, a conciliação, a arbitragem e a mediação.

Para se entender a arbitragem enquanto forma alternativa de Justiça, importante compreender que esta é uma das formas mais antigas de resolução de conflitos.

> Percorrendo o histórico da arbitragem, percebe-se que o mesmo se evidenciou desde a Antiguidade e daí em diante passou a assumir papel importante no tratamento de conflitos. Encontra-se provas de arbitragem entre os povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados, este último podendo ser exemplificado pelo Tratado de Paz traçado entre Esparta e Atenas, em 445 a.C. Tradicional também é entre os romanos, que a empregavam largamente nas relações particulares. (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 213).

No Brasil a arbitragem é conhecida desde a colonização portuguesa e atualmente encontra guarida em diversas câmaras arbitrais e projetos de lei e de forma específica a lei nº. 9.307/96 regula a arbitragem. A inspiração do advento da lei decorre de alguns vícios da via judiciária (notadamente o excesso de litígios e demora processual), da crescente complexidade dos litígios como conseqüência das próprias relações sociais a exigir cada vez mais a atuação de peritos árbitros em casos de disputa.

> A lei, no seu texto, cuidou não apenas de substituir o ineficiente modelo de "juízo arbitral", até então previsto em nossa legislação revestindo-o de um caráter atual, como disciplinou notadamente a convenção de arbitragem, prestigiou a manifestação da vontade, e sempre a par do resguardo dos bons costumes e da ordem pública (art. 2º., parágrafo 1º.), ocupou-se de adaptar o novo diploma aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), de explicitar o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados (art. 33), da eficácia dos tratados internacionais na matéria (art. 34) e até mesmo da postura ética dos árbitros, que para efeitos de deslizes de comportamento foram equiparados aos funcionários públicos. (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 218).

Assim as vantagens da arbitragem parecem evidentes eis que se trata de um procedimento diverso do judicial, teoricamente não sofreria suas inconveniências, podendo ser mais rápido, neutro, especializado, flexível e de baixo custo, visto que é facultado às partes acordarem a respeito do direito aplicável ao conflito e, somente não havendo acordo é que se terá a decisão arbitral. E, com as convenções internacionais a respeito da arbitragem a execução das sentenças ou laudos arbitrais passa a ser facilitada. (OLIVESKI, 2013, p. 61)

De acordo com Alvin (2002, p. 25) arbitragem é, portanto, o meio pelo qual o Estado "em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os coma força da autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à da sentença judicial". Para Morais e Spengler (2012, p. 223) a arbitragem é uma

> outra estratégia de tratamento de controvérsias tomando-se como referencias o processo estatal – meio heterocompositivo por certo mais empregado para dirimir conflitos. Por fim, é possível afirmar que trata-se de um mecanismo extrajudicial de tratamento de conflitos de tal sorte que a intervenção do Judiciário ou não existirá, ou será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros (condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou execução de sentença arbitral).

A arbitragem possui quatro características principais, quais sejam: a) ampla liberdade de contratação: ou seja, é estabelecida mediante um acordo entre as partes, que definem o objeto do conflito, podendo, inclusive definir quais as regras de direito material e processual que serão aplicáveis ao caso, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública; b) pode ser usada em qualquer espécie de conflito de direito patrimonial disponível: aplicável a quaisquer controvérsia que envolva os contratos em geral, tanto na área civil quanto na comercial; c) Permite ao árbitro disciplinar o procedimento não convencionado pelas partes: se as partes não convencionaram qual seria o procedimento a ser adotado o árbitro o disciplina, esta característica evita celeumas desnecessárias e agiliza o processo; d) a sentença arbitral é título executivo judicial: tal característica permite que nas decisões arbitrais de natureza condenatória o laudo possua status de título executivo ou quando se tratar de uma decisão de natureza declaratória ou constitutiva , que somente surtirão seus efeitos a partir da comunicação de seu teor às partes e seus representantes.

No direito brasileiro o procedimento de arbitragem está regulamentado na lei nº. 9.307/96 e estabelece que para haver juízo arbitral é necessário que as partes tenham convencionado mediante o estabelecimento de cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral. O procedimento arbitral é estabelecido e organizado pelo árbitro de acordo com regras previamente estabelecidas pelas partes ou na ausência destas, tal incumbência fica a cargo do próprio árbitro. Independentemente do procedimento que se adote Morais e Spengler (2012, p. 235) observam que alguns princípios devem ser observados tais como:

> **1. Princípio do contraditório:** segundo o qual, para cada ato do procedimento praticado por uma das partes, deve ser dado ciência à outra para que tome conhecimento e, se o desejar, apresentar sua manifestação; **2. Princípio da ampla defesa:** o procedimento da arbitragem visa aproximar ao máximo a verdade processual da verdade real, facultando às partes prova de suas alegações, por todos os meios de prova em direito admitidos; **3. Princípio da igualdade de tratamento:** no procedimento arbitral as partes e seus procuradores devem ter as mesmas oportunidades de apresentar as suas pretensões, provas e alegações; **4. Princípio da imparcialidade e independência:** o árbitro deve estar eqüidistante das partes e de seus interesses e não possuir com elas qualquer vínculo de dependência. É uma forma garantir um julgamento sem favoritismo para qualquer das partes; **5. Princípio da disponibilidade:** significa que as partes estão autorizadas a desistir do procedimento arbitral instaurado desde que o façam de comum acordo, a qualquer tempo antes da sentença arbitral; **6. Princípio do livre convencimento do julgador:** implica na liberdade atribuída ao árbitro para proceder à valoração da prova, de acordo com o seu critério racional e pessoal, na formação de seu convencimento.

Observados tais princípios a arbitragem caracteriza-se como uma forma alternativa de Justiça que tem ganhado espaço e representação. Um número cada vez maior de entidades se dedica à arbitragem comercial. A mediação, por seu turno, é uma forma consensual de resolução de litígios e segundo Morais e Spengler (2012, p. 131) pode ser definida como:

> a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e 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.

No tocante à mediação pode-se dizer que esta busca solucionar o conflito através da atuação de um terceiro desinteressado, cuja autoridade lhe é conferida pela partes envolvidas, que exerce o papel de mediador e tem a função de estabelecer a comunicação entre os conflitantes. Em sua atuação lhe é autorizado aconselhar e sugerir soluções, no entanto, não pode induzir a qualquer resolução, pois cabe às partes a construção de suas soluções.

Dentre as principais características da mediação Morais e Spengler (2012) apresentam as seguintes: a) a privacidade – o processo é desenvolvido em ambiente secreto e somente será divulgado se esta for a vontade das partes; b) economia financeira e de tempo – em comparação aos procedimentos judiciais em regra lentos e custosos, os conflitos levados à

mediação tendem a ser resolvidos em tempo inferior e com menor custo; c) oralidade – trata-se de um procedimento informal no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem buscando a melhor solução para a situação; d) reaproximação das partes – o processo da mediação visa aproximar as partes, pois através do debate e do consenso objetiva a restauração das relações entre os envolvidos. e) autonomia – as decisões tomadas não necessitam de homologação judicial, pois a solução foi construída pelas partes, desde que evitado excessos e abuso de direitos por parte do mediador para que tal decisão não se configure como imoral ou injusta. f) equilíbrio das relações entre as partes – o mediador deve buscar o equilíbrio entre as partes para que haja êxito na mediação. Ambas as partes deverão ter igualdade de oportunidade de se manifestar e ter garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas.

Para realizar a mediação há duas formas possíveis a mandatória e a voluntária. "A voluntária é aquela que tem início por vontade das partes que acordam em desenvolver tal processo. É iniciada pelo consentimento de todos os envolvidos e, é claro, sem qualquer destes possa impô-la aos demais." (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 137). Já a mediação mandatória é aquela que "tem início por iniciativa do Juiz, cumprindo determinação legal ou, ainda, a mediação que é provocada por determinada cláusula contratual que previa tal procedimento em caso de litígios que porventura viessem a ocorrer" (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 138).

Portanto, pela mediação são as partes constroem a solução do conflito, pode-se dizer que o papel do mediador é de suma importância para estabelecer uma comunicação mediada diante de uma situação na qual as partes necessitam, sobretudo, de comunicação, viabilizando uma solução aceitável e a continuidade das relações.

Os princípios que norteiam a mediação durante sua realização precisarão ser expostos e aplicados para facilitar uma eficiente comunicação entre os envolvidos. A liberdade e a autonomia são valores essenciais à mediação. É imperioso relembrar que durante a sessão consensual não se atua segundo a lógica de julgamento formal em que há imposição de resultado pela autoridade estatal: a lógica conciliatória demanda o reconhecimento da dignidade e da inclusão todos, rechaçando condutas autoritárias por força do respeito recíproco que deve pautar a atuação dos participantes (TARTUCE, s.d.).

Convém registrar, ainda, que na parte geral do novo Código, reconhece de inicio a inafastabilidade da jurisdição, porém há toda uma seção dedicada ao assunto entre os auxiliares da justiça. Há ainda capitulo dedicado à audiência de conciliação em que a mediação vem mencionada em dois parágrafos estabelecendo que logo após sua instalação "o

juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro". (TARTUCE, s.d.).

Portanto, de alguma maneira a interação entre as lógicas do julgamento e do consenso sempre existiu. O estimulo à adoção dos meios consensuais, contudo, exige dos operadores do direito uma imersão mais aprofundada sobre aspectos importantes da vertente autocompositiva. A solução consensual estabelecida entre as partes e aquela proferida pelo poder judiciário, possuem significativa distinção, pois nesta a resolução do conflito é imposta por um terceiro e naquela a solução é construída por ambas as partes o que garante uma efetiva solução do problema e, via de conseqüência um maior comprometimento com o cumprimento do acordado.

5 Considerações Finais

Mesmo que haja um longo caminho a ser trilhado, eis que a mediação caracteriza um procedimento relativamente novo de tratamento de conflitos, é uma técnica disciplinada caracterizando a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador. (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 149).

Ainda que a realidade atual revele um quadro de extrema judicialização de conflitos, desde que haja disposição dos envolvidos o tratamento consensual é sempre possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas, realizando-se o princípio fundamental do acesso à justiça, assim considerada como acesso à uma ordem jurídica justa.

No processo judicial impera a lógica do vencedor e do vencido, em que apenas um sai ganhando e o outro, inevitavelmente, será derrotado no processo contencioso. Já os meios alternativos de solução de conflitos visam estabelecer uma nova perspectiva: o alcançar de um ponto de equilíbrio na solução do conflito que se mostra satisfatório e, ao menos, aceitável para todas as partes envolvidas.

É evidente a intenção de não só proporcionar maior celeridade ao sistema e de tentar estimular uma menor judicialização de contendas, mas também de promover meios de solução de conflitos que se mostrem efetivos, justos e que façam incidir um sentimento satisfativo

sobre as partes envolvidas. É inegável que o novo CPC se posiciona de maneira clara e objetiva no sentido de criar um novo panorama jurídico, o qual tende a estar mais próximo dos anseios da sociedade brasileira e a dirimir de maneira mais eficiente, célere e equilibrada os problemas que lhe são apresentados cotidianamente.

A efetivação deste novo ordenamento processual cível no Brasil trará diversos benefícios à sociedade brasileira. Além disso, espera-se também que ele seja o precursor de um novo pensamento e de uma nova mentalidade, tendo um caráter pedagógico ao apresentar e incentivar métodos alternativos para a composição dos problemas cotidianos até então restritos quase que unicamente ao Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIN, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é Justiça.** Uma abordagem dialética. 2. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1987.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do Direito**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania.** A plenitude das garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAPELLARI, Eduardo. **Ensino jurídico***:* leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CENEVIVA, Walter. Controle externo do judiciário pode melhorar o poder que julga. In: **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, ano XXV, n. 60, jan./jul. 1995.

CHAVES, Antonio. **Lições de direito civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1972.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça.** Curitiba: Juruá, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 117, ano 30, jan./mar. 1993.

CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. Canoas: Ed. da Ulbra, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia da democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: **Revista USP – Dossiê Judiciário,** São Paulo: Editora da USP, n. 21, p. 22-33, mar./abr./maio 1994.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais.** O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito da cidadania à composição dos conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano XXVI, n. 77, mar. 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. **A jurisdição como elemento de inclusão social***:* revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

OLIVESKI, Patricia Marques. **Acesso à Justiça**. Ijuí : Ed. Unijui, 2013. (Coleção Educação à Distância. Série Livro-Texto).

PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Alexandre Lobão. A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça. In: **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 32, n. 128, out./dez. 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Lições alternativas de Direito Processual**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: ***Novas Tendências do Processo Civil:*** estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil.Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em (17.05.2016).

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. In: **Revista Lua Nova, Revista de Cultura e Política**, n. 42, 1997.

WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.