XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

ACESSO À JUSTIÇA I

SANDRA REGINA MARTINI

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 – Rio Grande do Sul
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 – Goías
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 - Unicuritiba – 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
Prof. 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/ UNISINOS

Coordenadores: Sandra Regina Martini; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Darci Guimarães Ribeiro. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-683-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34

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

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado "ACESSO À JUSTIÇA I" do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Processual e técnicas de resolução alternativa de conflitos, o acesso a jurisdição e suas implicações, os direitos humanos e sociais, além de estudos para sua efetivação, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao acesso crítico criminal da justiça: a possibilidade do delegado de polícia conceder liberdade ao preso que não tenha condições mínimas de efetuar o recolhimento da fiança; a ação civil pública como instrumento para efetivação do direito à educação; a cidadania inclusiva e a garantia de amplo acesso à justiça no Brasil; a dejudicialiazação dos conflitos e a desburocratização da justiça como alternativas para desobstruir o judiciário e melhorar o acesso à justiça; a democratização do acesso à justiça para pessoas com deficiência física no Brasil: avanços e desafios; a mediação como instrumento para o acesso a justiça; a utilização dos precedentes judiciais como uma inovação para a promoção do acesso à justiça; acesso à justiça: reflexão teórica da acessibilidade e as modificações impostas pela legislação processual; alienação parental: a objetificação dos filhos como forma de violação da dignidade humana no seio familiar; as ondas renovatórias de acesso à justiça à luz da tradição gadameriana; conflito entre a execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica: solução à luz do Constituição Federal de 1988 (acesso à justica); descolonização e acesso à justiça: perspectivas para uma práxis emancipatória; justiça multiportas: apontamentos sob uma perspectiva do paradigma procedimentalista; o acesso à justiça dos hipossuficientes na nova ação possessória; o adolescente transexual no judiciário brasileiro: crises e objeções ao

acesso à justiça; o direito fraterno como base da mediação de conflitos e caminho para a pacificação social; whatsapp e a sua utilização na mediação.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual civil brasileiro e de acesso à justiça.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Professora Dra. Sandra Regina Martini

Uniritter e URGS

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

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..

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA O ACESSO A JUSTIÇA.

THE MEDIATION AS AN INSTRUMENT TO ACESS TO JUSTICE

Carla Campos Amorelli De Freitas [1]

Resumo

O presente estudo possui como objetivo repensar a concepção clássica de acesso à justiça e apresentar a sua interpretação frente ao Estado Democrático de Direito. O estudo mostra a necessidade de utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos no Brasil, com enfoque na mediação, como método fundamental para a implementação de direitos e exercício da cidadania, bem como, demonstrar o cenário brasileiro em relação as políticas públicas perpetradas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Código de Processo Civil sobre o tema.

Palavras-chave: Judicialização, Acesso a justiça, Meios consensuais de solução de conflitos, Cidadania, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

The paper aims to rethink the classical conception of access to justice and present its interpretation in relation to the Democratic State of Law. The study demonstrates the need to use consensual means of conflict resolution in Brazil, with a focus on mediation, as a fundamental method for the implementation of rights and exercise of citizenship. The paper also demonstrate the Brazilian scenario in relation to the public policies perpetrated by the National Council of Justice and the Code of Civil Procedure on the subject

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicializacion, Acess to justice, Alternative dispute resolution, Citizenship, Mediation

[1] Advogada, Professora de Processo Civil IBMEC/RJ. Graduada em direito pela IBMEC/RJ. Especialista em Direito de Empresa pela PUC/RJ. Mestranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo repensar a concepção clássica de acesso à justiça e apresentar a sua interpretação frente ao Estado Democrático de Direito. O estudo mostra a necessidade de utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos no Brasil, com enfoque na mediação, como método fundamental para a implementação de direitos e exercício da cidadania, bem como, busca demonstrar o cenário brasileiro em relação as políticas públicas perpetradas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Código de Processo Civil sobre o tema, com base em revisão bibliográfica.

O conflito é inerente a noção de sociedade e decorre dos embates oriundos das relações humanas. Para a solução dessas desavenças foram criados mecanismos de resolução com a finalidade de combater a autotutela, dentre tais mecanismos estão os meios autocompositivos de conflitos e a jurisdição em busca da pacificação social. É inegável que, no Brasil, a jurisdição ainda é vista como o meio principal para resolução dos litígios e para implementação dos direitos fundamentais aos indivíduos frente as constantes violações destes pelo próprio Estado.

O que se percebe é a substituição pelo cidadão da vingança privada pela "vingança legítima" proveniente do Poder Judiciário. A sociedade passa a necessitar de um terceiro – Estado – para resolver as suas questões pessoais, como litígios com vizinhos, conflitos familiares.

Em meio a chamada judicialização do conflito instaura-se uma crise do Estado, aqui analisado como Estado-Juiz, o qual passou a ser encharcado de demandas dando origem a morosidade e a ineficiência.

Nesse contexto, se faz necessária a implementação de políticas públicas capazes de difundir a expansão dos meios alternativos à jurisdição buscando a descentralização do poder de "dizer o direito" pelo Estado e efetivar o direito de acesso à justiça através da noção de resolução do conflito de forma mais eficaz e consciente.

Ao nos referimos aos meios alternativos de resolução de conflitos nos atemos principalmente a Conciliação, Mediação e Arbitragem.

Na arbitragem não existe a possibilidade de estabelecer uma relação com a autogestão de conflitos, já que há a escolha de um terceiro – árbitro – para que solucione o problema sempre que se tratar de questões atinentes a direitos patrimoniais disponíveis[1]. Por esta razão, este trabalho não irá abordar esta modalidade de resolução de conflitos.

[1] Lei 9307/96. Lei de Arbitragem.

Por outro lado, a mediação e a conciliação são mecanismos de resolução de conflitos geridos pelas próprias partes com a participação de um terceiro coadjuvante na facilitação do diálogo.

A doutrina costuma apontar a conciliação como o método autocompositivo mais indicado para casos em que as partes não possuam um vínculo anterior, hipótese que o conciliador atuará de forma mais ativa no processo de negociação, sugerindo acordos e soluções para o caso.[2]

A mediação é mecanismo de autocomposição de conflitos em que figura nas mãos das partes o poder decisório e negocial. Nesta modalidade o mediador atua como um terceiro facilitador do diálogo entre as partes, sendo vedada a proposição de quaisquer soluções ao caso. Incumbe às partes identificarem as possíveis soluções viáveis capazes de gerarem benefícios mútuos. Dessa forma, é indicada para casos em que as partes possuam uma relação anterior ao conflito como em questões atinentes a vizinhança, conflitos familiares, questões escolares.

A mediação pode ser realizada tanto no âmbito judicial quanto no âmbito extrajudicial, conforme regulamentação pela lei 13.140/2015 e é regida pelos princípios da oralidade e informalidade; da decisão informada; do autorregramento da vontade e da confidencialidade.

A mediação se mostra uma forma de autogestão de conflito em que a parte deve participar de um procedimento informal afim de que possa se sentir a vontade para se manifestar e para que haja facilitação do diálogo há necessidade de ser um procedimento claro, transparente para que a parte possa ter ciência da decisão que será por ela tomada, bem como, sigiloso para preservar sua privacidade e intimidade.

Frente a este contexto, da possibilidade de buscar uma solução trazida pelos próprios integrantes do conflito, sem a imposição de uma decisão, através do diálogo e da participação de um mediador, ao indivíduo é resgatada a possibilidade de gerenciar seus conflitos, buscar soluções justas dentro de um razoável espaço de tempo e remanesce ao Estado-Juiz aqueles que, de fato, necessitam da intervenção estatal para sua resolução.

No decorrer deste trabalho iremos refletir sobre a mediação como método de exercício de cidadania, as políticas públicas implementadas pelo Estado a partir da Resolução 125/2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) até os dias de hoje e seus objetivos.

2. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA.

[2] Essa definição de conciliação e mediação considerando suas semelhanças e diferenças é encampada pelo professor Fredie Diddie Jr. In: Curso de Direito Processual Civil. editora jus podvim,2016, pg 276. E também pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, em seu artigo 165.

A insuficiência da atividade da jurisdição em dizer o direito é algo habitualmente notável. Em regra, a morosidade gera a ineficácia e o desrespeito diário aos direitos dos indivíduos entre si ou em suas relações com o Poder Público.

A definição de acesso à justiça não pode ser reduzida a ideia de acesso ao judiciário. O acesso à Justiça é algo mais amplo, é a efetiva possibilidade de inclusão daqueles que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos através do judiciário ou receber auxílio para que o façam pela autocomposição.

> "o acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados." (GENRO, Tarso. p.13)

O conflito pressupõe a existência de ideias confrontantes, reagindo umas contra outras e é inerente a noção de convívio social. Os indivíduos ao conviveram entre si em razão de divergência natural de pensamentos estarão, vez ou outra, frente a um conflito. E como resolver esse conflito?

Segundo Fabiana Splenger, os conflitos podem ser intrapessoais, interpessoais, intracoletivos, intercoletivos e internacionais. (SPLENGER, pg.200, 2012).

> "O conflito é inerente a condição humana e, consequentemente uma característica da sociedade, que vivencia sua marcha constante, fenômeno que, exceto em plano religioso, não há quem não vislumbre terminar. Quando um conflito parece resolvido, surgem outros que lhe tomam atenção." (CALMON, pg. 19, 2013)

O modelo de contrato social apresentado por Hobbes era imprescindível para que a sociedade conseguisse viver em harmonia, livre do estado natural de guerra de todos contra todos. Ao firmarem esse contrato entre si, os partícipes da sociedade criariam um poder supremo vindo do Estado, o qual seria capaz de substituir a vontade de todos por um representante escolhido pelo voto. Por essa concepção, estaria garantida a paz social e a segurança do homem frente aos demais. (HOBBES, 2003).

Sendo a instituição criada por todos para a defesa comum, o Estado passar a ser o detentor do monopólio da resolução de conflitos, visto que a esta altura não era possível vislumbrar a autotutela. Neste momento, o Judiciário é o "braço" estatal capaz de intervir na esfera individual, inclusive pelo uso da violência por meios de coerção, para que a vítima pudesse ter a recompensa de restabelecimento do *status quo.*

Splenger bem pontua a questão:

> "Tal contrato social, fundador do político, que deu poderes ao Estado para decidir conflitos por intermédio do Judiciário, nasceu primeiramente da necessidade de proteção e de certeza de que a força já não seria o grande mote da construção e manutenção das relações humanas. Posteriormente também sinalizou a necessidade de equalização dessas relações, esfera na qual não cumpriu seu papel, servindo mais para perpetuar e produzir novas desigualdades ao invés de dirimi-las." (SPLENGER, pg.204, 2012)

Neste modelo de resolução de conflitos as partes transferem a um terceiro – Estado Juiz – a decisão sobre uma determinada causa. É o caráter substitutivo da jurisdição, em que ao decidir o Juiz substitui a vontade das partes.[3]

Ocorre que, o conflito pode se apresentar em diversas facetas, pode versar sobre questões empresariais, direito coletivo, relações familiares em que o laço continuará a existir pós processo, relações de trabalho, de vizinhança, implementação de direitos sociais. Enfim, há uma infinidade de assuntos sobre os quais pode versar um conflito. Será que a todos esses conflitos o tratamento deverá ser igual? Quem é o terceiro apto a solucionar tais questões? Há necessidade de sua participação?

Sobre o assunto:

> "O conflito resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política

[3] Substitutividade é característica da Jurisdição apresentada por Chiovenda. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2.ed. São Paulo: ed: Bookseller, 2000.)

> da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam os demais fatores históricos, políticos e geográficos. O conflito quando envolve empresas é, ainda, um fenômeno econômico, que pode gerar consequências mais amplas. Quando se trata de interesses que não podem ser individualizados (metaindividuais), a importância social do conflito é ainda maior. Os conflitos implicam em lutas entre duas ou mais pessoas acerca de valores, posições ou recursos." (CALMON, pg. 17, 2013)

Atualmente, o que se percebe é a necessidade de tratamento adequado a cada conflito, isto é, não há uma forma padrão de resolução de conflitos. Em muitas situações haverá a necessidade de interferência do Judiciário, mas, em muitas outras, há a possibilidade de colocar o poder decisório nas mãos das partes, de forma a restabelecer o diálogo e a conscientizá-las sobre a possibilidade de gerenciar seus conflitos, buscar soluções justas dentro de um razoável espaço de tempo.

Ao utilizar meios de autocomposição do litigio é conferido a parte a responsabilidade e compromisso pelo que está sendo decidido, já que não se trata de solução imposta, mas de tomada de decisão compartilhada por aqueles que integram o conflito gerando maior comprometimento para além da esfera daquele caso.

Neste panorama se torna interessante a ideia de mediação comunitária cuja proposta é criar e fortalecer laços entre os indivíduos, resolvendo e/ou prevenindo conflitos. O mediador comunitário é um terceiro independente cujo objetivo é levar à comunidade o sentimento de inclusão social por meio da possibilidade de solução de seus conflitos por ela mesma. Como consequência apresenta-se a criação de vínculos e o fortalecimento do sentimento de cidadania e integração/participação na vida social. Busca-se implementar no espaço social uma cultura de paz, contribuindo para um melhor entendimento de respeito e tolerância. (SPLENGER, pg.227, 2012)

É essencial o desprendimento da ideia de que só existe um modelo de resolução de conflitos, a busca pela jurisdição, pela decisão imposta deve ocorrer quando extremamente necessário.

O cerne da mediação, em contraponto a um processo judicial, é que as partes consigam encontrar um ponto de consenso que não seja necessariamente previsto em lei ou que haja efetivamente um acordo, podendo ser simplesmente o esclarecimento de uma questão. (SANTANNA, pg.65, 2015)

Registre-se, à mediação importa o debate do tema pelas partes, a possibilidade de diálogo e responsabilização pela gestão pessoal de conflitos.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O SOBRECARREGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

A jurisdição pela concepção clássica de Chiovenda[4] era marcada pela função estatal cujo principal objetivo era a aplicação da norma ao caso concreto. Sendo certo que a decisão judicial individualiza um direito que vale enquanto lei dotada de autoridade.

O conceito de jurisdição sempre andou entrelaçado com a noção de pacificação social. Como se a legitimidade na entrega do poder decisório nas mãos do Estado estive justificado pela necessidade da busca da paz pela sociedade. Nota-se que a pacificação social acaba por ser uma consequência do exercício da jurisdição e, atualmente, precisa ser repensada essa ligação direta entre causa e consequência (jurisdição -pacificação social) como se é vista.

Isto é, a tão esperada pacificação social deve ser repensada como causa exclusiva o exercício da jurisdição estatal. A verdadeira paz é mais facilmente alcançada por meio de um consenso em lugar a imposição de uma decisão.

> "A pacificação social pode ser vista como consequência do exercício de qualquer poder de resolver litígios e subordinar o vencido, mas é evidentemente incapaz de exprimir a essência da jurisdição do Estado Constitucional". (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, p. 87)

Após a Segunda Guerra Mundial, foi inaugurado um novo modelo constitucional, pelo qual o conteúdo legislativo deveria estar atrelado a princípios e a direitos fundamentais que passam a integrar o texto constitucional e a gozar de plena eficácia normativa. Foi abandonada a ideia de que a legitimidade da lei está atrelada apenas a observância da regularidade de um devido processo legislativo formal.

---

[4] "*O conceito de Chiovenda é retomado por Calamandrei, duas décadas mais tarde. As premissas sustentadas pelo mestre florentino são suficientes para se compreender o que está por detrás da sua idéia de jurisdição. Deixou claro Calamandrei que "a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida", e que "a lei abstrata se individualiza por obra do juiz" (Instituzioni di diritto processuale civile, p.156). Quer dizer que a decisão judicial, para Calamandrei, individualiza um direito que vale enquanto lei dotada de autoridade, não importando sua adequação a qualquer parâmetro de justiça."* (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, p. 86)

O paradigma de adequação se inverte neste momento, em que os direitos fundamentais se tornam o parâmetro de validade da atividade legislativa, dando origem ao princípio da legalidade material pelo qual há uma subordinação das leis a esses direitos.

O Estado Democrático de Direito possui subordinação aos preceitos constitucionais e continua a fundamentar-se na lei, no entanto através de outra perspectiva. Aqui o que se busca é ir além da legalidade estrita.

> "Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado." (SILVA, 2006, p.121.)

Diante da alteração do cenário da preponderância do estado legislativo, nasce uma nova concepção de jurisdição superado o conformismo de mera função de aplicação da lei para a responsável por controlar sua validade. Aqui, o Estado-Juiz busca a interpretação da lei adequada aos ditames constitucionais, trazendo a dicotomia entre texto e norma jurídica.

No Brasil, com o advento da constituição de 1988, o Judiciário passou a viver um protagonismo na vida social, funcionando como o promissor das expectativas da população e como poder responsável de efetivar os direitos constitucionalmente assegurados.[5]

> "o sistema judiciário passou a substituir o sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social". (SANTOS, online, p.15)

A situação passou a ser fato notório no sistema brasileiro levando o Judiciário a ser encharcado por um excesso de demandas as quais se tornou cada vez mais difícil corresponder às expectativas sociais, tornando-se uma instituição morosa em razão do desequilíbrio

[5] Boaventura de Sousa Santos, em sua obra "Para uma Revolução Democrática da Justiça", apresentou a trajetória da atuação dos juízes no decorrer da história brasileira, trazendo como destaque o final da década de 1980, em que o sistema judicial passou, não só no Brasil, a protagonizar cenários de controle de legalidade apostando na constitucionalização do direito como estratégia hermenêutica do garantismo dos direitos dos cidadãos (SANTOS, online, p.12)

matemático entre o número de casos a serem julgados e número de pessoal alocado no quadro do Poder Judiciário (serventuários, juízes).

A ilustre professora Ada Pellegrini Grinover, em sua última obra apresentou a seguinte assertiva sobre o novo conceito de jurisdição:

> " Se, conforme nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição. Definida como Poder, função e atividade, verifica-se que não há exercício de poder na justiça consensual, onde o conflito é dirimido exclusivamente pelas partes." (pg. 18, 2016.)

Neste contexto, se iniciou no Brasil a busca pela implementação dos meios alternativos de resolução de conflitos afim de conseguir implementar o real sentido do acesso à justiça.

4. DA POLÍTICA PÚBLICA IMPLEMENTADA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO 125 DE 2010

O Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, foi criado pela Emenda Constitucional 45 de 2004 e instalado em 14.06.2005 e possui entre suas principais funções melhorar as práticas e celeridade do Poder Judiciário, elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País, em prol da eficiência dos serviços judiciais.[6]

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça, através da resolução 125, instituiu a Política Judicial de Tratamento Adequado dos Conflitos considerando, dentre outras questões, que o acesso à justiça deve ser interpretado como acesso à ordem jurídica justa e não só o acesso formal aos órgãos do judiciário.[7]

Neste momento reconhece ainda a mediação e conciliação como formas de resolução de conflitos e aponta a necessidade do tratamento adequado do conflito que ocorre em larga escala na sociedade.

O artigo 2 da Resolução 125/2010 estabelece a organização da prestação dos serviços pelo Poder Judiciário através de centralização das estruturas judiciárias, formação e treinamento

---

[6] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos. Acesso em 05.06.2018.
[7] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO 125/2010. Disponível em : http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf . Acesso 01.08.2018.

de servidores para desempenharem a função de conciliadores e mediadores e o acompanhamento estatístico específico.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015[8] e da Lei 13.140/2016 (Lei de Mediação) a citada resolução sofreu emenda n° 2/2016, no sentido de atribuir aos órgãos do Poder Judiciário, nos termos do artigo 334 do código de Processo Civil combinado com o artigo 27 da Lei 13.140/2015, que ofereçam outros mecanismos de soluções de controvérsias, como a mediação e conciliação, antes da solução mediante sentença, orientando às partes sobre os mecanismos e prestando atendimento ao cidadão.

Nota-se que a política implementada pelo próprio Poder Judiciário possui como objetivo não só a difusão sobre a existência dos meios alternativos de solução de controvérsias, bem como, a efetiva prestação de serviço ao cidadão que deseja utilizar as vias consensuais.

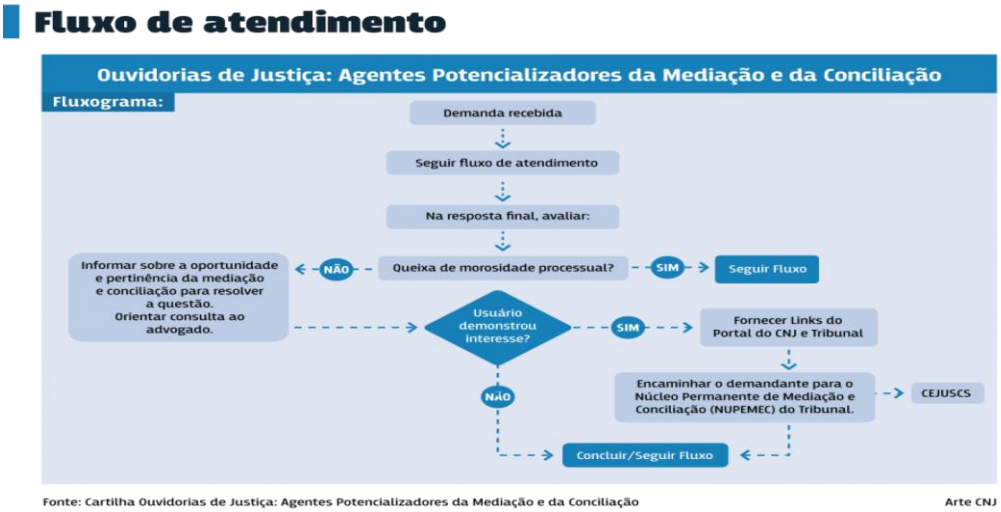
Foram ainda implementados, pela emenda 2/2016, o cadastro nacional de mediadores judiciais e conciliadores com a finalidade de integrar os cadastros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, a criação de um sistema de mediação e conciliação digital ou à distância, previsto no artigo 6°, X, da Resolução 125/2010, para atuação pré- processual, nos termos do artigo 334, §7º do Código de Processo Civil e a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (cejuscs) pelos Tribunais os quais deverão ser, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

O assunto é de tamanha importância que, em 31.07.2018, foi publicada matéria no site do Conselho Nacional de Justiça sobre o projeto - Ouvidorias de Justiça: agentes potencializadores da Mediação e Conciliação. O referido projeto tem por escopo informar aos cidadãos, através das ouvidorias de tribunais estaduais, sobre como resolver conflitos por mediação e conciliação, que dispensam ação judicial. A Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por exemplo, orientou sobre acordos, nesse período, pelo menos 7 mil casos.[9] Segundo a notícia perpetrada pela Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça, o programa funciona da seguinte forma:

---

[8] Lei 13.105/2015.

[9] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA .Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87236-cnj-e-ouvidorias-incentivam-conciliacao-em-7-mil-casos Acesso em: 01.08.2018.



Neste diapasão, o que se busca atualmente com a implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos e a possibilidade de conscientização da sociedade de que é possível a resolução de litígios de forma menos burocrática, mais eficiente e mais colaborativa.

5. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A MEDIAÇÃO

O Código de Processo Civil em vigor, lei 13.105/2015, estabeleceu um modelo colaborativo de processo, abandonou-se um pouco o modelo adversarial perpetrado pelo Código de 1916.

Em seus primeiros artigos, no capítulo “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL”, o legislador traz os parâmetros norteadores no processo fundado na colaboração entre as partes (artigo 6º), na boa-fé de todos os agentes envolvidos (artigo 5º) e da necessidade de observância dos métodos consensuais de solução de conflitos (artigo 3º, §§1° e 2°).

O estimulo ao uso dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos passa a ser um dever do Estado, por meio dos juízes, Ministério Público e Defensoria Pública, os quais devem difundir a sua existência perante a sociedade.

O legislador ao dispor sobre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz inclui o de promover, a qualquer tempo, a autocomposição do conflito, preferencialmente com auxílio de mediadores e conciliadores judiciais (artigo 139,V, CPC).

Os Conciliadores e Mediadores são considerados auxiliares de Justiça e possuem regramento pautado nos §§2º e 3º, artigo 165, do Código de Processo Civil. A legislação faz uma diferenciação discreta entre esses dois agentes.

A conciliação seria dirigida e adequada a resolução de litígios patrimoniais, situação em que o conciliador poderá sugerir soluções para o litigio. Possuirá uma atuação mais presente na negociação.

De forma diversa se mostra a mediação, este instituto é mais adequado ao tratamento de conflitos em que haja a necessidade de se restabelecer o diálogo, hipótese em que o mediador age exatamente como um terceiro facilitador no restabelecimento do vínculo perdido.

Por esta razão, não há exigência legal de que o mediador seja um advogado, inclusive pode ser interessante que a mediação seja realizada por um psicólogo em questões de família, por exemplo. Nada impede que o advogado atue como co-mediador.

A mediação pode ser judicial ou extrajudicial, esta última regulada pela lei 13.140/2015. No âmbito da mediação judicial, importante destacar o novo rito inaugurado pelo Código de Processo Civil em vigor cuja designação de audiência de conciliação e mediação prévia faz parte do procedimento comum.

O artigo 334 e seus parágrafos do Código de Processo Civil trazem o procedimento para realização da audiência de mediação e conciliação. Pela disciplina normativa do tema, sempre que a ação versar sobre direito que admitir autocomposição e haja pelo menos a manifestação de uma das partes no sentido de utilizar os métodos consensuais, será designada a audiência de mediação e conciliação.

Em que pese, o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a interpretação do referido artigo (artigo 334, §4º, CPC), no que tange a obrigatoriedade de comparecimento de ambas as partes quando uma delas se manifesta o desinteresse na tentativa de autocomposição, aqui adotamos o entendimento de que para não haver a referida audiência é necessária a manifestação de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual.

Parece um pouco antagônica a lógica normativa, mas se a premissa for de que a mera tentativa pode gerar o restabelecimento do diálogo ou, ainda, a possibilidade de acordo é melhor não frustrá-la.

A busca pela implementação de um processo colaborativo se torna tão latente que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu a audiência é considerado ato atentatório a dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Aspecto importante para ser mencionado é o *status* do acordo realizado através da mediação. O acordo perpetrado diante de uma sessão de mediação judicial será sujeito a homologação judicial, na forma do artigo 334, §11 do Código de Processo Civil. Logo, constituirá título executivo judicial.

De igual forma, a autocomposição extrajudicial homologada pelo juiz constituirá título executivo judicial, no entanto quando não homologados constituirão titulo executivo extrajudicial, na forma do artigo 784, IV, do Código de Processo Civil, desde que observados os requisitos.

Sobre o tema interessante aas lições de Humberto Dalla:

> "Nem sempre haverá a necessidade de haver uma execução do acordo. Em verdade, considerando que a finalidade da mediação é de fazer com que as partes se conscientizem acerca do seu comportamento e do seu conflito, o mais correto seria que elas cumprissem espontaneamente as obrigações daí advindas.
>
> Com efeito, se as partes estavam realmente imbuídas de um espírito cooperativo e colaborativo a execução forçada não será necessária, pois a execução irá ser produzida pela implementação voluntária – será um cumprimento voluntário das obrigações pactuadas pelas partes.
>
> É possível até mesmo que a mediação gere um acordo verbal, o que seria comum justamente nesses casos aonde se percebe uma profunda conscientização das partes e uma mudança no seu comportamento, de modo que seria dispensável ter um acordo escrito, pois sequer haveria a necessidade de haver uma execução.
>
> Entretanto, os manuais de mediação, por regra geral, sugerem que ao final do procedimento de mediação, havendo esta sido concluída com êxito, o mediador deverá redigir um acordo a ser assinado pelas partes e que valerá como um título executivo – inclusive judicial se homologado." (pg.67, 2015, online)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência da grave crise de legitimidade perpetrada pelo Poder Judiciário no Brasil, fruto do excesso de demandas e da ineficiência do Estado em absorvê-las, ocasionando

a morosidade e a frustração aos anseios sociais, em 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional 45, intitulada Reforma do Judiciário.

Entre outras questões, a referida emenda criou o Conselho Nacional de Justiça cuja missão é a de desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social. Nota-se que, neste momento, foi identificada a necessidade de aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro.

Por razões de cunho histórico, apresentadas durante o presente trabalho, o acesso à justiça garantido pela Constituição da República, como um dos ditames do Estado Democrático de Direito, se apresentava satisfeito sob a premissa de acesso aos órgãos judiciais.

No entanto, com o desenvolvimento da doutrina e o atuar do Poder Legislativo, acompanhando a nova realidade social, a concepção de acesso à justiça precisou ser reavaliada para a ideia de processo, jurisdição capaz de entregar uma ordem jurídica justa e a tutela pretendida pelas partes.

A noção de jurisdição como poder concedido ao Estado para dizer o direito e buscar a pacificação social cedeu espaço a necessidade de observar as formas de tratamento e de resolução de conflitos conforme a necessidade de cada caso.

A pacificação social, consequência da atuação do Poder Judiciário, buscada desde a época dos contratualistas, continua a ser o objetivo atual da sociedade. Porém, não é possível estabelecer uma ligação única e exclusiva deste resultado com a ideia de solução imposta e decidida pelo Estado a um caso concreto.

O conflito é inerente a noção de sociedade, logo o que deve ser buscada são as formas indicadas para resolução de cada um deles.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 125/2010, instituiu a Política Judicial de Tratamento Adequado dos Conflitos considerando, dentre outras questões, que o acesso à justiça deve ser interpretado como acesso à ordem jurídica justa e não só o acesso formal aos órgãos do judiciário. Através dessa política reconheceu a necessidade de implementação dos meios consensuais de solução de conflitos, com destaque para a mediação e conciliação.

A mediação e a conciliação são mecanismos de resolução de conflitos geridos pelas próprias partes com a participação de um terceiro coadjuvante na facilitação do diálogo (mediação) ou para propositura e alcance de acordo quando estiver diante de um conflito meramente patrimonial (conciliação).

O estímulo realizado pelo próprio Estado com apoio e orientação para utilização destes métodos, através do implemento de políticas públicas, difundi o exercício da cidadania e

possibilita a autogestão de conflitos pelas partes, com a consciência e responsabilidade pela tomada de sua decisão.

A mediação escolar, comunitária, familiar são exemplos de consciência social para relacionamento de uma comunidade.

Com o advento do recente Código de Processo Civil, surgiu a audiência de conciliação e mediação obrigatória as partes quando ao menos uma delas desejar viabilizar a autocomposição do conflito. Apesar de, nesses casos, a conciliação e a mediação ocorrerem em sede judicial, no bojo do processo, não há ainda a efetiva judicialização do dissenso com a participação do Estado-Juiz, o que leva a estimular a utilização destas vias equivalentes a Jurisdição de forma extrajudicial e, principalmente, a resgatar o diálogo entre as partes na busca de um consenso e da inserção do indivíduo na gestão de seus conflitos.

A mediação judicial, principalmente em uma sociedade ainda embrionária no que tange a autogestão de suas questões, se torna essencial. Primeiramente, para difundir o exercício da cidadania e conscientizar sobre a capacidade dos indivíduos para gerirem as suas diferenças e buscarem a efetivação de seus direitos e, ainda, para estimular o uso desse método como alternativa ao processo judicial, que é muito mais moroso, caro e desgastante para as partes.

O que se nota é que de fato houve a efetiva implementação e incentivo do uso da mediação no âmbito das Justiças Estaduais e Federais, as quais implementaram Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (cejuscs), os quais deverão ser, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. E assim se caminha em busca da real concepção de acesso à justiça, longe do formalismo exacerbado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 01.05.2018.

CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e Conciliação. 2 ed. Brasília: Gazeta Jurídica 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: ed. Jus Podvim, 2016.

GENRO, Tarso, Prefácio da primeira edição de Azevedo, André Gomma (Org.) Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>. Acesso em: 19 mar. 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx . Acesso em 18.05.2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Novos Desafios da Mediação Judicial no Brasil: A preservação das Garantias Constitucionais e a Implementação da Advocacia Colaborativa. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509924 . Acesso em: 01.08.2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. Disponível no endereçohttp://sociologial.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf. Acesso em 05.11.2016.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. O Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição e a Resolução de Conflitos. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo .26ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. O (DES)CAMINHOS DA JURISDIÇÃO. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SPLENGER, Fabiana Marion. Fundamentos Políticos Da Mediação Comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012.