

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

ALEX JUNIOR PIOVISAN

**A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA
PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

CURITIBA

2017

ALEX JUNIOR PIOVISAN

**A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA
PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Felipe Augusto da Silva Alcure

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEX JUNIOR PIOVISAN

MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Bacharel no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, ____ de _____ de 2017.

Bacharelado em Direito
Universidade Tuiuti do Paraná.

Prof. PhD Eduardo de Oliveira Leite
Coordenador do Núcleo de Monografia
UTP-FACJUR

Orientador: Prof. Ms Felipe Augusto da Silva Alcure
UTP - FACJUR

Prof. Dr. (a) _____
UTP - FACJUR

Prof. Dr. (a) _____
UTP - FACJUR

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nos anos como universitário, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Agradeço a todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica, em especial ao Prof. Felipe Alcure, por seus ensinamentos, paciência e confiança ao longo das supervisões das minhas atividades.

E por fim aos meus pais, irmãos, colegas de trabalho e amigos pelo incentivo e apoio constante.

EPÍGRAFE

"A persistência é o caminho do êxito" Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa busca analisar o instituto da mediação e suas práticas, apontando-a como uma forma alternativa para o tratamento de conflitos. A pesquisa consistiu em um estudo doutrinário inicial acerca da origem da sociedade e do conflito, em seguida, analisando-se a forma tradicional de resolução de conflitos denominada jurisdição. A pesquisa também aborda a crise pela qual os mecanismos tradicionais enfrentam em função do acúmulo de demandas, o que induz às discussões acerca de meios alternativos à resolução de conflitos. Nesta linha, o presente trabalho monográfico procura demonstrar a importância da mediação no cenário jurídico atual, uma vez que a sociedade moderna exige um novo modelo de resolução de conflitos frente à evidente crise jurisdicional e ineficiência do Estado em dar respostas eficazes aos litígios hoje existentes.

Palavras-chave: Mediação. Resolução Alternativa de Conflitos. Crise da Jurisdição. Alternativa à Jurisdição.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A SOCIEDADE, O DIREITO E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	9
2.1	A SOCIEDADE E O DIREITO.....	9
2.2	A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – DA JUSTIÇA PRIVADA.....	13
2.3	A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – DA JUSTIÇA PÚBLICA.....	15
2.3.1	A Função Jurisdicional do Estado.....	16
3	O ACESSO À JUSTIÇA	20
3.1	A EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	20
3.1.1	Admissão em juízo.....	22
3.1.2	O modo-de-ser do processo.....	23
3.1.3	Justiça nas decisões.....	24
3.1.4	A efetividade das Decisões.....	25
3.2	SOLUÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	26
3.2.1	Primeira Onda – Acesso aos hipossuficientes.....	26
3.2.2	Segunda Onda – Representação de novos interesses.....	28
3.2.3	Terceira Onda – Um novo enfoque de acesso à Justiça.....	29
4	OS MECANISMOS ALTERNATIVOS	32
4.1	RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS – ADR.....	33
4.2	MEDIAÇÃO.....	34
4.2.1	Conceito.....	34
4.2.2	Características.....	35
4.2.3	O Perfil do Mediador.....	37
4.2.4	A atuação do Mediador.....	40
4.2.5	A Ética do Mediador.....	43
5	CONCLUSÃO	45
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar o instituto da mediação como método consensual alternativo à resolução de conflitos. Essa técnica permite que as partes que pretendem resolver seus conflitos não precisem esperar pela morosidade do Judiciário, trazendo uma forma mais eficiente, e, ainda, com baixos custos.

Inicialmente, o estudo aborda a necessidade de o ser humano organizar-se em grupo, ou seja, é um ser, em sua essência, gregário. Em decorrência, acaba criando uma diversidade de regras de conduta e de comportamento perante a sociedade para o bom convívio entre os membros do grupo.

O Direito, neste contexto, é visto como o mais importante instrumento de controle social. A necessidade de uma convivência ordenada impõe-se como condição para a subsistência da sociedade, e o direito corresponde a essa exigência, ordenando as relações sociais através de normas de organização e comportamento humano, sendo o direito o principal responsável pela harmonia da vida em sociedade.

O próximo tópico aborda os meios de resolução de conflitos. No estágio primitivo das civilizações, a tutela de interesses lesados era deixada a cargo dos próprios ofendidos, esta forma de resolver os conflitos era precária e aleatória, pois não garantia justiça. Em um segundo momento, os indivíduos que queriam compor suas pretensões passaram a encaminhar a um terceiro, era a chamada arbitragem facultativa. Em um estado mais avançado, o Estado mais fortalecido, assumiu a função de dirimir conflitos (jurisdição), na qual substituía o particular, quer para dizer o direito, quer para dirimir os conflitos, passando a ser vedada a autotutela de interesses.

Após o estudo da jurisdição, no capítulo seguinte, busca-se tecer alguns comentários acerca do acesso a justiça, visto como um direito fundamental de extrema relevância no Estado Democrático, dando destaque para a efetividade do processo, que remete a ideia de que o processo deve cumprir com seus escopos sociais, políticos e jurídicos, de modo que a noção de efetividade do processo deve suprir qualquer insatisfação.

Porém, as inúmeras limitações de acesso à justiça acabam impossibilitando que inúmeras pessoas busquem a tutela jurisdicional, conforme aponta Morais (1999, p. 82):

[...] o que se tem assistido é um somatório de insatisfação e decepção sentido pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade de que o nosso sistema dispõe. Este paulatino descrédito vem firmando raízes a partir e conforme se evidenciam as debilidades e impossibilidades de o mesmo atender a tão complexa missão.

Neste contexto de decepções, os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, “[...] colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e a reduzir o custo e a demora dos procedimentos [...] (MORAIS, 1999, p. 107-107)”. Assim, o instituto da mediação que preza pela confidencialidade, informalidade de procedimentos, economia e justiça nas decisões, surge como uma alternativa para asseverar a dinamicidade à atuação jurisdicional.

Por fim, pretende-se demonstrar que a mediação, assim como os demais meios alternativos, é de vital importância para uma justiça mais célere, clara, acessível para dirimir os conflitos advindos do convívio em sociedade.

2 A SOCIEDADE, O DIREITO E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 A SOCIEDADE E O DIREITO

O convívio em sociedade concede inúmeros benefícios ao homem, mas, por outro lado, impõe a criação de inúmeras limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são tão volumosas e corriqueiras que chegam a interferir na própria liberdade humana.

De fato, desde os primórdios o ser humano convive em grupos, nunca isoladamente, à propósito, Antonio Bento Betioli (1989, p. 13) ensina:

[...] Onde quer que se observe o homem, seja qual for a época e por mais rude e selvagem que possa ser a sua origem, ele sempre é encontrado em estado de convivência com os outros. De fato, desde o seu primeiro aparecimento sobre a terra, surge em grupos sociais, inicialmente pequenos (a família, o clã, a tribo) e depois maiores (a aldeia, a cidade, o estado).

Platão e Aristóteles interpretam de maneira oposta a necessidade de o ser humano viver em sociedade. Aristóteles defende que o homem, como ser político, não vive senão em sociedade, trata-se de uma necessidade natural associar-se com outros semelhantes para atingir seus objetivos. Por outro lado, Platão entende o surgimento da sociedade como fruto de um acordo hipotético de vontades celebrado entre homens que, cientes de sua natureza, utilizam-se da razão para superá-la, constituindo, desta forma, o Estado Civil, que os mantém dentro de limites instituídos positivamente (MORAIS, 1999).

A ideia de sociedade natural, que atualmente tem mais adeptos, foi cunhada inicialmente pelo filósofo grego Aristóteles, em meados do século IV a. C. Dentre outros autores filiados a esta teoria, Santo Tomas de Aquino (*apud* BETIOLI, 1989, p. 14), considera que o homem é naturalmente sociável, “O homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade”.

Para os afiliados à teoria aristotélica, o homem vive em sociedade por uma necessidade natural, sendo a associação com seus iguais uma condição essencial para a vida. Somente através desta união, o homem consegue satisfazer suas necessidades e atingir os fins de sua existência.

Opondo-se à teoria da sociedade natural, a interpretação platônica do fundamento da sociedade teve endosso de muitos filósofos. Os contratualistas

defendem que a sociedade é resultado de acordo hipotético de vontades, “O contrato social”, neste contexto:

[...] a sociedade é, tão-só, o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens. Colocam uma clara distinção entre o estado natural da humanidade e o estado civil. No primeiro, cada homem era plenamente auto-suficiente e não precisava de auxílio dos outros. Porém, a partir de um certo momento, a humanidade, para evitar o completo suicídio, decidiu organizar-se em sociedade, oferecendo a uma pessoa, ou a um grupo restrito, a autoridade de legislar em nome de todos e de exercer o governo sobre o grupo social inteiro. Desse modo, vale dizer que mediante um “contrato social”, originou-se o estado civil (BETIOLI, 1989, p. 15).

Os autores que endossam esta teoria, de um modo geral, entendem que em estado primitivo, motivado por desconfianças entre seus semelhantes e desorganização, na qual, um teme que o outro venha lhe tomar seus bens ou causar-lhe mal, os homens agrediam antes de serem agredidos, sendo crucial neste momento, a celebração do “contrato social”.

Independente da teoria a ser adotada, é cediço que o homem não é capaz de viver isoladamente, sendo o convívio em sociedade uma necessidade. Neste sentir, faz-se pertinente os comentários de Paulo Nader (2014, p. 23-24):

A própria constituição física do ser humano revela que ele foi programado para conviver e se completar com o outro ser de sua espécie.
[...]
É na sociedade, não fora dela, que o homem encontra o complemento necessário ao desenvolvimento de suas faculdades, de todas as potências que carrega em si. Por não conseguir a auto-realização, concentra os seus esforços na construção da sociedade, seu *habitat* natural e que representa o grande empenho do homem para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.

Na medida em que o ser humano reúne-se com seus iguais, o conflito se faz presente. Nos impasses da vida em sociedade, quando não se consegue obter uma solução através do diálogo, as partes recorrem a agressão moral ou física, ou buscam mediar a justiça. Nas palavra de Betioli (1989, p. 17), “Fenômenos naturais a qualquer sociedade, quanto mais esta se desenvolve, mais se sujeita a novas formas de conflito, tornando-se a convivência, se não o maior, certamente um dos seus maiores desafios”.

Ademais, não se pode imaginar uma sociedade sem a presença do conflito, ele faz parte da sociedade, é nesta senda os comentários de Morais (1999, p. 132):

[...] Nada mais virtualmente ilusório do que imaginar uma sociedade que estivesse fundada no desaparecimento do conflito. Ao revés, é o conflito que constituiu o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de regulação das práticas sociais e da resolução dos litígios.

Ademais, não haveria vida coletiva se permitisse que os indivíduos do grupo social agissem conforme suas vontades e desejos, sem respeitar os interesses dos demais. Nas palavras de Betioli (1989, p. 17, “Nenhuma sociedade poderia subsistir se omitisse diante do choque de forças sociais e do conflito de interesse que se verificam constantemente no seu interior”.

Esse processo de regulamentação das condutas em sociedade recebeu o nome de “controle social”, e os meios que servem a sociedade para regular as condutas nas relações não os chamados “instrumentos de controle social”: a Religião, a Moral, as Regras do Trato Social e o Direito, por exemplo. Na lição de Betioli (1989, p. 17), “O Direito, como instrumento de controle social, tem sua faixa e maneira própria de operar, manifestando-se como um corolário inafastável da sociedade.”

O Direito não é único responsável pela harmonia da vida em sociedade, entretanto, pelas características que lhe são próprias, pela precisão de suas regras e sanções, é o que mais transmite segurança aos administrados, segurança esta, que não é transmitida por qualquer outro instrumento de controle social.

Cintra, Grinover e Dinamarco, partilham da ideia de que o direito exerce um papel de controle social, “a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem ente os seus membros” (1997, p. 19). Para os autores, a tarefa do ordenamento jurídico é de justamente harmonizar as relações sociais entre os sujeitos, objetivando a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste.

Paulo Nader (2014, p. 28) ressalta que,

A sociedade sem o Direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o Direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.

De fato, a necessidade de uma convivência ordenada impõe-se como condição para a subsistência da sociedade, e o direito corresponde a essa exigência, ordenando as relações sociais através de normas de organização e comportamento humano. Acerca da finalidade do Direito, imperioso os comentários de Paulo Nader (2014, p. 27):

[...] A sua finalidade é favorável o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais que é uma das bases do progresso da sociedade. Ao separar o lícito do ilícito, segundo valores de convivência que a própria sociedade elege, o ordenamento jurídico torna possível os nexos de cooperação e disciplina a competição, estabelecendo as limitações necessárias ao equilíbrio e à justiça nas relações.

Em relação ao conflito, o mesmo autor descreve que a ação do Direito se opera em duplo sentido, de forma preventiva e diante do conflito concreto, pontua:

De um lado, preventivamente, ao evitar desinteligências quanto aos direitos que cada parte julga ser portadora. Isso se faz mediante a exata definição do Direito, que deve ter na clareza, simplicidade e concisão de suas regras, algumas de suas qualidades.

De outro lado, diante do conflito concreto, o Direito apresenta solução de acordo com a natureza do caso, seja para definir o titular do direito, determinar a restauração da situação anterior ou aplicar penalidades de diferentes tipos (NADER, 2014, p. 27).

Evidentemente, há uma mútua dependência entre Direito e Sociedade, ao ponto de concluir que, não pode haver Sociedade sem Direito, isso porque nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção, daí a expressão latina “*ubi societas, ibi jus*”, e que não há Direito sem Sociedade, pois o Direito não tem existência em si próprio, ele existe na sociedade e em função da sociedade, daí a recíproca latina “*ubi jus, ibi societas*”.

Do exposto, pode-se dizer que homem, sociedade e direito estão essencialmente ligados. A necessidade de uma convivência regrada se impõe como condição para a subsistência da sociedade, e o Direito materializa essa exigência organização e comportamento, constituindo regras de convivência e sanções em caso de inobservância.

2.2 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – DA JUSTIÇA PRIVADA

No estágio primitivo das civilizações, não existia um Estado suficientemente forte para superar as vontades individuais do homem e impor o direito acima da vontade particular. Neste período não só inexistia um órgão estatal garantidor do cumprimento do direito, como também não havia leis.

Neste momento histórico, a tutela de interesses lesados era deixada a cargo dos próprios ofendidos ou do grupo de que faziam parte. Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria de, com sua própria força, tentar satisfazer sua pretensão. Em comentários pertinentes, Rudolf Von Jhering (1943, p. 94 *apud* MEDEIROS, 2005, p. 48) assim se pronunciou:

Todo direito, pois, tem sua origem na defesa privada e na vingança – espécie de justiça selvagem, como designa BACON DE VERULAM. Mas esta origem, de conformidade com o nosso pensar atual, é apenas o caos que precede à fundação do Estado, e corresponde ao período em que o direito e a força ainda se não tinham separado; momento impróprio ainda para a manifestação do direito que, de acordo com as nossas ideias, só vem a nascer depois que o Estado consegue dominar as explosões do sentimento jurídico subjetivo e cria órgãos encarregados de realizar o direito, cuja origem data, segundo o nosso atual modo de ver, da época da criação das funções jurídicas.

A autotutela era precária e aleatória, pois não garantia justiça, não havia certeza se a parte vitoriosa era quem realmente tinha razão ou se fora mais forte, mais astuta ou mais ousada sobre o mais fraco ou tímido. Sendo característico deste regime de solução de controvérsia a ausência de juízo distinto entre as partes e a imposição da decisão por uma das partes (CINTRA,GRINOVER e DINAMARCO, 1997).

Outra solução possível, no sistema primitivo, seria a composição, na qual uma das partes em conflito, ou ambas, abrissem mão do interesse ou de parte dele mediante autocomposição. Existiam três formas de autocomposição: 1) desistência, entendida como renúncia à pretensão; 2) submissão, vista como renúncia à resistência oferecida à pretensão; e 3) transação, compreendida como concessões recíprocas.

Com uma forma irregular e arbitrária de satisfazer as pretensões, nada demorou para que os indivíduos percebessem os inconvenientes da autotutela.

Jhering, em diferente enfoque dado ao assunto, pontuou os primeiros contornos da justiça. Em suas observações sobre o tema:

Não era a causalidade que reinava em vez do direito: não era o grau de força física, de que podiam dispor as partes contendentes, que fazia inclinar a balança, porque, já então, ainda que de forma imperfeita, a ideia do direito se realizava. Aquele que, por uma injustiça sofrida, se via obrigado a recorrer à defesa privada, não ficava reduzido a suas próprias forças, muitas vezes débeis, porque a injustiça provocada no seio da comunidade a mesma reação de sentimento jurídico que ele sentia. A preponderância da força física inclinava-se regularmente para o lado de quem tinha razão. O sentimento do direito implica o instinto de sua realização, e qualquer violação, embora não prejudique diretamente senão ao indivíduo isolado, desperta esse instinto, tanto nele como nos outros homens (JHERING, 1943, p. 96 *apud* MEDEIROS, 2005, p. 49)

Com o passar do tempo, os indivíduos passaram a não mais usar a autotutela para compor seus conflitos, ao invés disso, encaminhavam à apreciação de um terceiro, escolhido pelos conflitantes para tanto, que assumia a função de árbitro. Foi nesta passagem histórica que surgiu a arbitragem facultativa. Posteriormente, com o crescimento do Estado, a autotutela passou a ser vedada, sendo implantado o sistema que consiste na arbitragem obrigatória. A resolução de conflitos, submetida ao arbitramento era confiada aos sacerdotes, “[...] cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1997, p. 22).

Posteriormente ao período arcaico e clássico iniciou-se uma nova fase, ocorrendo a evolução da conhecida justiça privada para a justiça pública. É relevante, acerca do tema os comentários de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 23):

[...] o Estado, já suficientemente fortalecido, impõem-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõem-lhes autoritativamente a solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvam os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*.

[...]

Pela Jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, quem não mais poderia agir, resta a possibilidade de **fazer agir**, provocando o exercício da função jurisdicional [grifos originais].

Das considerações acima apontadas observa-se que, até o Estado começar a promover a solução de conflitos (jurisdição), antecederam três fases: 1) autotutela; 2) arbitragem facultativa e, 3) arbitragem obrigatória. Mas é claro que está “evolução” não se deu de forma linear, nem sequer há uma sequência lógica, afinal, nada na história humana é retilíneo, ao contrário, é contraditório, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos, de modo que, a descrição acima é apenas uma análise de como chegou ao Estado o poder de dirimir conflitos.

2.3 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – DA JUSTIÇA PÚBLICA

Uma vez constituído o Estado, este repartiu suas funções em três órgãos, devendo tais órgão atuar de forma independente e harmônica entre si, dentro de suas atribuições. De forma que, o Legislativo elabora as leis que venham ao encontro dos reclamos da sociedade; o Executivo deve administrar, observando os preceitos legais; e o Judiciário, julga, aplicando as leis aos casos concretos, consoante pensamento constituído por Montesquieu em seu livro “O Espirito das Leis”.

Além de disciplinar a convivência humana, ordenando a vida em sociedade, também, o Direito, desta forma constituído, busca constituir instrumentos aptos a resolver disputas de interesse, tarefa esta que nos primórdios era obtida mediante defesa privada. Tratando dos meios Jurídicos para a composição dos litígios advindos do embate de interesses conflitantes, é pertinente os comentários de Morais (1999, p. 71), senão vejamos:

Tal sistema, filiado à tradição da *civil law*, é regido preponderantemente pelo normativismo e tem suas origens no antigo direito romano. Assim, o estabelecimento do juiz estatal se deu no momento em que o magistrado romano, até então sem poder jurisdicional, chamou para si a responsabilidade de solucionar o litígio entre as partes em nome do Estado, missão que até então era exercida por um terceiro, particular, árbitro portanto, escolhido pelos próprios contendores ou por indicação do magistrado [grifos originais].

A processualística apenas se definiu em meados do século XVIII, e modernamente atravessa por uma fase de busca por meios mais rápidos e eficazes para solucionar o litígio, como se demonstrará, oportunamente, no decorrer deste trabalho.

2.3.1 A Função Jurisdicional do Estado

Historicamente, busca-se disciplinar a convivência social, evoluindo, até chegarmos ao que temos hoje, definido como função jurisdicional, monopolizada pelo Estado. À proporção que as sociedades foram se complexificando, viu-se a necessidade de produzir uma normatização mínima de condutas reguladoras, necessárias para o convívio harmônico entre os grupos sociais. À propósito, são adequados os comentários de Moraes (1999, p. 72-73):

Paulatinamente, conforme vão se sofisticando as relações sociais, a instituição estatal do monopólio da aplicação do Direito – jurisdição – aparece, ainda que primitivamente, e mune-se do poder de coerção. Este fato, proporcionalmente, vai afastando a justiça privada, ora considerada como garantia e execução pessoal do direito [...]

A jurisdição nasce como uma das funções exercidas pelo Estado, abrangendo a capacidade de solucionar conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões e apresentando e impondo decisões, distingue-se das demais funções do Estado (legislativa e administrativa) precisamente, pela finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. A propósito, acerca desta finalidade, é pertinente os comentários de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 25):

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.

Percebe-se que os autores idealizam um escopo social da jurisdição, mas, a doutrina moderna aponta três escopos visados pelo Estado no exercício da jurisdição, a saber: o social, o político e o jurídico. O escopo social, como já visto, traz a ideia de educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios; o escopo político, por sua vez, reserva a ideia de preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade destes; e por último, o escopo jurídico, visto como a atuação da vontade concreta do Direito (DINAMARCO, 2005).

Pois bem, a doutrina majoritária defende a Jurisdição como “atividade substitutiva”, ocorrendo a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem. Afiliado a esta ideia, Chiovenda (2002, p. 8), acerca do tema o autor tece o seguinte comentário:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de 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.

Segundo Chiovenda, o processualista Calmon de Passos (1957, p. 26 *apud* MORAIS, 1999, p. 75) também define a jurisdição como uma atividade substitutiva, explica:

[...] por ela o Estado se substitui ao particular, quer para dizer o direito que incidiu e deve ser aplicado, quer para constatar a existência de certas situações de fato das quais a lei faz derivar determinadas consequências, mas que interdita ao particular a sua verificação e a aplicação voluntária do direito que, em razão delas, incidiu. De sorte que a atividade jurisdicional além de reintegradora, é também integradora da ordem jurídica.

Inclui-se na acepção de Jurisdição, as ideias de poder e dever, pois emana da soberania estatal e decorre da proibição de autotutela de interesses, sendo esta, tarefa exclusiva do Poder Judiciário. Acrescenta-se que, para atingir os objetivos da Jurisdição, em especial ao direcionado com a pacificação com justiça, que o Estado instituiu o sistema processual, ditando normas processuais e criando órgãos jurisdicionais.

A Jurisdição é aconselhada por princípios fundamentais que, independentemente de serem expressos ou não em lei, são universalmente conhecidos. É importante para o deslinde do raciocínio, o prévio conhecimento destes princípios (ainda que de forma superficial). Nas palavras de Morais (1999), veja-se:

Princípio da investidura, representa à ideia de que a Jurisdição somente será exercida por quem tenha sido regularmente e legitimamente investido na autoridade de Juiz, em regra por concurso público.

Princípio da aderência ao território, este limita a autoridade dos Magistrados à extensão do território do Estado ao qual foi investido, e mais especificamente, à sua Jurisdição.

Princípio da indelegabilidade que, perfaz garantia de não-delegação de funções pelos poderes estatais, inclusive do Judiciário.

Princípio da inevitabilidade, implica a sujeição das partes ao Estado-Juiz, sendo a Jurisdição emanção da soberania, após evocada, se impõe por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de pacto de acatamento dos resultados do procedimento.

Princípio da indeclinabilidade, corresponde a ideia de que, a todos é garantido o acesso ao Judiciário, desta forma, não pode-se deixar de atender a quem venha a juízo pleitear a solução de um conflito, de modo que, se o Magistrado não julgar, implica em negação à Jurisdição.

Princípio do juiz natural, ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, com competência jurisdicional previamente definida pelas normas processuais e de organização judiciária, sendo plenamente vedados juízos/tribunais de exceção, conforme preleciona o artigo 5º, inciso XXXVII, da CF/1988.

Princípio da inércia, segundo o qual, as partes tem que tomar a iniciativa de pleitear a tutela jurisdicional, ou seja, o juiz não pode proceder de ofício.

Princípio da unidade da jurisdição, exprime o seu caráter uno e indivisível, sendo importante ressaltar que quando se fala em jurisdição penal, civil ou administrativa, não se retira o caráter uno e indivisível da mesma, pois tais distinções não estão ligadas à natureza de sua função, mas sim, a especialidade das atividades.

Assim, a Jurisdição, enquanto função exclusiva do Estado, é exercida de forma soberana e exclusiva por seus agentes públicos, de forma singular (juízo) ou colegiada (tribunal). Na qualidade de Juiz, individualmente, atua no Juízo, e coletivamente, atua em tribunais, organizados de acordo com a Constituição Federal e a Constituição Estadual ao qual possui jurisdição.

Todavia, é indiscutível que determinados acontecimentos contemporâneos, repercutiram em fatos determinantes de vastas mudanças nas relações sociais, vindo a refletir diretamente na situação atual que, ao Judiciário impõem-se reformas, para que possa atender as exigências sociais atuais. Afinal, até então, o Judiciário

manteve-se em posição de superioridade, ignorando estes novos fatos, considerando a sociedade da mesma forma que a considerava nos primórdios, sem levar em consideração à emergência de novos interesses, profundamente diversos daqueles tradicionalmente resguardados pelo Direito (MORAIS, 1999). Tema que será objeto de estudo no próximo capítulo.

3 O ACESSO À JUSTIÇA

Modernamente, o acesso à justiça vem sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas sociedades, é ele que busca da efetividade aos demais direitos fundamentais previstos no ordenamento magno, neste contexto, é ponderoso o comentário de Toaldo (2011, p. 2):

O acesso à justiça traduz-se como um direito fundamental de extrema relevância em um Estado que se afigure como democrático e que pretende promover, e não apenas proclamar, os direitos dos cidadãos. Entendido não apenas como acesso ao Judiciário, mas, sobretudo, como acesso a uma ordem jurídica justa, este importante direito tem sido progressivamente aceito como o mais básico dentre todos os direitos, eis que imprescindível à satisfação dos demais direitos fundamentais cristalizados no texto constitucional.

O Acesso à Justiça pelo cidadão, enquanto direito fundamental deve ser protegido pelo Estado. Nesta visão garantidora da cidadania, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do acesso à justiça como garantia fundamental explícita, consoante art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, *in verbis*:

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;

[...]

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

[...]

Pois bem, o princípio do acesso à justiça entabulado no art. 5º da CF/88 não garante apenas o acesso formal aos órgãos do poder judiciário, a ideia é mais ampla, abrangendo o acesso qualificado que proporcione aos petionantes o acesso à ordem jurídica.

3.1 A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Apesar das inúmeras transformações sociais, há que se dizer que o sistema processual não é teologicamente disposto à criação de situações jurídicas novas, o

que por si só, contrapõe a função suprema da jurisdição, qual seja, atender seus escopos processuais, ditando soluções de acordo com o que se julgar mais relevante e conveniente para alcançar seus objetivos.

Nesta conjuntura, o profissional do foro busca evitar os males do exagerado processualismo e formalismo, haja vista que, no contexto deste estudo, o processo deve ser visto como um instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa, ademais, como um mecanismo de resolução eficaz de controvérsias.

Com base nos comentários de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), pode-se dizer, com clareza que, a ideia de acesso à justiça está diretamente ligado ao binômio possibilidade / viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições, prerrogativa que foi conquistada sob a forma de “o mais básico dos direitos humanos”. O conceito de acesso à justiça está ligado, também, à busca de tutela própria para o direito e/ou interesse ameaçado, e por consequência, a obtenção de um resultado justo e efetivo. Esta preocupação mostra a nítida busca pela efetividade pelo Direito e da Justiça no caso concreto, pois o resultado final almejado deve ser, em sua essência, pacificador do conflito, e desta forma, estará efetivado a chamada Justiça Social.

A ideia de efetividade do processo, a que se referiu Cappelletti e Garth, tem sido frequentemente divulgada entre os processualistas, como é o Caso de Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 330) que a considera como a “[...] expressão resumida da ideia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais*[grifos originais]”.

Assumindo um caráter mais amplo, ao tratar do mesmo tema, o processualista Giuseppe Chiovenda considera a definição de Dinamarco individualista e ultrapassada, “[...] na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter” (CHIOVENDA, p. 110 *apud* MORAIS, 1999, p. 82).

Na ideia mais desenvolvida de Chiovenda, não se pode analisar o processo de modo restrito – apenas no escopo jurídico – a noção de efetividade deve suprimir qualquer insatisfação. Entretanto, não é isso o que se tem observado, a propósito, é oportuno o comentário de Morais (1999, p. 82) acerca do tema:

[...] o que se tem assistido é um somatório de insatisfações e decepções sentido pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade de que o nosso sistema dispõe. Este paulatino descrédito vem firmando raízes a partir e conforme se evidenciam as debilidades e impossibilidades de o mesmo atender a tão complexa missão.

Essa necessidade de adequação de processos só será possível com uma mudança de mentalidade, na qual, deve-se considerar o mundo político que rodeia o processo, a propósito:

Falta muito para que se tenha o processo que se deseja. Velhos formalismos e hábitos comodistas minam o sistema e de um momento para outro o sistema não se alterará. Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição para superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar os pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerando o tempo presente e o que é lícito esperar do processo (DINAMARCO, 2005, p. 333).

Esses pontos vitais ditos por Dinamarco, referem-se aos diversos escopos da jurisdição e englobam os problemas essenciais da efetividade do processo. Sendo relevante examiná-los, aproveitando-se os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (2005), que indica quatro aspectos fundamentais de interesse, são eles: 1) a admissão em juízo; 2) o modo-de-ser do processo; 3) a justiça das decisões; e, 4) a sua efetividade. Vejamos.

3.1.1 Admissão em juízo

As tradicionais limitações ao ingresso ao judiciário, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), constituem um verdadeiro embaraço para os que do Judiciário necessitam, impossibilitando a aplicação de praticas pacificadoras designadas a manter o convívio harmonioso da sociedade, e para o Estado, constitui fator de desgaste da sua própria legitimidade, na dos seus institutos e no seu ordenamento jurídico (DINAMARCO, 2005).

No que tange às limitações fáticas, estas referem-se ao custo do processo e à miserabilidade das pessoas, fato este que ignora o princípio da universalidade do processo jurisdicional vez que, os hipossuficientes, sem condições financeiras para suportar os gastos de um litígio em juízo, ficariam impedidos de levar ao Judiciário

suas lides. Há que se indicar que tal princípio está previsto na CF/88 em seu artigo 5º, inciso LXXIV, *in verbis*:

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;
 [...]

As limitações jurídicas, também estabelecem estreitamento da via de Acesso à Justiça, é a disciplina do *legitimatío ad causam* ativa que, essencialmente individualista, consiste em “dar a cada um o que é seu”, não havendo uma visão solidarista, supraindividual, que se caracteriza por tratar o indivíduo como membro integrante do grupo social e, procurando tecer soluções adequadas aos interesses envolvidos (DINAMARCO, 2005). Estas limitações, impedem que inúmeras pessoas busquem a tutela jurisdicional, o que lhes causa dano substancial, pois quem não vem ao juízo não pode satisfazer suas pretensões, renunciando aquilo que busca. Neste sentido, discorre Dinamarco (2005, p. 347):

O *acesso à Justiça* é, mais do que ingresso no processo e aos meios que lhe oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderia obter [grifos do autor].

Em outras palavras, não terá acesso à ordem jurídica justas nos casos em que, por qualquer empecilho, não se possa sequer chegar até o processo.

3.1.2 O modo-de-ser do processo

Vencidas as limitações tradicionais e, portanto, desobstruídas as vias de acesso ao processo, deve-se viabilizar o acesso à ordem jurídica justa através do processo que, nas observações dos processualistas, que apenas se concretizará pela observância das garantias constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional (DINAMARCO, 2005).

Ademais, o grau de efetividade do processo é proporcional à instituição de procedimentos - tendo em vista a pluralidade e peculiaridade dos litígios -

condizentes com essas garantias e que elas se adequaram pela aplicação do princípio da adaptabilidade. Vejamos os comentários de Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 357):

Os procedimentos especiais são estabelecidos pela lei processual, tendo em vista as peculiaridades dos litígios e pautando-se por peculiaridades correspondentes a elas (no fundo, é o mesmo princípio da adaptabilidade, posto a nível das disposições abstratas da lei). A efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios do legislador, da aderência do procedimento à causa. Em muitos casos, no direito brasileiro tão rico em procedimentos especiais, somente um incidente inicial é que confere especialidade ao procedimento [...].

A ideia de maior efetividade ao processo mediante instituição de procedimentos adequados está presente de forma marcante no mandado de segurança, apto a suprir falhas no sistema, sendo cabível em casos onde o mal sofrido pelo impetrante não possa ser corrigido ou evitado pelas vias processuais ordinárias.

Outro exemplo de efetividade buscado via disposições sobre procedimento está na Lei dos Juizados Especiais, na qual prevalece os critérios da informalidade, impessoalidade e celeridade.

3.1.3 Justiça nas decisões

A eliminação dos litígios deve atender ao critério de Justiça, pois se assim não fizer, estaria adentrando a uma sucessão de brutalidades, acumulando uma série de decepções e insatisfações. Há que se salientar que, o valor justiça figura como objeto-síntese da jurisdição no plano social ou, do contrário, se teria mera sucessão de arbitrariedades. Ressalta-se que:

[...] as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas, se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e as suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes (DINAMARCO, 2005, p. 360).

De fato, repudia-se o juiz indiferente, e o processo pensado como instrumento meramente técnico pois, ser sujeito à lei não significa estar sujeito ao rigor das palavras que o texto legal tem, mas ao espírito do direito do seu tempo. O

momento de decisão de cada processo deve ser um momento valorativo, na qual deve prevalecer a liberdade de convencimento que dispõem, utilizando por este de forma a possibilitar o adequado cumprimento da função social da Jurisdição.

3.1.4 A efetividade das Decisões

Após percorridos todos os problemas anteriores, o sistema deve estar disposto para produzir decisões que sejam capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos, em outras palavras, “o processo precisa ser apto a dar a quem tem direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo que tem direito” (CHIOVENDA, 1930, p. 110 *apud* DINAMARCO, 2005, p. 365). Refere-se aqui, a conjectura de utilidade das decisões.

Observa-se o pensamento instrumentalista, no qual, os princípios e garantias constitucionais sistematizam-se para buscar transpor barreiras, com a finalidade precípua de tornar o sistema processual acessível, justo e produtivo, a propósito:

[...] é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir *decisões* capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos titulares de direitos reconhecidos pelo juiz (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas (DINAMARCO, 2005, p. 365)[grifo do autor].

Pois bem, perquirindo sobre as garantias constitucionais do processo, entende-se o processo como um fenômeno que atinge alguns dos mais fundamentais direitos humanos, a propósito, veja-se os comentários de Cappelletti (1994, p. 13 *apud* MORAIS, 1999, p. 87):

[...] às garantias constitucionais formais tem-se acrescentado (ou pelo menos dever-se-ia estar acrescentado) aquelas garantias sociais. No campo dos direitos humanos, fala-se dos direitos sociais como direitos humanos de segunda geração. Estes são os direitos que se destinam a fazer com que os direitos tradicionais ou de primeira geração (entre os quais se incluem as garantias constitucionais do processo), tornem-se efetivos e acessíveis a todos, ao invés de se projetarem como uma simples figuração para a parte menos favorecida.

Analisando o processo levando em consideração a sua dimensão social, rompeu-se a imposição de analisar o direito como norma, a preocupação foi voltada a temas tidos como relevantes para o mundo contemporâneo, tais como: tempo, custos, dificuldades, etc., que normalmente precisam ser enfrentados pelas partes que buscam uma tutela junto ao judiciário. Para Cappelletti, a concepção revolucionária de acesso à justiça funda-se na implantação de um novo “método de pensamento”, e explica:

[...] o direito, não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (normas gerais e especiais); mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais (CAPPELLETTI, 1994, p. 15 *apud* MORAIS, 1999, p. 88).

Pois bem, o que se propõe para superados problemas ligados ao acesso à Justiça, compreendidos geralmente os problemas relativos aos custos e à demora dos processos, afinal, obstáculos de cunho econômico, cultural, e social, que corriqueiramente intercala entre o cidadão que litiga em juízo e os procedimentos predisposto, é necessidade de encarar o processo de uma perspectiva teleológica, instrumentalista, reconhecendo a sua importantíssima missão que assume frente a sociedade e as suas instituições políticas.

3.2 A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O despertar de interesses em torno da efetividade do Acesso à Justiça constitui um aspecto central do moderno Estado Social, estreou por volta dos anos setenta, e revelou, três fases ou ondas: a primeira “onda” diz respeito aos hipossuficientes econômicos; a segunda “onda” revela os interesses transindividuais; e, a terceira “onda” apresenta novas técnicas processuais.

3.2.1 Primeira Onda – Acesso aos hipossuficientes

As reformas, nesta primeira fase, estão voltadas à superar obstáculos decorrentes da pobreza (hipossuficiência econômica), ou seja, voltadas a proporcionar serviços jurídicos aos pobres, o que é justificável pelo fato de que, “[...] não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre

esteja privada de informações e de representações, que se constituem em condições inarredáveis para sua participação (CAPPELLETTI, 1994, p. 15 *apud* MORAIS, 1999, p. 88)”.

A quem não tem condições econômicas, deve-se proporcionar informações adequadas antes do ajuizamento do processo e, no curso do processo. A parte deve receber assistência judiciária e adequada representação legal.

Sem dúvidas, estas medidas adotadas foram muito importantes para melhorar os sistemas de assistência judiciária, pois, é através delas que o Estado/Judiciário combate o problema da assistência judiciária aos pobres, obstáculo que deve ser ultrapassado para o efetivo acesso da população ao mesmo, em defesa de direitos que, eventualmente, tenham sido lesados.

Entretanto, tais atitudes mostram-se falhas diante da impossibilidade – por parte da pessoa que teve o seu direito ameaçado ou lesado – de reconhecer se há alguma legislação que lhe dá amparo, é a chamada hipossuficiência cultural. Ensina Morrais (1999, p. 88-89) sobre as atitudes que visam combater esse impasse:

[...] mostram-se falhas ao depositar nas próprias pessoas que tiveram seus direitos ameaçados ou lesados, o compromisso de averiguar as causas que acarretam lesão aos mesmos e reconhecer se há dispositivo protetivo e, em caso afirmativo, qual dentre os mesmos melhor se enquadra; como também, ao incumbir a estas mesmas pessoas a missão de procurar o auxílio necessário, o qual corresponde ao passo inicial, indispensável para o abandono da postura inerte.

Muito embora a assistência judiciária se destine a pessoas que não dispõem de condições financeiras, deve-se ter em mente que considerável parcela da população são culturalmente hipossuficientes, isto é, sequer tem capacidade de reconhecer seus direitos. É neste contexto que Cappelletti se referiu ao falar em hipossuficiência econômica e cultural em sua obra que trata do Acesso à Justiça.

No Brasil, a expressão “Assistência Judiciária” surgiu, pela primeira vez na Constituição de 1934, naquela época, sequer existia expressão do direito ao Acesso ao Poder Judiciário. Logo, as medidas voltadas a remover ou minimizar os obstáculos encontrados pelos hipossuficientes economicamente para prover as despesas relacionadas com a defesa de direito pouco significavam, eram meras tentativas de imprimir efetividade.

A Carta de 1937 não trouxe nenhuma disposição, mas, o Código de Processo Civil de 1939 previu a possibilidade de aqueles que pleitearem o benefício

perante o juiz competente para julgar a demanda, que poderia concedê-lo de forma total ou parcial, de acordo com a necessidades específicas de cada um. Em 1946, a matéria voltou ao plano constitucional, permanecendo ainda na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Contudo, foi a Carta Magna de 88 a responsável pela expansão da garantia fundamental de assistência judiciária aos necessitados, ampliando o campo de atuação, atingindo não somente a esfera judicial, mas, todos os campos de interesses protegidos pelo Direito. Neste contexto, é pertinente os comentários de Barbosa Moreira (p. 74 *apud* MORAIS, 1999, p. 90):

[...] prevalece a velha conhecida contraposição entre o “país legal” e o “país real”. Seria de estranhar, aliás, que funcionassem bem os serviços da justiça e outros correlatos, em proveito de pessoas carentes de meios, se o funcionamento deixa tanto a desejar mesmo quando prestados tais serviços a quem dispõe de recursos para ocorrer às despesas necessárias.

De fato, a existência de norma constitucional e infraconstitucional para a concessão de assistência judiciária aos necessitados constitui medida de extrema relevância para as massas que pretendem solucionar seus conflitos.

3.2.2 Segunda Onda – Representação de novos interesses

Essa segunda fase focou sua preocupação especificamente nos interesses difusos, também chamados de interesses coletivos ou grupais. O foco de preocupação era especificamente nos interesses difusos, e forçou a reflexão sobre noções tradicionais básicas de processo vez que, a concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direito difusos, o processo era visto como um assunto entre duas partes, e se destinava a resolver uma controvérsia entre essas mesmas partes sobre seus próprios interesses individuais. Os direitos que pertencessem a um grupo, ou ao público em geral não se enquadravam na sistemática tradicional.

Trata-se de uma necessidade social adotar uma forma de tutela que venha a incidir sobre categorias inteiras de pessoas, pois sozinhos, não possuem forças suficientes para contrapor os interesses que almejam. Pertinente, neste enfoque, os comentários de Morais (1999, p. 91):

[...] procura-se viabilizar a representação apropriada desses interesses fragmentados ou difusos, em juízo, mediante formas associativas de tutela, pois atuando isolado, o indivíduo jamais estará em condições de obter uma salvaguarda eficaz. É nesse sentido que se realizam diversas reformas conceituais, então tradicionais no direito processual civil, com o fim de ampliar a legitimação para tais direitos/interesses, concedendo-a a órgãos públicos, privados, ou mesmo a representantes individuais autorizados a litigar em nome do grupo.

O indivíduo que litiga isoladamente contra violação de interesses transindividuais, não vai assegurar para si mesmo e nem para a coletividade uma tutela adequada. Esta situação acaba por despertar na sociedade contemporânea, a busca por soluções adequadas, tais como: órgãos públicos especializados, combinação da iniciativa privada com controles públicos, representação ideológica, poderes do juiz e efeitos das decisões, e garantias processuais. Relevante pois, neste contexto, os ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988, p. 66-67):

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

E desta forma, observa-se que o movimento de Acesso à Justiça compreende não apenas questões ligadas às necessidades de um Judiciário acessível a todos e com decisões “justas”, mas também a ampliação da tutela jurisdicional a direitos emergentes, coletivos e difusos.

3.2.3 Terceira Onda – Um novo enfoque de acesso à Justiça

Essa “terceira onda” de reforma preocupa-se com o emprego de técnicas processuais diferenciadas, objetivando tornar a Justiça mais acessível, simplificando procedimentos e criando vias alternativas de solução de controvérsias. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas tratá-las de uma forma que possibilite melhorar o acesso à Justiça.

Superar os obstáculos decorrentes da hipossuficiência (seja ela economia ou cultural) e da representação judicial (tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos) não é suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras tangíveis ao nível prático. Impõe-se uma nova meditação sobre o sistema judiciário, tal como reconhece Cappelletti e Garth (1988, p. 71):

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

Normalmente ligadas a simplificação de procedimentos e a criação de vias alternativas para a solução de controvérsias, as tendências contemporâneas de acesso à Justiça nesta "terceira onda" busca construir um sistema jurídico e procedimental mais humano. Estes objetivos podem ser atingidos através de reforma dos procedimentos judiciais em geral, sem que a criação de novas alternativas para a solução de conflitos implica na eliminação dos meios tradicionais, eles permanecem e, frequentemente vêm sendo feitas tentativas de melhorá-los, destaca-se o reforço da oralidade, a livre apreciação da prova, a concentração dos procedimentos e o contato entre as partes, testemunhas e o juiz, com o propósito de tornar mais baratos, simples, rápidos e acessíveis os procedimentos judiciais, acompanhado da eliminação ou redução de custas.

A especialização das instituições e dos procedimentos leia-se, a criação de tribunais especializados, como os de pequenas causas, tribunais de vizinhança, do consumidor, etc., torna a justiça mais acessível. Esses tribunais trazem nítida vantagem quanto aos custos, em alguns casos, a capacidade postulatória é desnecessária, além da diminuição do tempo até a tomada de decisões, vigorando os princípios da oralidade e informalidade. O principal problema é a excessiva especialização dos julgadores, que ficam alheios às outras áreas do direito. Considerável os comentários de Moraes (1999, p. 95):

Mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos são maneiras de se reduzir o custo da representação por advogado, tornando-a acessível para todos, sem perder a qualidade necessária. Trata-se do uso de agentes 'parajurídicos' e da formação de 'seguros' ou 'convênios' que garantiriam os riscos de futuras demandas.

Vislumbra-se uma simplificação do Direito, de forma a evitar grandes debates, grandes perícias, que tornam o processo oneroso para as partes e que o prolonguem demasiadamente, sem olvidar-se que o objetivo não é fazer uma justiça mais pobre, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. Tudo isso sem desvirtuar o sentido da busca da verdade e da justiça social do processo.

Os métodos alternativos para a resolução de conflito tornaram-se, com o passar do tempo, uma opção para quem quer resolver seus problemas fora dos tribunais. A resolução de um conflito sem julgamento, permitindo a manutenção de uma relação continuada, a relativa informalidade, entre outros, são vantagens características destes meios de solução de controvérsia. Acerca de tais mecanismos, adverte Moraes (1999, p. 96-97):

[...] a busca por mecanismos mais eficientes e baratos não pode eliminar as garantias fundamentais do processo civil, principalmente a de um julgador imparcial e da necessidade do contraditório, que foram arduamente alcançados com o fim de prevenir arbitrariedades e injustiças. Deve-se adequar estas garantias à necessidade de acesso à Justiça e à tutela de novos direitos conquistados.

Pois bem, é necessário verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições para tentar enfrentá-las. A ideia de Acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores e, por esta razão, há um crescente reconhecimento da utilidade e da necessidade de tal enfoque no mundo atual.

4 OS MECANISMOS ALTERNATIVOS

As inúmeras transformações de cunho sócio-histórico-político-econômico que ocorreram no decorrer dos últimos anos ocasionou um aumento extenso e intenso de reivindicação de acesso à Justiça, quantitativamente e qualitativamente falando, e em contraposição, observa-se que os instrumentos jurisdicionais são notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer as demandas que lhe são propostas, ocasionando uma perda de poder do Estado, e conseqüentemente, propiciam o desperdício e deslegitimação do próprio Judiciário.

Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, entre os quais cita-se a mediação, a arbitragem, a negociação, a conciliação, “[...] colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e a reduzir o custo e a demora dos procedimentos [...] (MORAIS, 1999, p. 107-108).” Estes métodos, promovem a resolução de conflitos de forma mais eficiente porque o terceiro neutro, seja ele árbitro, conciliador ou mediador, ajudar a formar uma solução antes mesmo que a via judicial seja acionada.

Os mecanismos consensuais, caracterizados pela proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação, onde os na discussão dos conflitos são trazidos à luz todos os aspectos que o envolvem, não se restringindo apenas ao conteúdo entabulado pelo direito positivo e resguardado pela condução do magistrado, começa a ganhar cada vez mais espaço no mundo contemporâneo. Sobre tema, pertinente é os comentários de Moraes (1999, p. 128):

A questão que sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura destes procedimentos, deixando de lado o caráter triádico da jurisdição tradicional, onde um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, e assumindo uma postura díade/dicotômica, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos [...].

A partir destas ideias, alguns autores nomeiam de Jurisconstrução, o método de elaborar/concertar/pactuar/construir a resposta para o conflito e unir as partes, diferentemente da forma de dizer o Direito, caracterizada pela jurisdição.

4.1 RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS – ADR

Consagrou-se a utilização da sigla ADR a indicar a resolução alternativa de disputas (*Alternative Dispute Resolution*), materializada pela negociação, mediação e arbitragem fora do âmbito da resolução tradicional de disputas (jurisdição). “As soluções alternativas consistem naquelas que, por intermédio de um portfólio de métodos, formas, processos e técnicas, são aplicadas fora do âmbito do Poder Judiciário” (BACELLAR, 2012, p. 28).

Corriqueiramente, a sigla Masc é utilizada, abrevia a expressão Meios Alternativos de Solução de Conflitos, com ideia semelhante à utilizada na negociação, mediação e arbitragem, com métodos aplicados para soluções extrajudiciais. Na visão de Garcez (2003, *apud* BACELLAR, 2012), estes métodos,

[...] representam um novo tipo de cultura na solução de litígios, distanciados do antagonismo agudo dos clássicos combates entre partes – autor e réu no Poder Judiciário – e mais centrados nas tentativas de negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, num sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vistos em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos.

Também são utilizadas as siglas Mescs para indicar Métodos ou Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos e/ou Controvérsias, e Rac a indicar Resolução Alternativa de Conflitos. Estes meios, também, sempre caracterizados pela aplicação alternativa, complementar ou paralela à resolução de conflitos desenvolvida pelo Poder Judiciário.

Estes meios ou mecanismos alternativos ou adequados, normalmente tratados como sinônimos pela doutrina, são todos aqueles que buscam encontrar soluções aos problemas à eles apresentados. Estes mecanismos ou meios são alternativas àquelas soluções propiciadas pelo Poder Judiciário (órgão oficial de resolução de conflitos). A escolha, para dirimir eventual litígio, por qualquer das formas alternativas e a conseqüente renúncia ao mecanismo estatal se dá de forma espontânea, por vontade real, e não por inacessibilidade ou por ineficiência.

Destaca Maristela Basso (1996, p. 11-23 *apud* MORAIS, 1999, p. 121) que estes mecanismo alternativos colaboram com o descongestionamento da via judicial, “[...] atuando como um filtro, retendo grande parte das situações litigiosas, deixando

a justiça ordinária como reduto final, reservado para os litígios que não obtêm arbitragem, conciliação ou mediação”.

A consagração destes meios alternativos, de modo algum, contraria os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, para Alexandre Freitas Câmara (1997, p. 3 *apud* MORAIS, 1999, p. 122), “[...] se o Estado tem monopólio da jurisdição, não tem monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles”.

Pois bem, tanto no sistema judicial quanto fora dele, ocorre a aplicação de métodos de resolução de conflitos que se distinguem: métodos consensuais (autônomos) e métodos adversarias (heterônomas).

4.2 MEDIAÇÃO

4.2.1 Conceito

A mediação, como uma das espécies do gênero justiça consensual, pode ser definida como:

[...] um mecanismo para solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos (ARAUJO, SILVEIRA, DYTZ, 1997, p. 442 *apud* MORAIS, 1999, p. 145)

Dito de outra forma,

[...] um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediações de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re)estabelecer a comunicação (BONAFÊ-SCHIMITT, 1992, p. 16-17 *apud* MORAIS, 1999, p. 145)

Por este instituto, busca-se solucionar o litígio mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro denominado mediador, o mediador exerce função semelhante a de um conselheiro, aconselhando e instruindo as partes, cabendo à elas construir suas respostas. A intervenção do mediador se dá quando as partes não conseguirem, por si só, chegar a uma solução, segundo Lídia Miranda do Amaral (1994, p. 24 *apud* (MORAIS, 1999, p. 146), são nessas circunstâncias que,

Cabe-lhe, então, apresentar algo de novo ou diferente às muitas possibilidades levadas em conta pelas próprias partes, podendo estimular ou mesmo ajudar os próprios interessados para que façam ofertas e propostas como base para chegarem a um acordo. Fica ele diante da necessidade de sugerir soluções para situações consideradas, às vezes, 'impossíveis'.

É com auxílio do mediador, que as partes litigantes buscarão entender as fraquezas e fortalezas do seu problema, para que a partir daí, possam criar uma solução que ambos ficarão satisfeitos. As partes tem o poder de gerir seus próprios conflitos, ao contrário dos métodos adversariais, como a Jurisdição Estatal tradicional aonde o poder de decisão é delegado a um profissional do foro investido das funções jurisdicionais.

Pois bem, a mediação, como espécie do gênero justiça consensual, define-se como um mecanismo para a solução de controvérsias na qual, as próprias partes constroem uma solução para os seus conflitos, com ajuda de um terceiro denominado mediador, que às auxilia a buscar uma solução.

4.2.2 Características

A doutrina varia em elencar as principais características da mediação, e de um modo geral apresenta às seguintes: a privacidade, a economia financeira e de tempo, a flexibilidade, a reaproximação das partes, a autonomia das decisões e o equilíbrio das relações entre as partes, veja-se de forma mais aprofundada cada uma destas características, nas palavras de Morais (1999).

A privacidade e/ou confidencialidade, relata que o processo de mediação é, via de regra, desenvolvido em ambiente secreto, e somente será divulgado por vontade das partes. Ao mediador está igualmente vedada a divulgação de informações confidenciais prestadas por uma ou por ambas das partes.

Necessário esclarecer que este princípio poderá ser desconsiderado em casos em que o interesse público sobreponha-se ao das partes, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou por atitude de política pública. No processo de mediação a confidencialidade é a regra, sendo a publicidade a exceção, ao contrario dos mecanismos judiciais, aonde vigora o princípio da publicidade dos atos processuais.

A economia financeira e de tempo é outra característica marcante do processo de mediação, pois os litígios levados à discussão através deste instituto tendem a ser resolvido em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos na via tradicional, acarretando a diminuição dos custos, eis que, quanto mais se prolongar o processo, maiores são os gastos.

Ademais, analisando a economia de tempo sob o prisma dos denominados hipossuficientes (visto em capítulo anterior), observa-se que este fator acaba por viabilizar o acesso à justiça aos mesmos, diante dos baixos custos deste mecanismo. A parte que busca amparo ao direito que lhe foi lesado, via de regra, almeja uma solução rápida para o seu dilema, tendo-se a certeza de um procedimento oneroso, burocrático e lento, muitas vezes leva a parte a abdicar de seu direito a enfrentar tais problemas.

A flexibilidade de procedimentos permite que as partes possam debater os problemas que lhes envolvem objetivando encontrar a melhor solução para eles, o grau de formalidade é estabelecido pela situação e pelas partes envolvidas. Quando as pessoas que possuem convivência cotidiana, nas chamadas relações continuadas (vizinhança, família, emprego, etc.) entram em conflito/discordância por qualquer motivo, a discordância levada a debate em uma corte tradicional é uma, porém o real motivo do conflito pode ser outro.

Por exemplo, quando surge um litígio entre vizinhos, é mais importante/vantajoso para ambos restaurar as suas relações, solucionando-o efetivamente através da mediação, do que obter a satisfação de um prejuízo eventualmente sofrido em uma corte judicial. Outro exemplo seria nas relações entre membros de família, na qual a fixação de compensação financeira jamais será capaz de reconstruir as relações existentes previamente, isto somente seria possível com um amplo debate sobre o desentendimento, com a conseqüente restauração das relações entre os envolvidos.

A via judicial tradicional quando optada pelos litigantes, tende a distancia-los ainda mais, apresenta duas partes “brigando”, e ao final, um terceiro, totalmente alheio da relação, sentencia uma resposta prevista no ordenamento jurídico, sem levar em considerações aspectos que realmente importam, como a continuidade da relação.

A reaproximação das partes, na qual busca-se resolver as pendências entre as partes através do debate e do consenso, tendo por objetivo primordial a

restauração da relação ao seu *status quo ante bellum*. Não se pode considerar que o litígio resolveu a lide com a simples fixação de uma indenização, o objetivo primordial é reatar as relações entre elas.

A autonomia das decisões concede liberdade às partes para tomar decisões que melhor atendem suas expectativas, estas não necessitam de homologação por parte do poder judiciário. Neste ponto, critica-se a mediação pois, tamanha liberdade pode ocasionar uma decisão injusta ou imoral. Entende-se que o mediador deverá intervir, alertando para tal fato, pois, compete a ele alertar que a decisão não está cumprindo com o seu objetivo primordial, que é pacificar e reaproximar as partes conflitantes.

O equilíbrio das relações entre as partes é uma das grandes preocupações do instituto da mediação. É fundamental que a todas as partes seja concedida a oportunidade de manifestar-se e de serem realmente compreendidas, sendo a prioridade deste procedimento é restaurar a harmonia entre elas, conseqüentemente, pacificando o conflito.

4.2.3 O Perfil do Mediador

Definir o perfil que deve ter o mediador, ou suas características enquanto indivíduo e, também, enquanto profissional da mediação, é essencial para uma mediação bem sucedida. Para tanto, o mediador deve ter conhecimento da técnica e dos métodos a serem utilizados no processo de mediação, além de ter conhecimento e experiência nesta área de resolução de conflitos, neste sentido:

[...]

Daí decorre a importância de se adequar os processos de formação e seleção de mediadores na busca daqueles que tenham o perfil de mediador.

[...]

O melhor profissional tem a alma de um humanista, a mente estrategista e o coração de um negociador, oprimido pela fraude, somente para lhe dar justa a medida" (MUNIZ *apud* CASELLA, SOUZA, 2009, p. 110-111).

A autora tenta traçar o perfil adequado para o profissional, buscando as características necessárias para o bom desempenho da função, para então poder desempenhar suas funções nas mais diversas áreas possíveis, e que haja interesse pela mediação.

Para Muniz (*apud* CASELLA, SOUZA, 2009, p. 111), algumas características básicas devem ser vistas no profissional, dentre elas: “confiabilidade e imparcialidade, paciência e tenacidade, conhecimento e capacidade, habilidade de comunicação e flexibilidade”. A autora ainda salienta que, “estas são características difíceis de serem encontradas em conjunto, porém quanto mais traços a personalidade do mediador apresentar, tanto melhor seu desempenho, pois elas possibilitam que o mediador possa atuar de acordo com os princípios reguladores a todo terceiro interventor de um conflito”. Muniz (*apud* CASELLA, SOUZA, 2009, p. 111), discorre acerca das características do profissional:

A *impessoalidade* se manifesta na retidão, na justiça, no equilíbrio de julgamento, sem se deixar dominar pelas paixões, próprias ou dos envolvidos no processo; sem imparcialidade e neutralidade, não há *confiabilidade* que se faça perceptível na habilidade de transmitir às partes segurança em relação ao seu comportamento, ao seu talento e à sua discricção [...].

A *paciência* consiste na virtude de suportar os infortúnios, as idas e vindas e o passar do tempo, necessários para a consecução do acordo. [...] é preciso ter resignação para fazer com que os envolvidos cheguem a um acordo satisfatório, aliada à *tenacidade*, que proporciona ao mediador a coerência, pertinência e firmeza de propósito para chegar até a resolução da questão.

O *conhecimento* não exige erudição, mas que tenha relação, convívio, vivência com os métodos e técnicas necessários ao desenvolvimento da mediação, que seja versado, que saiba sobre seu conteúdo, assim como sobre o tema atinente ao objeto do litígio, mas além da teoria, que tenha a *capacidade*, destreza mental, agudeza de pensamento, a perspicácia, a inteligência para apreender e compreender o significado das questões apresentadas e para adaptar-se aos acontecimentos com facilidade, fazendo a transferência das técnicas ao conflito e à relação com os mediados.

A *habilidade de comunicação* diz respeito à capacidade de ouvir e de fazer fluir as ideias, o diálogo e a conversa entre as partes, propiciando o bom entendimento, permitindo manter a *flexibilidade*, exercendo assim uma verdadeira liderança, [...].

Embora não abordado por Muniz, outra característica relevante para o perfil do profissional é a sensibilidade. Esta característica aduz que o mediador experiente sabe reconhecer as verdadeiras causas do conflito, e sabe explorá-las. É neste sentido os comentários de Targa (2004, p. 158):

O mediador deve ter sensibilidade para verificar quais são os pontos das histórias narradas em que as preocupações são mútuas. E tais narrativas sempre aparecem pontos ou interesses comuns, que serão destacados pelo mediador e extremamente relevantes para o trabalho de mediação, porque nesses pontos as partes concordam e por meio deles pode-se iniciar a conversação e, num segundo momento, a construção do acordo. Por exemplo, em conflitos de família quando há existência de filhos, é costumeiro que os pais desejem que os mesmos estejam em boas

condições, protegidos, bem nutridos e em escolas adequadas. Tais pontos são primordiais e deverão ser explorados pelo mediador, e para eles chamando a atenção das partes em conflito. A construção de acordos que considerem pontos de interseção e premissas comuns aos litigantes fluirá mais tranquilamente.

Os doutrinadores que tratam deste tema dão maior importância para a imparcialidade, pois sem ela não há uma mediação justa. Neste sentido, transcreve-se os comentários de Morais (1999, p. 156), “[...] característica fundamental do mediador e talvez a mais importante delas: a *imparcialidade*. Tamanha a importância é dada a esta característica que este é também dado a denominação de terceiro neutro”. Morais (1999, p. 156-157 *apud* Friedman, 1993) discorre acerca da característica em apreço, “[...] a neutralidade que deve estar presente no processo da mediação é a neutralidade em um senso positivo a fim de evitar que uma decisão injusta seja tomada em benefício de uma das partes”.

Em interessante estudo feito por Willian E. Simkin e Nicholas A. Fidands, intitulado de “*Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*”, quando enumeram dezesseis características fundamentais do mediador:

- 1) a paciência de Jó;
- 2) a sinceridade e as características do bulldog de um irlandês;
- 3) a presença de espírito de um irlandês;
- 4) a resistência física de um maratonista;
- 5) a habilidade de um half-back de esquivar-se ao avançar o campo;
- 6) a astúcia de Machiavelle;
- 7) a habilidade de um bom psiquiatra de sondar a personalidade;
- 8) a característica de manter confidência de um mudo;
- 9) a pele de um rinoceronte;
- 10) a sabedoria de Salomão;
- 11) demonstrada integralidade e imparcialidade;
- 12) conhecimento básico e crença no processo de negociação;
- 13) firme crença no voluntarismo em contraste ao ditadorismo;
- 14) crença fundamental nos valores humanos e potencial, temperado pela habilidade, para avaliar fraquezas e firmezas pessoais;
- 15) docilidade tanto quanto vigor;
- 16) desenvolvido olfato para analisar o que é disponível em contraste com o que possa ser desejável suficiente capacidade para conduzir-se e ego pessoal, qualificado pela humildade (SIMKIN, FIDANDS, 1986, *apud* MORAIS, 1999, p. 154-155).

Os autores usam metáforas para elencar as características, causando maior impacto ao leitor.

Além destas características inerentes ao perfil do mediador, é necessário para o mediador obter bons resultados, ter conhecimento em matérias interdisciplinares da mediação, como por exemplo, técnicas de negociação e de

comunicação, e conhecimentos ainda que superficiais em matérias como psicologia, sociologia e noções sobre direito.

Os profissionais que apresentarem as características aqui estampadas e que, relevarem preocupação com relação à interdisciplinaridade na formação, abrangendo diversas áreas do conhecimento, utilizando as técnicas adequadas, certamente poderão promover a necessária resolução do conflito, promovendo a manutenção da relação das partes, colaborando para um sustentável desenvolvimento da mediação no Brasil.

4.2.4 A atuação do Mediador

O mediador, quando em atuação profissional, deve manter-se imparcial para conduzir as relações entre as partes envolvidas. Para Sales (2004, p. 47) as partes,

[...] é que decidirão todos os aspectos do problema, sem a intervenção do mediador, no sentido de introduzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução dos conflitos, mas não decide.

Com relação à imparcialidade, o autor defende ser característica essencial do mediador, traçando os seguintes comentários:

A imparcialidade consiste na posição do terceiro que o mediador deve seguir em relação às partes e aos interesses discutidos, sendo nota indispensável à configuração do papel do mediador. Percebe-se que, para a solução adequada de um conflito, sempre se faz necessária a imparcialidade, para que abusos e arbitrariedades sejam afastados. A imparcialidade descer ser inerente ao mediador. Isso porque é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim, novos vínculos entre elas, Não cabe ao mediador, decidir, pois só as partes tem o poder decisório. Para o mediador realizar essa tarefa ele deve ser imparcial. Caso contrário, poderá ir além de seu compromisso, interferindo na decisão, privilegiando a parte que lhe interessa. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento (SALES, 2004, p. 48)

O mediador deve, além de ser um profissional imparcial, visar à correta interpretação do problema, ou dos problemas trazidos pelas partes, para então desta forma melhor conduzir o processo da mediação. Conforme pontua Morais (1999, p. 152-153),

[...] A forma como age frequentemente – o mediador – é o elemento que decide pelo êxito ou não do processo. [...] Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito. [...] é encargo do mediador a manutenção do desenrolar processual, de forma justa e fiel aos princípios que regem seu trabalho e instituo.

O profissional bem preparado para exercer a função de mediador, que utiliza técnicas de manejos comportamentais previamente desenvolvidas a fim de estimular as partes a participarem do processo, traz como consequência decisões que realmente pacificam a discordância.

Também com relação aos pontos fundamentais a serem seguidos pelos mediadores, quando atuam profissionalmente, Morais (1999, p. 158) cita evento ocorrido nos Estados Unidos da América entre os anos 1992 e 1994, no qual foi montado um comitê formado pelas mais renomadas entidades representativas de ADR, como a AAA (*American Arbitration Association*), ABA (*American Bar Association*)(James Alfini e Nancy Rogers), e SPDR (*Society of Professionals in Dispute Resolution*), com intuito de elaborar um documento orientador para a conduta dos mediadores, este documento posteriormente foi chamado de “Modelo-Padrão de Condutas para Mediadores”. O desenvolvimento de um modelo padrão não significava a criação de uma estrutura rígida e sim, apenas uma linha mestra que pudesse ser seguida pelos mediadores nos diversos ramos de atuação, auxiliando-os como um guia para a sua atuação. Este modelo consta de nove pontos a serem observados pelos mediadores, e são os seguintes:

Autodeterminação: Um mediador deve reconhecer que a Mediação é baseada no princípio de autodeterminação pelos envolvidos. É fundamental para o resultado efetivo do processo que as partes possam alcançar um acordo voluntário, sem imposição ou coerção de qualquer espécie, e que a elas seja facultado abandonar o processo no momento que lhes convier.

Imparcialidade: Um mediador deve conduzir o processo de Mediação de maneira imparcial. É ponto fundamental para o êxito da mediação que o mediador mantenha-se equidistante. Somente poderá este mediar aquelas questões em que tenha certeza que manterá um posicionamento idôneo em relação a tal princípio. É obrigação do mediador abandonar o processo a qualquer momento, se notar que não é mais capaz de manter-se totalmente imparcial.

Conflitos de Interesse: Um Mediador deve esclarecer qualquer conflito de interesse que de alguma forma a ele envolva, sendo este materializado ou de possível ocorrência, e que seja por ele conhecido. Após a revelação, o mediador deve interromper o processo, a não ser que as partes decidam por mantê-lo.

[...] é vedado ao mediador estabelecer relações profissionais futuras com qualquer das partes, em questões relacionadas com a medida, ou em questões não relacionadas, mas em circunstâncias que desencadeariam dúvidas legítimas acerca da integralidade do processo de Mediação.

Competência: Um mediador somente poderá mediar quando possuir as qualificações necessárias para atender razoavelmente às expectativas das partes.

[...] para que esta satisfaça as partes e se obtenha efetividade nos resultados obtidos, certas qualificações, treinamentos e experiências em mediação são frequentemente necessários.

Confidencialidade: Um mediador deve atender às expectativas viáveis das partes no que se relaciona à confidencialidade. Tais expectativas são pendentes e relacionadas ao próprio processo de Mediação e aos acordos firmados.

[...] é vedado revelar qualquer informação que alguma das partes a ele solicite que seja mantido confidência. Somente revelará informações quando for requisitado para assim fazer por determinação legal ou por qualquer outra política pública.

Qualidade do Processo: Um mediador deve conduzir o processo de maneira justa, diligente e de maneira a concretizar o princípio da autodeterminação das partes. O mediador deve trabalhar q fim de garantir a qualidade do processo e de desenvolver o mútuo respeito entre os envolvidos. Um processo de boa qualidade depende do comprometimento do mediador em agir com diligência e justiça. Deve haver oportunidades adequadas para todos participarem das discussões. É competência das partes decidirem quanto e em que circunstâncias vão firmar um acordo ou encerrar o processo de Mediação.

Anúncios ou Solicitações: Anúncios e qualquer outra espécie de comunicações acerca dos serviços oferecidos pelo mediador ou acerca da sua educação, treinamento e experiência devem ser verdadeiros. Um mediador deve primar pela verdade não só no curso do processo como antes dele, ou seja, ao anunciar ou oferecer-se como mediador. Promessas ou garantias de resultado não podem ser feitas.

Custos: É também compromisso do mediador o esclarecimento antecipado e integral das bases de compensação, os custos e honorários entre as partes.

[...] o mediador que por qualquer motivo tiver que deixar o processo deverá restituir às partes qualquer valor que tenha recebido, mas que àquele momento ainda não era devido.

Obrigações para com o Processo de Mediação: [...] Compete estritamente a eles – os mediadores – desenvolver o espírito do consenso no seio da sociedade, contribuindo para educar as pessoas de forma a fazerem o melhor uso possível desse mecanismo ao seu caso concreto, além de trabalhar para propiciar que a mediação seja acessível para todos aqueles que desejam utilizá-la, corrigir abusos e desenvolver suas habilidades e perícias profissionais (MORAIS, 1999,p. 159-161).

Como se pode observar, este modelo desenvolvido nos Estado Unidos da América, além de buscar a uniformização dos procedimentos relativos à mediação e a atuação do mediador, visam difundir a mediação como um meio seguro, transparente e eficiente na solução dos conflitos, conseguindo assim gerar na sociedade maior confiança acerca deste instituto.

A adoção de um modelo padrão de condutas para os mediadores, deve servir de parâmetro, para os agentes realizarem a negociação, é um modelo geral,

não dispõe de assuntos específicos. O mediador deve sempre seguir estes padrões, não deixando de lado suas habilidades.

De fato, a atuação do mediador quando pautada em princípios e regramentos, conforme demonstrado, pode ajudar a expandir a mediação junto à sociedade, que ciente das inúmeras vantagens proporcionadas por este método de resolução de conflitos, poderá iniciar um movimento de migração do modelo de jurisdição tradicional estatal para a mediação.

4.2.5 A Ética do Mediador

A ética está relacionada com a questão comportamental e procedimental, no sentido que busca-se um padrão ético de conduta, devendo ser observado pelo mediador consigo mesmo, com as partes e com o procedimento.

Faz-se necessário antes de mais nada, fazer uma breve análise da palavra “ética” e de como vem sendo aplicada no mundo contemporâneo. A palavra “ética” vem do grego ‘*ethos*’, que significa, caráter, conduta, forma de agir, estando ligada à consciência individual, busca distinguir o bem e o mal, orientando sempre as ações humanas para o lado positivo.

No âmbito da mediação, Muniz (*apud* CASELLA, SOUZA, 2009, p. 106) assevera que se faz “necessária a formulação de padrões de comportamento práticos e éticos, essenciais para modelar e estruturar essa área da administração de conflitos e, para estabelecer um parâmetro, uma fundação para a atividade profissional da mediação”.

Corroborando com a ideia de Muniz, Morais (1999, p. 153) afirma que, “[...] é encargo do mediador a manutenção do desenrolar processual, de forma justa e fiel aos princípios que regem o seu trabalho e o instituto”. Ainda, em eminente demonstração de ética do mediador frente aos mediados, Frieman (1993, *apud* MORAIS, 1999, p. 157) exemplifica uma situação em que segundo ele, o mediador não deve permanecer neutro, rompendo com uma de suas premissas, que é a imparcialidade, na hipótese em que “[...] as partes chegarem a um acordo tão injusto a ponto de fazê-lo não escrever tal acordo, ou então na circunstância de as partes decidirem algo que as Cortes não apreciariam”.

Ademais, cabe ao mediador conduzir de forma correta a mediação, também a ele atribui-se a responsabilidade pela eticidade do procedimento, visto de outra

forma, o profissional deve aplicar na mediação que conduz, os parâmetros do que é considerado ético. Neste contexto, Calmon cita como exemplo o MAMP (*Massachusetts Association of Mediation Programs*), que estabelece o compromisso ético do mediador bem como, observa as suas responsabilidades na condução do processo de mediação, que são:

[...] favorecer o intercâmbio de informações, prover de nova informação; ajudar a cada parte a entender a visão da contraparte; mostrar a ambas que suas preocupações são compreendidas; promover um nível produtivo de expressão emocional; manejar as diferenças de percepção e interesses entre os negociadores e outros, inclusive advogado e cliente; ajudar aos negociadores a avaliar alternativas realistas para possibilitar o acordo; gerar flexibilidade; mudar o foco do passado para o futuro; estimular a criatividade da partes, ao induzi-las a seguir propostas de acordo; aprender a identificar os interesses particulares que cada uma das partes prefere não comunicar à outra; prover soluções que satisfaçam os interesses fundamentais de todas as partes (CALMON, 2007, p. 123).

O mediador deve ser ético em sua postura, devendo observar com extrema atenção os princípios da ética e da moralidade que regem o procedimento no qual está inserido. O Código de ética constitui instrumento de grande valia, pois estimula o comprometimento e a lealdade de todos os envolvidos no procedimento. Observa Muniz (*apud* CASELLA, SOUZA, 2009, p. 107)

Para que um Código de ética seja um instrumento de realização da filosofia da atividade, de sua visão, missão e valores, deve ser concebido pela própria classe e expressar a sua cultura e finalidade, orientar as ações de seus participantes e colaboradores e explicar a postura do mediador em face dos diferentes litígios com os quais interage. É essencial que haja consistência e coerência entre o que nele está disposto e o que se vive na atividade de mediação. Se o código de conduta de fato cumprir o seu papel, sem dúvida significará um diferencial que trará o aperfeiçoamento do instituto e sua maior credibilidade traduzida no incremento da utilização.

Pertinente os comentários de Muniz, pois, para que a mediação seja efetivamente recepcionada no Brasil, é necessário que a sua potencial clientela perceba que suas bases são sólidas e confiáveis. Um padrão de conduta ética é o mínimo que se pode esperar do profissional da mediação, para que se possibilite o desenvolvimento sustentável da mediação no Brasil. O Código de Ética por sua vez, materializa esta ideia, normatizando e padronizando condutas, passando uma imagem segura do instituto.

5 CONCLUSÃO

Uma sociedade que tem a sua disposição mecanismos eficientes para a resolução de conflitos tende a ser uma sociedade mais pacífica e satisfeita, pois traz consigo sentimentos de harmonia e segurança, sentimentos estes que são necessários ao saudável desenvolvimento das relações sociais e econômicas.

De fato, a sociedade não está satisfeita com o modelo tradicional de resolução de conflitos, este modelo não propicia um tratamento adequado dos conflitos, nele, um terceiro imparcial, baseado nos fatos e provas apresentados pelos litigantes, deve dizer quem ganha e quem perde, e tudo faz para derrotar a outra, não há qualquer intenção em construir uma decisão que solucione efetivamente o conflito.

O instituto da mediação, abordado neste trabalho, é uma forma alternativa ao modelo tradicional, tendo por sua essência a valoração da construção de uma decisão entre as partes conflitantes, com ajuda de um terceiro, denominado mediador, cheguem juntas a um consenso, e de forma mais harmônica possível, resolva o conflito existente entre elas, de modo que não haja um vencedor e um perdedor, mas sim, um resultado que satisfaça a ambos e que possibilite a continuidade da relação existente anteriormente.

Assim sendo, buscou-se no presente trabalho conhecer mais detalhadamente o instituto da mediação, dando especial ênfase para a atuação do mediador, que é responsável pela correta e boa fruição da mediação, analisando também a origem das sociedades e do direito, os métodos primitivos e estatais de resolução do conflito, de modo a contextualizar o instituto da mediação e seu surgimento na sociedade atual.

No Brasil, diferentemente de outros países que há muito tempo vem estudando e desenvolvendo técnicas de mediação, há pouco tempo passou a dar maior importância para este instituto, que reúne várias qualidades que muitas vezes são procuradas no sistema tradicional, como por exemplo, sigilo, celeridade, baixo custo, alto grau de satisfação, fácil acesso e imparcialidade.

Quanto ao perfil do mediador, de um modo geral, além de ser uma pessoa íntegra e de boa índole, deve possuir formação adequada e apresentar características um tanto particulares no que se refere a sua facilidade de comunicação e de relacionamento social. Os mediadores seguem um regimento

ético, ao qual devem estrito respeito, sob pena de serem penalizados e até, em caso de falta grave, serem excluídos do rol de registro de sua categoria profissional. A postura do mediador frente às partes é que permitira o desenvolvimento sustentável da mediação, e de outros meios consensuais de resolução de conflitos, no Brasil.

Ademias, o aprimoramento e a padronização deste instrumento de resolução de conflitos é um grande desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário e pelos profissionais do foro. Deve-se ter em mente que o propósito deste instituto é aumentar o leque de opções para solucionar os conflitos apresentados pelos jurisdicionados, e não ser um instituto milagroso para corrigir as mazelas do Poder Judiciário. Tendo isso em mente, a mediação certamente poderá auxiliar profundamente os jurisdicionados que buscam uma solução para seus conflitos.

REFERÊNCIAS

- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Hermes Editora e Informação Ltda, 1989.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de Conflitos: Novo Paradigma de Acesso à Justiça*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004.