

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

KARYNA BATISTA SPOSATO

SERGIO PEREIRA BRAGA

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçuba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: João Paulo Kulczynski Forster; Karyna Batista Sposato; Sergio Pereira Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-578-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Com enorme satisfação apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador /BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito com o tema “DIREITO, CIDADE SUSTENTÁVEL E DIVERSIDADE CULTURAL” realizado entre os dias 13 a 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito da UFBA em Salvador.

A presente publicação reúne o conjunto de artigos apresentados e discutidos no referido Grupo de Trabalho, abordando temas diversos e atuais atinentes ao “Acesso à Justiça”. Para fins de apresentação e discussão dos trabalhos, foi proposta pelos coordenadores do GT, uma sub-divisão temática que correspondeu a artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, nos seguintes enfoques: Mediação e mecanismos alternativos de resolução de conflitos; Acesso à Justiça de Grupos vulneráveis e minoritários; Questões ambientais e outros trabalhos diversos.

A mesma subdivisão foi adotada para a presente coletânea, oportunizando uma leitura crítica e contextualizada dos trabalhos, e mais que isso, a identificação de linhas comuns de pesquisa e investigação por parte dos pesquisadores e programas de pós-graduação em Direito que se fizeram presentes.

Assim, em matéria de Mediação e Mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o trabalho intitulado “A Arbitragem e o precedente arbitral e judicial – uma análise comparativa entre Brasil e EUA” inaugura a temática trazendo ponderações acerca da presença das soluções alternativas de conflito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e da arbitragem como mecanismo capaz de escapar da lógica dos precedentes. Já o trabalho “A (in)efetividade do direito fundamental de acesso à justiça ao excesso de judicialização: a mediação como instrumento garantidor de acesso a direitos” problematizou a cultura do litígio presente na realidade brasileira e as dificuldades de realização da mediação extrajudicial por todos os cartórios, assim como as dificuldades de diferenciação entre conciliação e mediação, a partir de uma pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro. Outro trabalho, “Resolução de conflitos: do jeito à solução” também abordou a dimensão distorcida do constitucionalismo brasileiro tendente a uma cultura jurídica demandista e burocratizada que inibe a real solução dos conflitos e o acesso à Justiça.

De igual dimensão crítica, e adotando a perspectiva comparada, o trabalho “A mediação no contencioso administrativo espanhol” apontou o Estado como principal litigante e o hiato entre a previsão normativa e a prática das instituições, levando à descrença por parte da cidadania, sugerindo por fim, a via da mediação administrativa como importante via de promoção do acesso à justiça. Ainda no que concerne às dificuldades de acesso ao Sistema de justiça, o trabalho intitulado “Reforma do Sistema de Justiça numa perspectiva de direitos humanos: proposições a partir de estudo de casos” demonstra, utilizando-se de estudo empírico, que em se tratando de casos de direitos humanos, muitas vezes o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam atuações pessoalizadas ou indiferentes.

O trabalho “Acesso à Justiça por meio da atermção nos juizados especiais cíveis estaduais”, encerrou o primeiro bloco, indicando aspectos relativos ao funcionamento dos juizados especiais cíveis e a capacitação dos técnicos envolvidos na caracterização dos conflitos.

O segundo conjunto de trabalhos, versando sobre grupos vulneráveis e/ou minoritários foi iniciado pelo trabalho “Dificuldades enfrentadas pelo índios Xoleng Laklãnõ para o acesso à justiça na Comarca de Ibirama.” O estudo se baseou em dados coletados na comarca mencionada, examinando desde a dificuldade geográfica de acesso até questões de ordem técnica, como o acesso a advogados. Seguiu-se o trabalho intitulado “Direito de acesso à justiça dos refugiados: um estudo sob a perspectiva da nova lei migratória” ao abordar o problema de migrantes indocumentados e sem acesso à justiça, tema de enorme atualidade. Em seguida, o trabalho “A crise do Estado quase-moderno e desafios na efetivação do acesso à justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade” evidenciou a vulnerabilidade dos réus, instalada por dentro do próprio processo penal.

Na seqüência, o trabalho “O acesso à justiça e adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos – exame do Habeas Corpus coletivo nº143.641/SP”, tendo como premissa a adaptabilidade procedimental de um novo modelo de processo civil constitucionalizado, colocou em relevo a utilização de remédio constitucional como instrumento de salvaguarda da liberdade e portanto apto a realizar o direito material em detrimento de formalismos processuais em benefício de mulheres encarceradas grávidas ou lactantes.

O trabalho “Da crise de representação à crise de jurisdição e seus reflexos ao acesso à justiça” discutiu os limites do presidencialismo de coalisção e seu impacto na jurisdição e na efetivação do acesso à justiça. Outro trabalho, intitulado “Da Sesmaria ao entrave burocrático à concessão da propriedade plena”, utilizando-se de pesquisa empírica etnográfica aplicada ao Direito apontou criticamente os problemas existentes no registro imobiliário decorrentes e

sua interferência no reconhecimento do direito à propriedade. Encerrou o segundo bloco o trabalho intitulado “Cooperador da atividade judicial: os negócios jurídicos processuais”, examinando a possibilidade de realização da ‘contratualização’ do processo e quais seriam seus limites.

O terceiro subgrupo, relacionado aos temas ambientais, esteve representado por dois trabalhos. O primeiro, “Acesso à justiça pela via do processo coletivo ambiental: uma abordagem acerca do (des)compasso entre a estrutura normativa brasileira e o ideal democrático participativo” abordou a necessidade e importância de audiências públicas no âmbito das ações ambientais. E o segundo trabalho, “Acesso à justiça, ação civil pública e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: defesa do meio ambiente a partir da lei nº 11.448/2007” procurou discutir os resultados em matéria ambiental da lei que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados da Ação civil, a partir de um projeto de pesquisa de doutorado.

O último trabalho, intitulado “Acesso à justiça e o direito humano à internet: convergências e possibilidades numa sociedade em rede” abordou tema inovador em torno da Emenda ao artigo 6º da CF/88 e a percepção do direito à internet como um direito humano.

Como se observa, os textos ora reunidos traduzem a riqueza das discussões oportunizadas pelo Encontro e oferecem um panorama de temas atuais sobre o Acesso à justiça e sua efetivação para todos os pesquisadores que desse tema se ocupam.

Agradecemos a todos que contribuíram para este resultado, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Desejamos uma prazerosa leitura!

Salvador, junho de 2018.

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. João Paulo Kulczynski Forster – UniRitter

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga – UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DA (IN) EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA
AO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO
GARANTIDOR DE ACESSO A DIREITOS**

**FROM THE (IN) EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS
TO JUSTICE TO THE EXCESS OF JUDICIALIZATION: MEDIATION AS AN
INSTRUMENT THAT GUARANTEES THE ACCESS TO RIGHTS**

Vanele Rocha Falcao Cesar ¹

Resumo

Este trabalho problematiza a categoria efetividade do direito de acesso à Justiça num cenário de inflacionamento do Poder Judiciário provocado por uma sociedade em que costumeiramente tem sido cultivada a disputa e o fomento de litígios para resolução de conflitos de interesses. A pesquisa se volta para a possibilidade de garantia do efetivo direito de acesso a direitos, sem negar a judicialização ou estabelecer qualquer retrocesso ao Direito Constitucional, com a análise do instituto da mediação como meio alternativo de solução de controvérsias.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Efetividade constitucional, Excesso de judicialização, Meios alternativos, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper debates the effectiveness of the right to the access to justice in a context of the inflation of the Judiciary as institution caused by a contentious society. The study addresses the possibility of ensuring the effective access to rights, without denying the Constitutional right to judicialization. Therefore, the mediation is analysed as an alternative mean of solution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Constitutional effectiveness, Excess of judicialization, Alternative means, Mediation

¹ Doutoranda do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Mestre em Direito pela UERJ (2010). Tabela de Notas.

Introdução

O presente trabalho objetiva problematizar a categoria efetividade do direito de acesso à Justiça num cenário de inflacionamento do Poder Judiciário provocado por uma sociedade em que costumeiramente tem sido cultivada a disputa e o fomento de litígios para resolução de conflitos de interesses. Os estudiosos apontam a existência de uma crise de judicialização em que se observa que conflitos e/ou insatisfações estão submetidos aos tribunais sem qualquer tentativa prévia de solução entre os envolvidos.

Não se pretende com o presente trabalho subtrair o acesso à justiça ou mesmo mitigar o exercício dos direitos e liberdades tão durante alcançados. Ao reverso, objetiva-se disseminar a cultura da não violência e da pacificação social na resolução das controvérsias, através de métodos consensuais.

A Constituição brasileira conquistou, nos últimos tempos, força normativa e efetividade, sendo perceptível a todos, inclusive às chamadas “minorias” o fato de que normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político para desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.

Os direitos constitucionais em geral e, mais especificamente os direitos sociais, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno com a possibilidade de entrega da tutela judicial específica, como ocorre de forma mais palpável no caso do fornecimento de medicamentos.

A pesquisa se volta, portanto, para a análise da possibilidade de garantia do efetivo acesso aos direitos individuais e coletivos, a partir da ótica da justiça pacífica e colaborativa, em que as próprias partes, por intermédio de um terceiro facilitador, trabalhem o conflito, podendo chegar a um acordo, geralmente uma transação, em que cada parte cede e ganha algo em relação ao conflito, nada impedindo o reconhecimento do direito do outro ou renúncia ao seu próprio direito.

Objetiva-se com a adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos uma aproximação do sistema de justiça daqueles que não seriam alcançados pelo sistema tradicional de resolução de conflitos, o que parece ser o objetivo do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), juntamente à edição da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

1. A dogmática da efetividade constitucional

A partir da Constituição de 1988 iniciou-se um movimento dogmático para emprestar

força normativa às normas constitucionais, a fim de tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Assim, ao criar direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – a Constituição o faz, em regra, direta e imediatamente exigíveis, seja em face do Poder Público ou do particular, por meio do direito constitucional de ação, atribuindo ao Poder Judiciário papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

Como salienta Cláudio Pereira de Souza Neto, in *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho* (2016, p. 198):

[...] Se o Direito Constitucional positivo estabelece um projeto social adequado, não haveria mais sentido em debater acerca da realidade que o condiciona ou de sua justificação racional. A grande missão seria efetivar a Constituição, razão pela qual os enfoques filosóficos ou político-sociológicos não teriam muito a contribuir. O que se propunha era conceber a Constituição como “verdadeiro Direito”, integrado por normas aptas a produzirem efeitos; a comandarem o comportamento dos órgãos estatais, entes privados e indivíduos. O que se desejava era uma “Constituição para valer”, o que dependeria, em grande medida, da sua proteção judicial.

A doutrina da efetividade, portanto, utilizou-se de um método positivista ao conceber o direito constitucional como norma e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de direitos, ao fundamento de que se está na Constituição é para ser cumprido.

Neste particular, destaca Luís Roberto Barroso (2005, p.76) que:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

Atualmente, no entanto, como salienta Cláudio Neto (2016, p. 199), “há uma tendência à superação dos pressupostos positivistas que informaram o constitucionalismo da efetividade, ressurgindo de maneira intensa os debates sobre a fundamentação filosófica dos preceitos constitucionais”.

2. Da falta de efetividade à judicialização excessiva¹

Ao analisar a jurisprudência sobre o direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos, Luís Roberto Barroso salienta (2018, p. 3) que este é um caso emblemático envolvendo a questão da efetividade constitucional, já que “a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde”.

Contudo, pondera o constitucionalista que, a proliferação de decisões judiciais que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis e/ou medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas, “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos” (BARROSO, 2018, p. 3).

Barroso (2018, p. 4) aponta a hipótese, ainda, como sendo típica do excesso de judicialização das decisões políticas que pode levar à não realização prática da Constituição Federal, pelo que assevera que:

[...] O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos”.

Sem entrar no mérito do casuísmo, em virtude da jurisprudência que se consolidou após a publicação do estudo citado alhures, verifica-se que o excesso de judicialização está intimamente relacionado ao processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, visto que nos processos judiciais em qualquer área, a Constituição é invocada pelas partes e, posteriormente usada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão.

A Constituição é invocada desde as causas de alta complexidade às demandas ajuizadas perante os juizados especiais. A Constituição está presente no cotidiano das pessoas, como nunca antes esteve no Brasil, fenômeno observado não só nos tribunais como nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos

¹ Expressão cunhada por Luís Roberto Barroso in “DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL”. Disponível em <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa-%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf>. Acesso em 01/03/2018.

tecnocratas, tornando-se ubíqua a Constituição, como bem observado por Daniel Sarmento (2006, p. 1).

3. O constitucionalismo e o fenômeno da ubiquidade constitucional

A presença marcante de uma Constituição num país acostumado com um constitucionalismo de fachada, em que as constituições têm sido historicamente pouco mais do que meros “pedaços de papel”, no sentido de Lassale (1985), é sem dúvida, “uma grande vitória a ser celebrada”, no dizer de Daniel Sarmento (2006, p. 2). Contudo, segundo o doutrinador, essa “não é uma vitória sem custos”, já que a constitucionalização do direito suscita também uma série de problemas, dentre os quais destaca os dois mais importantes:

[...] O primeiro: constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias. Por isso, se tudo estiver constitucionalizado, então o povo, pelos seus representantes, não poderá mais decidir coisa alguma. Só emendando a Constituição, e mesmo assim, num país como o Brasil, em que abundam os limites materiais ao poder de reforma, apenas se a mudança não atingir alguma “cláusula pétrea”. Em outras palavras, constitucionalização do Direito em excesso pode ser anti-democrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva.

E o segundo problema: a constitucionalização do Direito pode provocar uma certa anarquia metodológica. Esta não é uma consequência necessária do fenômeno, mas ela tem ocorrido no Brasil. Como a base da constitucionalização – pelo menos a da sua faceta mais virtuosa, identificada com a filtragem constitucional do Direito - é composta por normas vagas e abstratas, a irradiação destas normas pelo ordenamento, quando realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, pode comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito. (SARMENTO, 2006, p. 2-3)

A “filtragem constitucional”, defendida entre nós por Paulo Ricardo Schier (1999, p. 104) denota ideia de que um processo em que toda ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.

Segundo essa doutrina, a ideia de “filtragem constitucional” tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo (SCHIER, 2005, p. 146).

A aplicação da teoria da filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, concebendo-a como sistema aberto de regras e princípios, em diálogo com as realidades social, política e econômica.

A abertura do sistema, com a distinção funcional entre regras e princípios e destas em relação à norma, impõe a compreensão da Constituição enquanto reserva de justiça, a fim de considerar-se a possibilidade da potencial inconstitucionalidade das leis injustas e o consequente manejo do mecanismo do controle de constitucionalidade das leis para dimensões como da justiça material e realidade social.

Daniel Sarmento defende (2006, p. 3), contudo, que falta no Brasil, problematizar a questão, mostrando também o outro lado da moeda: os perigos que uma “panconstitucionalização” do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada, pode encerrar, mediante o decisionismo judicial em que a substituição das regras pelos princípios em prejuízo à democracia, atenta contra a segurança jurídica, tornando o Direito menos previsível.

Ao ressaltar que não está defendendo a renúncia à aplicação dos princípios, destaca dois pontos que reputa como sendo muito importantes e, se “levados a sério” podem minimizar certos vícios em que o pós-positivismo e a filtragem constitucional andam resvalando no país (SARMENTO, 2006, p. 35).

O primeiro ponto consiste na valorização da argumentação jurídica e da racionalidade, com a ampliação da ideia de racionalidade, para incluir o que Recásens Siches (2008) chamava de “lógica do razoável”, de modo a possibilitar racionalmente qual a resposta mais adequada e justa para qualquer questão jurídica, por mais complexa que seja.

O segundo ponto refere-se à valorização e respeito também das regras jurídicas, visto que não só salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica, tomando como exemplo o caos que seria se, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, o prazo adequado para apresentação da contestação ou se permitisse aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade.

Outros pontos voltados para o aperfeiçoamento da prática da filtragem constitucional no Brasil, a fim de torná-la mais segura e menos dependente das cosmovisões e humores de cada aplicador do Direito seriam a estruturação de standards abstratos para as ponderações de interesse, para balizar as ponderações feitas nos casos concretos (e.g. peso maior para a

liberdade de expressão do que para o direito à honra e a reputação quando tratar-se de autoridade pública), fortalecimento de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, mesmo quando desprovidos de força vinculante etc.

Com abono na tese defendida por Daniel Sarmiento, concluímos esse tópico no sentido da possibilidade de se “postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial” (SARMENTO, 2006, p. 38).

4. A constitucionalização do Direito e a inflação do Poder Judiciário

Outra consequência do fenômeno da ubiquidade e do alargamento do acesso à justiça, sem a correlata conscientização da sociedade é a provocação desnecessária e muitas vezes temerária do Poder Judiciário, às vezes até com intuito meramente lucrativo, gerando o inflacionamento dos tribunais, com impossibilidade de tornar efetivo o direito à duração razoável do processo.

É fato notório que o desequilíbrio entre o quantitativo das demandas judiciais e o material humano existente (magistrados, servidores, quiçá outros auxiliares do Poder Judiciário), compromete o verdadeiro acesso à justiça, sendo o “desafogo” do Poder Judiciário apontado pelo legislador como o principal fundamento para a busca de alternativas para resolução das controvérsias fora dos métodos tradicionais de soluções de conflitos.

A atual legislação brasileira caminha nesse sentido, ao estimular a autocomposição por meio de mecanismos que privilegiam a pacificação social como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

5. Meios Alternativos de Solução de Conflitos

Amplamente difundidos em outros países, os institutos da arbitragem, conciliação e da mediação, são conhecidos no Brasil como MASC – Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Nos Estados Unidos, são chamados de mecanismos de ADR– Alternative Dispute Resolution, ao passo que na Argentina, foram batizados de RAC – Resolución Alternativa de Conflictos.

Apesar de interessar-nos apenas a análise mais detalhada da mediação, necessário se faz delinear, todavia, os contornos de cada um dos institutos citados, visando o melhor entendimento da matéria.

A arbitragem é o processo em que as partes em conflito atribuem poderes a outra pessoa, ou pessoas, para decidirem por elas o objeto do conflito existente, desde que imparciais e, geralmente, especialistas na matéria em disputa.

Na conciliação, as partes utilizam-se do auxílio de um terceiro conciliador de forma imparcial na condução de uma solução ao conflito, oferecendo soluções quando as partes não conseguirem um consenso.

A mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. O escopo da mediação é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.

A diferença básica entre a conciliação e a mediação é a intervenção do conciliador na proposição da solução, o que inexistente na mediação, onde as partes são responsáveis na determinação das soluções.

Na arbitragem, por sua vez, as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa para decidir por elas o litígio.

6. A mediação e sua positivação no direito brasileiro

Apesar de ser uma prática largamente utilizada em outros países, como Portugal, Argentina, Canadá e Estados Unidos, no Brasil a mediação somente passou a positivada recentemente, por meio do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

A mediação judicial foi disciplinada inicialmente pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual instituiu e uniformizou a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos, ainda que somente na esfera administrativa.

Após a promulgação do Código de Processo Civil em vigor, foi promulgada a Lei nº 13.140/2015, mais conhecida como “Lei de Mediação”, que cuida não apenas da mediação judicial, mas também da mediação extrajudicial, a ser realizada perante os Tabelionatos de Notas².

² O Conselho Nacional de Justiça editou recentemente o Provimento nº 67, de 26 de março de 2018, o qual dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.

6.1. A Resolução CNJ nº 125/2010

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que criou a Política Judiciária de Tratamento de Conflitos, traz entre seus “considerandos” o reconhecimento de que o direito de acesso à Justiça, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa³.

No mesmo diapasão, afirma que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, com a constatação de que a implementação dos mesmos têm reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

O parágrafo único do art. 1º, da Resolução CNJ nº 125/2010⁴, preconiza que aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Em virtude da publicação do Novo Código de Processo Civil e da Lei 13.140/2015, a Resolução foi recentemente alterada, por meio da Emenda 2, de 08.03.16, para criar o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, com o objetivo de apoiar os tribunais que não tenham desenvolvido o cadastro estadual. A proposta consiste na possibilidade de as partes (com seus advogados) escolherem mediadores com base no histórico de casos do mediador, bem como no seu patamar de remuneração.

O serviço prestado pelos mediadores e conciliadores será avaliado pelos usuários e estará disponível para consulta pública. Na avaliação de Emmanoel Campelo, então conselheiro e coordenador do Comitê Gestor da Conciliação no CNJ, a medida servirá como estímulo para que o trabalho dos mediadores e conciliadores seja cada vez melhor e, conseqüentemente, melhor avaliado⁵.

A partir dessas avaliações deverá ser criado um parâmetro de remuneração dos mediadores, nos termos do artigo 169 do novo Código de Processo Civil (CPC). Para efeito de estatística, deverá ser disponibilizada aos cidadãos que buscarem a autocomposição a

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf> Acesso em 01/03/2018.

⁴ Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16.

⁵ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81753-cnj-atualiza-resolucao-125-e-cria-cadastro-de-mediadores-e-mediacao-digital>> Acesso em 19/06/2016.

opção de avaliar câmaras e mediadores, segundo parâmetros estabelecidos pelo Comitê Gestor da Conciliação.

A Emenda determinou, ainda, que todas as comarcas precisarão ser atendidas por algum Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC) - criado no texto original da Resolução CNJ n. 125/2010 e adotados pelo novo CPC – seja ele na própria unidade, regional (que atende a mais de uma comarca) ou itinerante.

Foi criado também o sistema de Plataforma on-line, com o Sistema de Mediação Digital para resolução pré-processual de conflitos e, havendo interesse de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação consensual em demandas judiciais em curso. O principal foco da ferramenta serão os conflitos na área de seguros, consumo e os processos de execução fiscais.

O outro ponto estabelecido no artigo 18, da Emenda 2 foi no sentido de que o CNJ editaria resolução específica dispondo sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse da Justiça do Trabalho. Contudo, tal previsão foi concretizada pela edição da Resolução CSJT nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Saliente-se, ademais, que a atualização da Resolução CNJ n. 125/2010 primou pela valorização dos Fóruns de Coordenadores de Núcleos de Conciliação, os quais passaram a poder firmar enunciados, que terão aplicabilidade restrita ao respectivo segmento da Justiça, se aprovados pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania.

Diante da importância da matéria, o Conselho Nacional de Justiça criou um manual de mediação judicial que reúne, em 376 páginas, a teoria autocompositiva relativa à mediação que vem sendo utilizada por mediadores judiciais e conciliadores em diversos projetos existentes no Brasil, informações sobre o processo de resolução apropriado de conflitos dentro do processo judicial, um panorama das diferenças entre os processos da conciliação, mediação, negociação e arbitragem, explicações pedagógicas ligadas à Teoria do Conflito, assim como exemplos de métodos para o tratamento de diferentes problemas levados ao Judiciário.

6.2. A mediação e o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015): aspectos relevantes

O atual Código de Processo Civil, preenchendo lacuna do Código de Processo de 1973, prestigia a utilização da mediação, afirmando no capítulo das normas fundamentais do processo civil que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos

conflitos, bem como que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC).

Com esta vocação, o legislador inseriu dentre os poderes/deveres e responsabilidade do juiz o de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V, CPC).

O mediador, assim como o conciliador é havido como auxiliar da Justiça e atuará, preferencialmente, nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito para, através do restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos, nos termos dos arts. 149 e 165, § 3º, do CPC.

Os mediadores e as câmaras privadas de mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional, na forma do art. 167, caput, CPC.

O mediador deverá possuir capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça e, uma vez obtido o certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal (art. 167, § 1º, CPC).

Após o registro cadastral, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome integre uma lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. No credenciamento constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes, conforme art. 167, § 2º, 3º e 4º, CPC.

Os mediadores judiciais cadastrados estão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções, assim como, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, por força da vedação contida nos arts. 167, § 5º e 172, ambos do CPC.

Sujeita-se o mediador às regras de impedimento ou suspeição e será excluído do cadastro de mediadores aquele que agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da

mediação sob sua responsabilidade, assim como atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito (art. 173, CPC). No caso de impedimento, o mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição. Se já iniciado o procedimento, a mediação será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo mediador.

O mediador pode ser livremente escolhido pelas partes, de comum acordo, o mesmo ocorrendo em relação à câmara privada de mediação, destacando-se que o mediador eleito pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. Inexistindo consenso na escolha, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação, podendo ser designado mais de um mediador, se as circunstâncias do caso recomendarem (art. 168, CPC).

O mediador será remunerado, conforme tabela fixada pelo tribunal, a partir de parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, ressalvadas as hipóteses de admissão mediante concurso público, gratuidade de Justiça e realização de trabalho voluntário, conforme previsão contida no art. 169 do CPC.

A novel legislação processual civil expressamente consagra no art. 166, *caput*, como princípios reitores da mediação os da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes, sendo vedada ao mediador a divulgação acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação e de prestar depoimento sobre os mesmos, o mesmo se aplicando aos membros de suas equipes, como se observa da leitura do art. 166, §§ 1º e 2º, do CPC.

A mediação será regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive com a possibilidade de definição das regras procedimentais, admitindo-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição (art. 166, §§ 3º e 4º, do CPC).

Preenchendo a petição inicial os requisitos legais e não sendo caso de improcedência liminar do pedido, será designada pelo juiz nas ações de procedimento ordinário, audiência de conciliação ou de mediação, onde houver conciliador ou mediador, podendo haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a dois meses da primeira,

desde que necessárias à composição das partes, como bem ressalva o art. 334, do CPC. Sendo obtida a autocomposição, esta será reduzida a termo pelo conciliador ou mediador e homologada por sentença, na forma do disposto no art. 334, § 11, CPC.

Feito o panorama geral trazido pelo atual Código de Processo Civil, destaque-se que a mediação pode ser estendida aos entes de direito público, nos termos do art. 174, o qual reza que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Por fim, saliente-se que o tribunal local poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 167, § 6º, do CPC.

6.3. Lei de Mediação – Lei 13.140, de 26 de junho de 2015

A mediação é método consensual de solução de conflitos pelo qual um terceiro facilitador – mediador – facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas.

A mediação é um processo cooperativo em que as próprias partes chegam às suas conclusões, por meio de técnicas próprias utilizadas pelo facilitador que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes, sem qualquer sugestão de solução do litígio por parte do mediador.

A Lei de Mediação, no parágrafo primeiro, de seu art. 1º fornece o conceito de mediação como sendo a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Assentada a distinção entre conciliação e mediação, cabe-nos examinar o regramento trazido pela Lei 13.140/2015, mais conhecida como Lei de Mediação, como já destacamos alhures.

As alterações promovidas no âmbito do processo civil brasileiro e a edição da lei especial de mediação inauguram o reconhecimento expresso no direito positivo de uma nova

cultura de solução de conflitos sociais que prestigia a autocomposição.

Desloca-se a solução de conflitos até então, centrada quase que com exclusividade na justiça estatal para um sistema alternativo de resolução de controvérsias, com o resgate da autonomia e da responsabilidade dos indivíduos na solução dos seus conflitos.

O art. 2º, da Lei elenca os princípios que regem a mediação, quais sejam: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, apresentando algumas discrepâncias com o art. 166 do CPC que arrola os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, apesar das legislações terem sido editadas em lapsos temporais muito próximos.

O § 2º, do art. 2º, estabelece, por sua vez, que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, diversamente da redação do PL 7.169/14, o qual espancava quaisquer dúvidas acerca da facultatividade da mediação, já que o § 1º do art. 2º dispunha que “ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação”.

A jurisprudência e a doutrina sobre a matéria ainda são embrionárias, sendo certo que não ser obrigado a “permanecer em procedimento de mediação” é diferente de não ser “obrigado a submeter-se a procedimento de mediação”.

O verbo “permanecer” indica que o processo tenha sido iniciado, o que induziria à conclusão de que seria franqueada às partes a possibilidade de abandonar o processo de mediação a qualquer tempo e submetê-lo à decisão judicial.

A questão comporta discussões, deixando a cargo da discricção do Poder Judiciário o reconhecimento ou não da mediação como condição de procedibilidade futura.

O art. 3º da legislação em análise dispõe que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, caso em que necessita de homologação judicial, com prévia oitiva do Ministério Público, havendo interesse de incapaz.

No que pertine ao procedimento de mediação, o legislador optou por disciplinar conjuntamente regras aplicáveis tanto à mediação judicial quanto à extrajudicial, estabelecendo para tanto que a mediação considera-se instituída na data em que for marcada a primeira reunião de mediação, bem como que o prazo prescricional ficará suspenso enquanto transcorrer o procedimento de mediação.

A exemplo do movimento de desjudicialização de conflito encampado pela Lei 11.441/2007, o legislador disciplinou que mesmo diante da existência de processo judicial ou arbitral em curso, as partes poderão submeter o conflito à mediação, hipótese em que deverão

requerer ao juiz ou ao árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para resolução consensual.

Em se tratando de medidas de urgência, todavia, a suspensão do processo não obsta a concessão, pelo juiz ou pelo árbitro, das referidas medidas.

No desempenho de suas funções o mediador poderá se reunir com as partes, em conjunto ou separadamente. Contudo, "Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado".

A despeito da consagração do princípio da sigilosidade pela Lei de Mediação, o legislador previu exceções ao sigilo, no caso de opção das partes, mediante acordo, para que o procedimento não transcorra em sigilo; quando a divulgação for exigida por lei; ou ainda quando necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação.

A Lei de Mediação possibilita a realização da mediação tanto na via judicial quanto na esfera extrajudicial, guardando o procedimento similitudes em alguns aspectos, como já destacado.

A mediação judicial é a realizada no curso dos processos judiciais ou em fase pré-processual (judicial).

Em se tratando de mediação judicial, a lei estabelece os critérios para a atuação do mediador: i) ser capaz (capacidade civil); ii) ser graduado há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação; iii) ter obtido capacitação reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, nos termos dos requisitos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça.

Na mediação judicial, a lei fixou o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da primeira sessão de mediação, para a conclusão do procedimento (mediação judicial), facultado às partes, de comum acordo, solicitar prorrogação. Havendo acordo, as partes poderão requerer a homologação por sentença.

No que pertine à mediação extrajudicial, o legislador procurar disciplinar alguns aspectos como prazos, formas de comunicações e determinados requisitos para sua utilização.

Nada obstante, considerando que a mediação extrajudicial possui fundamento na autonomia da vontade das partes, deve-se entender que tais especificidades poderão ser alteradas consensualmente, como se observa do art. 22, da Lei que estabelece requisitos mínimos para previsão contratual de mediação, e, no seu parágrafo primeiro, prevê que tais requisitos podem ser supridos pela "indicação de regulamento, publicado por instituição

idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação".

No que tange aos efeitos de prazos contratuais fixados para tentativas de resolução prévia dos conflitos por mediação, o art. 23, prevê que "o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição", desde que as partes tenham assumido o compromisso de não iniciar procedimento arbitral ou judicial durante determinado prazo ou até o implemento de eventuais condições.

Quanto à apreciação das medidas de urgência aplica-se aqui o mesmo raciocínio da mediação judicial, visto que poderão ser solicitadas previamente ao Poder Judiciário.

Por fim, destaque-se a possibilidade expressa de utilização pela Administração Pública direta e indireta dos mecanismos de mediação, conforme já destacado por ocasião da disciplina do tema pelo novo Código de Processo Civil.

7. Considerações finais

A Constituição da República elenca no rol dos direitos fundamentais o direito de acesso à justiça, o qual na interpretação clássica do Direito Constitucional era visto como direito de acesso aos tribunais.

A partir de louvável avanço doutrinário e jurisprudencial, se observou o alargamento do acesso à justiça. Contudo, o desequilíbrio entre o quantitativo das demandas judiciais e a falta de aparato humano, aliado à ausência de conscientização da sociedade que, muitas vezes, provoca desnecessária e temerariamente o Poder Judiciário, até com intuito meramente lucrativo, gerou o inflacionamento dos tribunais, com impossibilidade de tornar efetivo o direito à duração razoável do processo.

O legislador brasileiro tem apresentado inúmeras alternativas de soluções de conflitos, inclusive num notório movimento de desjudicialização, tendo o "desafogo" do Poder Judiciário sido o seu principal fundamento para a busca de resolução das controvérsias fora dos métodos tradicionais de soluções de conflitos.

A atual legislação brasileira caminha nesse sentido, ao estimular a autocomposição por meio de mecanismos que privilegiam a pacificação social como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Observa-se, portanto, a possibilidade de garantia do efetivo acesso aos direitos individuais e coletivos, a partir da ótica da justiça pacífica e colaborativa, em que as próprias partes, por intermédio de um terceiro facilitador, trabalhem o conflito e podem chegar a um

acordo, geralmente uma transação, em que cada parte cede e ganha algo em relação ao conflito, nada impedindo o reconhecimento do direito do outro ou renúncia ao seu próprio direito.

É preciso que cada interessado se sinta um agente de deveres, compreenda o seu papel na relação conflituosa, assim como suas obrigações, sem deixar de lado os seus direitos. Os meios alternativos de resolução de conflitos afiguram-se, assim, como formas de aproximação do sistema de justiça daqueles que não seriam alcançados pelo sistema tradicional de resolução de conflitos, sem que se vislumbre qualquer retrocesso ou movimento de “privatização do Poder Judiciário”, mas sim na ampliação do acesso à justiça e no aumento da capacidade de pacificação de controvérsias sociais pelo sistema de justiça.

A partir das mudanças de paradigma do acesso à justiça, o próprio legislador positivou práticas de resolução de conflitos por meio de sistemas alternativos de busca da pacificação social, com inserções na sistemática do novo Código de Processo Civil e com o advento da Lei 13.140/2015.

A análise da novel legislação demonstra que o direito brasileiro caminha para a desjudicialização de situações jurídicas, então sujeitas ao monopólio do Estado, facultando ao particular a composição de seus conflitos fora da esfera do Poder Judiciário. A construção de meios alternativos de resolução de conflitos à margem do conceito clássico de acesso à justiça, sendo os mais usuais a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Destacada a mediação como método consensual de resolução de conflitos e instrumento garantidor de acesso ao próprio Direito, verifica-se que mesma, ao lado de outros mecanismos, oferece alternativas para “desafogar” o Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, garantir efetividade ao interessado, possibilitado verdadeiramente o acesso ao direito de justiça.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, v. III, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf>. Acesso em 01 mar.

2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v. 1.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf> Acesso em 01 mar. 2018.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Revista de Direito do Estado, v. 2, p. 000, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

_____. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. ano 5, n. 20, abr./jun. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 145-165.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 19. ed. México: Porrúa, 2008.

SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; Daniel Sarmento. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 198.