I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

Copyright © 2020 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 - UNIVEM – 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 – 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

---

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara ; Diego Mongrell González – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-042-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral "Constituição, Cidades e Crises". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das mais diversas formas consensuais de solução de conflitos, bem como de uma enorme gama de técnicas e experiências a elas relacionada.

Os temas abordados vão desde a mediação de conflitos, a conciliação e até as práticas de Justiça Restaurativa. Novos trabalhos relacionando as formas consensuais e o Poder Público ganham destaque. A interdisciplinaridade com o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Empresarial foram a novidade deste evento e as discussões se somaram ao estudo tradicional das formas consensuais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Profª. Drª. Adriana Silva Maillart

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof. Dr. Diego Mongrell González

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

MEDIATION AS AN ALTERNATIVE FOR STRENGTHENING DEMOCRACY

Hellen Sudbrack [1]
Felipe Chiarello de Souza Pinto [2]

Resumo

A presente pesquisa busca investigar em que aspectos a mediação pode contribuir para o fortalecimento da democracia no Brasil. A Constituição Federal de 1988 assegurou aos cidadãos maior flexibilidade no que tange a efetivação de direitos fundamentais. No entanto, fatores relacionados à excessiva carga de demandas judiciais visando realizar direitos vêm prejudicando ainda mais o propósito de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva. Neste cenário se questiona de que forma o instituto da mediação pode se apresentar como possível alternativa para o fortalecimento do modelo democrático brasileiro quanto a efetivação de direitos aos cidadãos.

Palavras-chave: Cidadania, Democracia, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

This research seeks to investigate in which aspects mediation can contribute to the strengthening of democracy in Brazil. The 1988 Federal Constitution ensured that citizens had greater flexibility with regard to the realization of fundamental rights. However, factors related to the excessive burden of legal claims aimed at realizing rights have been further undermining the purpose of a swift, fair and effective judicial provision. In this scenario, it is questioned how the mediation institute can present itself as a possible alternative for the strengthening of the Brazilian democratic model regarding the realization of citizens' rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Citizenship, Democracy, Mediation

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) - Linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia.

[2] Coordenador Adjunto de Programas Acadêmicos de Direito da CAPES-MEC. Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Colaborador do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF).

Introdução

A norma constitucional prevê, como um de seus principais intentos no Estado Democrático de Direito, a garantia e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Sugere, ademais, que a sociedade deve atuar de maneira ativa visando a proteção e a garantia mais justa das demandas as quais necessitam. A democracia participativa, na atualidade, pode ser realizada em âmbitos que se alastram em um viés muito além do simples direito ao voto, vez que promove a ativa participação das pessoas na tomada de decisões num espaço que lhes permita expor livremente suas razões e opiniões e que possibilite a devida atenção por parte dos governantes.

No entanto, a realidade abarca um aumento significativo no número de demandas ajuizadas perante órgãos julgadores, muitas delas relacionadas a fatores como a violação de direitos dos atores sociais. Essa realidade intensifica ainda mais a morosidade, a inefetividade e a ineficiência por parte do Poder Judiciário na solução de conflitos em decorrência de diversos fatores aliados ao cenário atualmente presenciado.

O acesso à justiça é diretamente atingido pelo crescente número de processos que são judicialmente impostos dia após dia, fato que, aliado a outras particularidades, em muito contribui para essa ineficiência na prestação jurisdicional. Em decorrência disso, o legislador se ateve a buscar métodos alternativos de resolução de conflitos que pudessem demonstrar utilidade para os impasses presentes na prestação da tutela por parte do Poder Judiciário. Assim, dentre outros, idealizou-se o instituto da mediação, devidamente regulamentado pela Resolução do CNJ nº 125/2010, e, na legislação esparsa, reproduzido pela Lei de Mediação e pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nessa perspectiva se introduz a mediação como forma de contribuir ao efetivo e concreto resgate da democracia através da participação cidadã. Através do instituto, é possível vislumbrar um alcance mais efetivo das pessoas à garantia de seus direitos, principalmente porque os dois institutos possuem objetivos em comum: tanto a democracia quanto a mediação têm por escopo a promoção de igualdade na participação cidadã para fazer cumprir os direitos fundamentais da sociedade como um todo.

O estudo encontra-se estruturado em três partes. Em um primeiro momento, se busca analisar a democracia brasileira em seus aspectos gerais, enfatizando as características da democracia participativa. A segunda parte aborda aspectos inerentes ao Poder Judiciário e à sua incessante busca por uma prestação jurisdicional que garanta muito além do mero acesso ao judiciário. A terceira parte, por sua vez, pretende introduzir a mediação como um instrumento de grande utilidade na construção e no resgate da democracia participativa e da cidadania no cenário atual.

A presente pesquisa embasou-se na lógica operacional de método hipotético-dedutivo, a partir de abordagem qualitativa e utilização de pesquisa bibliográfica.

Desenvolvimento

1 Aspectos gerais sobre a democracia no Estado Democrático de Direito

A democracia teve sua origem há muitos anos como um modelo no qual, em âmbito estatal, ao povo é conferido o poder de detentor da soberania, pois participa - através de seus representantes, da tomada de decisões tanto no âmbito municipal, quanto nas esferas estadual e federal de um país, visando tornar concreto o propósito da cidadania no Estado Democrático de Direito. Após uma longa trajetória histórica de evolução da democracia, foi com a ascensão do estado liberal que se passou a analisar o surgimento de um modelo cujas principais características constituem a descentralização do poder estatal e a autonomia individual. Ademais, indica a separação dos poderes somada ao liberalismo econômico.

Nesse cenário, a democracia passou a conquistar destaque, vez que, conforme Bobbio, ambos os institutos surgiram de maneira interligada. A democracia somada aos ideais liberais se auto completam, pois, ao passo que os direitos de liberdade formam condição necessária para a aplicação da democracia, o desenvolvimento desta também se tornou o “principal instrumento para defesa dos direitos de liberdade” (BOBBIO, 1993, p. 44).

Uma vez cientes de que o modelo liberal visa apenas coibir as necessidades mínimas de existência das pessoas na sociedade, a humanidade

percebeu a necessidade de se pensar além da visão individualista, passando a se adotar um padrão social-coletivista (ANTUNES; KIYAMA, 2016, p. 8) para somar à construção da democracia contemporânea. O Estado Social surgiu tendo em vista “as crescentes demandas de variados grupos sociais [...] para que fosse repensada a extensão dos direitos” (ANTUNES; KIYAMA, 2016, p. 8).

Esse modelo prestacional estabelece a garantia da extensão do significado dos direitos fundamentais, porque se pretende aumentar o rol de direitos e garantias assegurados pelo Estado, “no intuito de que este passasse a ter um papel não apenas negativo, porém também positivo, de forma a agir e ser agente” (ANTUNES; KIYAMA, 2016, p. 8).

A Constituição Federal de 1988 destacou-se como instrumento que deu origem à democracia brasileira, trazendo à tona um novo modelo de Estado. A propósito, ao passo que essa nova forma garantiu a positivação dos direitos fundamentais, também ressaltou o comando estatal a partir do ideal proposto pela teoria montesquiana de freios e contrapesos, distribuindo competências à composição do Estado a partir de três poderes: o executivo, o legislativo e o judiciário (MONTESQUIEU, 2006, p. 165/166).

Ao longo dos anos, o verdadeiro sentido da democracia foi mitigado à sua tradução simplesmente através do voto. No entanto, muito mais do que somente o exercício de voto como tradução da participação popular, a democracia não se resume em m mero “conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história” (SILVA, 2008, p. 126).

Por democracia representativa entende-se o poder que emana do povo, mas que não pode ser exercido diretamente por ele. Em verdade, “o povo será o titular do poder, sendo responsável por eleger, periodicamente, seus representantes” (FARIAS, 2018, p. 169), entretanto, a participação popular, nesse modelo, “se realiza de forma indireta, periódica, formal e procedimental” (CANOTILHO, 2002, p. 288).

É nessa perspectiva que Peter Häberle observa que a participação do povo na tomada de decisões atuando democraticamente representa o valor-eixo de toda a democracia constitucional. Essa seria uma luta incessante da sociedade em contraponto aos problemas cotidianamente enfrentados.

> Cada vez son más fuertes las voces que reclaman y exigen – aun simultáneamente – más participación en <<lo público>> junto con más democracia en los diferentes ámbitos científicos, como respuesta a los diferentes problemas a los que nos enfrentamos cotidianamente […]" (HÄBERLE, 2008, p. 130/131).

Com fins de alcançar o verdadeiro objetivo da democracia cidadã em uma comunidade plural de cidadãos, o contexto estatal deve permanecer sempre aberto, de modo que democracia e atuação pública possam se encontrar e, em conjunto, assegurar e garantir seus propósitos aos cidadãos (HÄBERLE, 2008, p. 131). Essa liberdade de participação do público pode ser vista como condição que permite a existência e a conversão de minorias em maiorias (2008, p. 150). "Visto así, la cuestión de adónde va el poder que sale del pueblo podrá responderse frente al Estado de la mejor forma posible mediante una opinión pública libre […]" (2008, p. 150).

Häberle ainda acrescenta que as atuais condições sociais de democracia devem manifestar-se através da participação e determinação de direitos fundamentais por parte do povo, e que essa prática deve ser realizada, cada vez de maneira mais estimulante, fomentada e protegida. Indo além dessa concepção, o autor também relaciona a democracia com "elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas a través de competencias públicas basadas de procesos también cada vez más progresistas […]" (2008, p. 137).

A participação social como eixo da democracia em muito se relaciona a questões primordiais em torno da proteção dos interesses também das minorias, já que o objetivo não deve residir somente na tradução dos interesses "almejados exclusivamente por aqueles que exercem o poder por meio da democracia indireta" (COELHO, 2018, p. 107). De acordo com a autora, ainda existem muitos grupos que são representados de maneira desproporcional à forma que lhes é assegurada na norma constitucional, e esse não é o verdadeiro objetivo da democracia. Insta consignar, portanto, que a "democracia não deve se manifestar pela detenção do poder por aqueles que detêm maior capital, maior influência, ou possuem nível mais elevado de formação acadêmica" (COELHO, 2018, p. 107).

Robert Dahl (2001, p. 62) reafirma que a democracia não se resume tão somente em um processo governamental. Muito mais do que isso, caracteriza um sistema de direitos que se mostram necessários no âmbito das instituições

políticas democráticas. Ademais, de acordo com o autor, tais “direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático” (2001, p. 62).

É possível perceber, através do exposto, que a democracia participativa assume importante função na busca de oportunidades aos cidadãos para manifestar suas opiniões. No entanto, essa participação vem se mostrando deficiente porque mesmo que o cidadão se veja praticando a democracia ao exercer seu direito ao voto, os representantes não cumprem com o papel de, efetivamente, garantir os direitos aos cidadãos.

Na visão de Rubio, a democracia traduzida no direito ao voto acaba por camuflar o poder popular com o poder estatal, pois essa escolha dos representantes pelo povo não representaria em totalidade esse direito, vez que lhes tira o poder, que passa a ser exercido pelo Estado. “A cidadania somente manda simbolicamente, já que a partir de seu esvaziamento de conteúdo, todo o poder político é outorgado às instituições representativas e do Estado” (RUBIO, 2014, p. 112).

Diante dessa ineficiência, o fato de tanto a democracia direta quanto a democracia participativa não terem sido suficientes para a garantia dos direitos no âmbito de uma sociedade pluralista, deu-se abertura a uma insurgência popular em prol da “efetivação do princípio democrático, assegurado constitucionalmente a todos os cidadãos” (FARIAS, 2018, p. 170).

O modelo de pluralismo prevalecente no Estado Constitucional atual se baseia na junção das duas formas de democracia. Por ser pluralista, a sociedade atual vive uma pluralidade de opiniões, de costumes e de atitudes. Apesar dessa característica plural da sociedade, o propósito democrático não se cumpre efetivamente, e remonta à crise na democracia, fato que Luigi Ferrajoli atribui a uma extrema e insistente ruptura existente entre governantes e governados, pois o cidadão não se vê devidamente representado por quem elege para estar no poder. Essa crise, na visão do autor, acelera a distância cada vez mais abismal entre Estado e nação, prejudicando o real propósito democrático (FERRAJOLI, 2011, p. 65/66).

Ferrajoli elabora uma reflexão acerca desse profundo desnível existente entre governantes e governados, analisando que

> [...] por un lado, la homologación de los que consienten, por otro, la denigración de los que disienten; por un lado, la máxima verticalización y concentración de los poderes, por el otro, la máxima división y disgregación en la sociedad; de una parte, el crecimiento del conformismo favorecido por el indiferentismo (qualunquismo) político, de otra, la promoción de una pluralidad de fracturas en la sociedad y de rupturas de la solidaridad social, en medio de una crisis económica que requeriría la máxima unidad […].

Robert Dahl sustenta, ademais, que muitos governos tentam afirmar o cumprimento e a adoção da democracia como regime no qual o governo atua pelo bem do povo e como o modelo que prioriza as vontades populares. No entanto, esclarece que em muitos países, essa ideologia de "governo do povo, pelo povo e para o povo ainda não desapareceu da superfície da terra" [...] (2012, p. 368/369).

Ao elucidar que nenhum governo democrático consegue atingir perfeitamente a todos os seus fins, Dahl reconhece que, apesar de falhas, a democracia leva consigo inúmeros benefícios que a tornam mais desejável que qualquer outra alternativa, ao passo que:

> [...] A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos. A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar). A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável. A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas. Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação - ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha. Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral. A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável. Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política. As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras. Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos [...] (2001, p. 73/74).

No entanto, quando pessoas não se veem devidamente representadas ou não alcançam a garantia de seus direitos fundamentais, buscam caminhos para demandar o cumprimento dessas obrigações estatais, fato que dá oportunidade à ocorrência de conflitos sociais. Referidos conflitos podem decorrer das mais diversas causas, mas, geralmente, relacionam-se com a inefetividade da produção de resultados que sejam justos e, de fato, atendam às necessidades

dos cidadãos. O conflito, conforme lição de Warat, pode ser compreendido como um processo simbólico, ou “uma estrutura-funcional comunicativa que gera significados que devem ser interpretados como as bases das disputas” (WARAT, 2018, p. 26).

Ao Poder Judiciário pertence a função de resolver e solucionar os conflitos que a ele são impostos pelas partes, já que recebeu a função jurisdicional pela Constituição Federal de 1988. Para que isso aconteça, os tribunais estatais “são os responsáveis pela pacificação social mediante imposição das soluções normativas previamente expostas” (SALES; RABELO, 2009, p. 76).

Denota-se que o Poder Judiciário, na sua atuação como pacificador das relações sociais conflituosas, atua de forma autônoma e externa, a fim de prover a decisão cogente e impositiva pautada na letra da lei. Cumpre, dessa forma, ao Estado, por meio do poder jurisdicional, “a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o direito (jurisdição)” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 120/121).

Na atualidade, o Poder Judiciário enfrenta uma crise de legitimidade, pois não mais está conseguindo solucionar os conflitos de forma efetiva. Esse cenário surge essencialmente no bojo da crescente judicialização de conflitos, que buscam no Poder Judiciário a solução de avenças cotidianas. Nessa atmosfera se busca analisar a crise pela qual o ente jurisdicional está enfrentando e relacioná-la com o direito fundamental de acesso à justiça.

2 Poder Judiciário e a crise de efetividade no acesso à justiça

Para o devido acesso à jurisdição, o cidadão se vale do direito de ação, expressamente previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que ilustra “o direito de, participando do processo em contraditório, buscar obter um resultado jurisdicional favorável” (CÂMARA, 2019, p. 33). Essa garantia permite a todo cidadão que ingresse ao Poder Judiciário a fim de obter solução à violação de direito que lhe acomete.

O acesso à justiça é definido por Mauro Cappelletti como o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a proteção estatal. Ademais, para essa efetivação, o cenário deve se valer da seguinte presunção: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos;

segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos" (CAPPELLETTI, 1988, p. 8).

Cumpre destacar que, atualmente, o direito fundamental de acesso à justiça engloba uma concepção muito mais aprofundada na busca pela efetividade, pois não mais pressupõe, tão somente, o direito de acesso à jurisdição e aos mecanismos processuais oferecidos pelo ente estatal, mas, acima de tudo, o direito que permite e garante uma prestação jurisdicional justa, efetiva, e num razoável espaço de tempo.

Adepto à essa nova concepção, Rodrigues enfatiza que o direito fundamental de acesso à justiça passa a ser encarado como o requisito fundamental mais básico entre os direitos fundamentais, "de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos" (RODRIGUES; LAMY, 2018, p. 103). Da mesma forma, Morais e Spengler (2012, p. 31) o analisam como "o mais básico dos direitos humanos" "mais básico dos direitos humanos", já que o seu objetivo gira em torno de oferecer a "[...] tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos (2012, p. 31).

Quanto a solução justa e efetiva de conflitos, destaca-se a igualdade proporcional na garantia dos direitos aos cidadãos para a consequente efetivação da cidadania. Assim,

> a ideia da chamada igualdade proporcional, segundo a qual tratar com igualdade é tratar desigualmente os desiguais, caminha exatamente nesse sentido. No conflito entre o forte e o fraco, o direito existe para garantir aquele que, na sua ausência, não teria possibilidades de alcançar uma decisão adequada para o problema que enfrenta (RODRIGUES; LAMY, 2018, p. 97).

Essa proteção do vulnerável contra o forte pressupõe o objetivo do direito moderno de primar pelo resgate da dignidade humana e da cidadania. Além disso, a justiça social passa a se situar no centro das atenções. Desse modo, ao poder jurisdicional cabe a construção de uma sociedade justa e democrática, vez que a justiça somente existe "quando a tutela jurisdicional é pronta e adequada" (RODRIGUES; LAMY, 2018, p. 123).

Ocorre que, na atualidade, é possível referir que esse objetivo vem enfrentando muitos óbices à sua realização, o que acarreta em um cenário de

crise na atuação jurisdicional. Essa situação pode ser atrelada aos muitos casos que refletem a inefetividade e ineficiência do Poder Judiciário na proteção e garantia dos direitos aos cidadãos. Essa realidade decorre em razão de vários fatores, a maioria deles atribuídos aos campos político, econômico e social (RODRIGUES; LAMY, 2018, p. 123).

Quanto a isso, Mauro Cappelletti (1988, p. 15) ressalta os aspectos em torno dos obstáculos que impedem a efetivação do acesso à justiça. Para o estudioso, os impasses e empecilhos criados pelo nosso sistema alcançam principalmente os autores individuais - geralmente vulneráveis - que, por falta de condições, não conseguem garantir uma justiça efetiva.

Dentro desse contexto, o estudioso aborda as custas judiciais, onde analisa que “a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas” (1988, p. 15). Na visão de Cappelletti, o ônus ao vencido nos países que adotam o princípio da sucumbência pode ser considerando pelo valor duplicado, já que à parte sucumbente cabe o encargo de arcar também com os custos da contrária (1988, p. 17). Ademais, Cappelletti destaca questões em torno das possibilidades das partes, que remetem ao fato de muitos litigantes auferirem privilégios em detrimento dos demais, e também situações relacionadas aos interesses difusos, que alcançam uma gama coletiva de envolvidos e dificultam a correção das lesões (1988, p. 21-27).

Diante desse complexo cenário, conclui o autor que os fatores que dão óbice aos problemas relacionados com o acesso à justiça dificilmente poderão ser eliminados por inteiro, principalmente porque a realidade os liga um ao outro. No entanto, analisa possíveis soluções que permitem “atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (1988, p. 31), enfatizando, entre eles, a assistência judiciária para os pobres, a devida representação dos interesses difusos e, de um modo geral, uma visão mais ampla de acesso à justiça.

Aliada à possível solução desenvolvida por Cappelletti, destaca-se a justiça multiportas. Referido modelo traduz uma nova visão no tratamento de conflitos, no qual a busca pela solução comporta a efetiva composição da lide a partir de múltiplas formas de composição. Quanto a essa tarefa, “vem-se

entendendo caber não só à sociedade civil, mas também ao Estado, a tarefa de prover diversas opções aos jurisdicionados" (TARTUCE, 2019, p. 70).

Por esse ângulo dá-se ênfase ao caminho "rumo à democratização do acesso à Justiça – à solução de conflitos –, princípio basilar do Estado Democrático de Direito" (MORAIS; SPENGLER apud SALES; RABELO, 2009, p. 76). Comporta, ademais, de acordo com os autores, um repensar quanto as formas utilizadas na resolução de conflitos visando a pacificação social, "que não desvirtuem os ideais de verdade e justiça social do processo, proporcionem a desobstrução da Justiça e assegurem as garantias sociais conquistadas" (2009, p. 76). Nesse sentido,

> na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça, impõe-se uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo, recuperando práticas relegadas a um plano secundário, diante da hegemonia da forma estatal de dizer o direito – a jurisdição. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 127/128).

Paralelo ao poder jurisdicional, o crescimento em importância dos instrumentos consensuais extrajudiciários tem aparecido com maior protagonismo nos últimos anos, surgindo como possíveis maneiras de encontrar respostas à crítica realidade jurisdicional. É possível atrelar tais métodos autocompositivos diretamente à efetividade na resolução de conflitos (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 121).

Dentro dessa realidade, esses novos métodos aparecem como uma justiça alternativa, considerando que as partes envolvidas no conflito poderão entender, a partir de suas próprias construções, o que deu origem e qual a melhor maneira de solucioná-lo. Essa solução oferece não apenas a composição no ato, indo muito além disso, ao passo que permite aos envolvidos a compreensão das origens do problema que gerou o conflito de interesses e do que é necessário para perquirir a melhor forma de consenso na relação conflituosa. É nesta seara que se introduz a mediação como instrumento que permite aos envolvidos uma atuação ativa na solução de seus conflitos, e se busca perquirir de que maneira esse instituto pode oferecer utilidade ao ser relacionado com a democracia.

3 A mediação como alternativa para o fortalecimento da democracia

A partir de um enfoque alusivo à solução de conflitos, indaga-se de que maneira o instituto da mediação pode ser identificado como prática democrática. Como se busca confirmar, a mediação focaliza uma maior e mais efetiva participação social, especialmente porque possui o diálogo e a participação ativa dos envolvidos como dois dos principais objetivos idealizados para alcançar soluções úteis e efetivas aos conflitos.

Para uma compreensão mais adequada, de início, cumpre diferenciar o que se denomina métodos tradicionais e métodos alternativos de resolução de conflitos. Enquanto que na tradicional forma de resolução de conflitos – imposição ao Poder Judiciário – existe uma autoridade representando o Estado-juiz que dita uma sentença diante de um conflito de pretensões, as formas alternativas visam proporcionar uma resposta efetiva com o auxílio de um terceiro, "cujo papel é o de facilitar os intercâmbios, e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 126).

Quando a decisão provém de via judicial, são considerados, na maioria das vezes, tão somente os efeitos normativos e estritamente jurídicos, o que pode permitir que o conflito permaneça silente até algum dia, em momento futuro, retornar de maneira agravada. Isso não seria, necessariamente, a solução efetiva de um conflito. "Quando, digamos, se resolve um conflito é porque as partes envolvidas puderam reconstruí-lo simbolicamente, conseguiram transformá-lo por tê-lo interpretado na reconstrução" (WARAT, 2018, p. 20).

Atualmente, muitos países já vêm adotando os meios consensuais na busca pela justiça, principalmente diante da

> percepção da necessidade de adequação das soluções ao tipo de conflito, as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas, e as consequências da má administração desses problemas. Nos mecanismos consensuais, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de gerir os conflitos, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, diminuição de custos e maior possibilidade de

> discussão de todos os aspectos inerentes ao conflito (não se restringindo apenas àqueles dados descritos nas peças processuais) (SALES; RABELO, 2009, p. 77).

Destaca-se que os meios consensuais, ao estimularem a participação social em decisões, passam por considerar as pessoas envolvidas como capazes de, além de encontrarem as soluções mais adequadas ao conflito, contribuírem "para uma nova visão de cidadania, na qual o indivíduo se torna protagonista e responsável por suas escolhas" (SALES; RABELO, 2009, p. 87). Assim, "o tratamento consensual de litígios pode ser caracterizado como uma desjudicialização do conflito" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 122).

Inserida entre essa gama de métodos encontra-se a mediação. Referida forma alternativa procura não se pautar nas funções operativas do sistema jurídico, para que o conflito possa ser analisado e resolvido da melhor maneira possível, alcançando a adequada solução a partir das peculiaridades e necessidades individuais de cada pessoa envolvida. Nas decisões judiciais, geralmente, uma das partes sai insatisfeita. É justamente nesse ponto que a mediação apresenta seu diferencial, porque objetiva compor o conflito através do diálogo, de maneira que a satisfação alcance a ambos os envolvidos.

Dentro desse contexto, a mediação apresenta-se como "o prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário" (MOORE, 1998, p. 22). Importante salientar que esse terceiro exercerá o papel de facilitador da relação entre as partes, delegando a elas o diálogo na busca de uma solução conjunta e auxilia ambas a alcançarem o acordo mediante termos mutuamente aceitáveis dentro da disputa (MOORE, 1988, p. 22). Partindo do reestabelecimento do diálogo como o principal e mais evidente objetivo da mediação, ela também proporciona a restauração da comunicação, a prevenção da administração de conflitos de maneira ineficaz e ineficiente, somados a inclusão e a paz social (SALES; RABELO, 2009, p. 81/82).

Quanto ao papel do mediador, Bush e Folger instruem que este deve estar convicto da sua capacidade e competência em contribuir para a composição entre as partes. Assim:

> A mediator is someone who intervenes to help when people are in the middle of conflict. Therefore anyone interested in serving as a mediator needs to reflect on two basic and related questions. The first one is this: What kind of help do these parties want and need from me? The second is this: What indeed is this phenomenon of conflict—with which I am supposedly going to help these parties—all about? A mediator who starts to intervene without clear and coherent answers to these questions could easily do a disservice to the parties, and to him- or herself. However, the answers are by no means obvious (2005, p. 41).

Somada aos benefícios já destacados, a inclusão social também é um ponto positivo decorrente da mediação, pelo fato de que as pessoas envolvidas no conflito e, consequentemente, no processo de mediação, são as mais importantes desse procedimento. Desse modo, o reconhecimento e a inclusão conduzem a "participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados (SALES; RABELO, 2009, p. 82).

Nesse ponto, especialmente, reside o viés democrático da mediação. No momento em que a pessoa participa da solução de seus próprios conflitos, está contribuindo para o exercício da cidadania, dando ênfase a participação social que se traduz nas nuances democráticas. Sabe-se que o processo de democratização pressupõe a existência de cidadãos ativos (SALES; RABELO, 2009, p. 82).

Em que pese Dahl afirme que não existe, de fato, uma democracia perfeita, opta por reconhecer que existem dois pressupostos caracterizadores do processo da democracia: "a inclusividade, com participação efetiva do cidadão na vida política, e a contestação pública, como o direito que o cidadão possui de se opor aos atos do governo" (DAHL apud SALES; RABELO, 2009, p. 82/83).

A relevante diferenciação de um tratamento de conflito através da mediação reside na autonomia conferida ao cidadão para resolver a controvérsia, pois em conjunto com o adversário e sob a orientação do mediador vai esmiuçar a solução mais adequada. Nesse ponto, em especial, cumpre traduzir o instituto como um poderoso instrumento democrático, porque "transforma a cultura política de sujeição em cultura política de participação" (SALES; RABELO, 2009, p. 83).

> Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. A

> mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido (WARAT, 2018, p. 17).

Warat se posiciona de forma otimista ao tratar do tema, vez que ao analisar a mediação relacionada com a autonomia, democracia e cidadania, elucida que referido entrelaçamento significa traduzir a capacidade das pessoas de "autodeterminarem-se em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença [...]" (2018, p. 18). Ademais, pode-se compreender a ligação da mediação com o que hoje se conduz a uma modificação significativa no sistema de solução de conflitos (WARAT, 2018, p. 17/18). A mediação caracteriza, portanto, "uma proposta jurídica de resolução de conflitos que escapa do normativismo" (WARAT, 2018, p. 20).

Tais particularidades constituem o ponto central da mediação, pois atualmente, para a solução da maioria dos conflitos, por mais simples que se apresente, se busca imediatamente a provocação dos aparatos do Poder Judiciário, que precisa mover toda a máquina para muitas vezes nem alcançar a análise do mérito da demanda. A mediação, nessa perspectiva, se mostra útil porque inaugura o viés transformativo da solução do conflito.

Outra relação caracteriza a importância da mediação: nem sempre o que uma pessoa afirma, revela o que ela, de fato, deseja. Dessa forma,

> Nos caminhos da transmodernidade jurídica, a resolução dos conflitos começa a tornar-se conveniente quando oferece uma variada gama de procedimentos e estratégias que possibilitam a resolução, com os menores riscos, desgastes emocionais, perda de tempo, custos econômicos elevados e eliminação das imprevisibilidades nos resultados (WARAT, 2018, p. 25).

Eis a significante ligação entre o objetivo da mediação e o propósito da democracia. Se às pessoas for permitida a participação em posição de igualdade em todos os âmbitos sociais, de modo que lhes permita expor livremente suas razões e opiniões através da participação ativa na tomada de decisões, tanto em âmbitos públicos quanto em relações estritamente particulares, estarão promovendo a cidadania e o principal objetivo da norma constitucional brasileira ao tratar sobre a participação popular.

A participação social também facilita a aproximação da sociedade para com o processo decisório, onde Rebêlo e Junqueira analisam que o ponto central "não se refere somente a possibilitar meios a participação, como também facilitar e tornar os cidadãos mais propensos a essa prática política virtuosa" (2018, p. 185/186). Inegável, portanto, a importância da participação social por meio de políticas públicas, fato que, além de fomentar a inclusão, em muito reduzir as desigualdades sociais enfrentadas por minorias que representam uma parcela superior à metade da população brasileira (COELHO, 2018, p. 103/104). pode oferecer muitas contribuições para o fortalecimento e o engajamento da democracia, promovendo a participação comunitária na busca por soluções às demandas.

Considerações finais

Ao passo que se objetivou analisar de que maneira a mediação pode contribuir para o fortalecimento da democracia no Estado Democrático de Direito, foi possível alcançar uma conclusão positiva quanto a relevância do instituto na promoção da participação ativa dos cidadãos. Partindo de um detalhamento das nuances da democracia no Brasil, traçou-se uma análise de seus mais variados aspectos até se adentrar no crítico cenário vivenciado na atual jurisdição brasileira quando da prestação do acesso à justiça, a partir do que se pôde introduzir a realidade problemática no tocante a efetiva resolução de conflitos. Inserida nessa seara, a mediação se mostra como um importante método na promoção do acesso à justiça pautado na busca por igualdade a partir da inclusão social.

A realidade atual da tradicional jurisdição, em muitos casos, posiciona os cidadãos em uma situação passiva, na qual seu papel é aguardar por soluções determinadas e impostas pelos representantes do Estado nas mais variadas situações, além de, quando da ocorrência de conflitos, permanecer no aguardo de uma sentença dotada de um método decisório imposto, que por vezes obstaculiza a efetiva e adequada resolução do litígio.

É nesse ponto que se destaca a importância dos meios alternativos - neste particular, a mediação - como instrumento que comprova e dissemina a ideia de que a resolução de conflitos pela via judicial não caracteriza a única e melhor

maneira de se perseguir uma resolução dotada de efetividade. Mais do que isso, a mediação confere ênfase à voz popular para que a partir dela se traduzam as demandas e os anseios da sociedade através da participação popular de fato, como determina a norma constitucional.

A mediação pressupõe a responsabilidade das partes na resolução dos próprios conflitos por meio do diálogo e da oportunidade para explanar suas concepções. A implementação do instituto permite aos cidadãos exteriorizarem sua voz ativa, além de aumentar a probabilidade de que o processo promova a justiça de uma forma democrática. Ademais, a utilização da mediação permite que os participantes proponham e auxiliem na construção do processo decisório promovendo a humanização da solução de conflitos e ampliando o acesso à justiça para a construção da cidadania exteriorizada pela vontade popular.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Lucio Henrique Spiazzi Algerich; KIYAMA, Yoshiaki Yamamoto. **A democracia entre a teoria geral do estado**: da mutação do estado de matriz liberal para o bem-estar social. Anais do XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15828 - ISSN 23583010, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2019, art. 5º.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. Rev. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COELHO, Priscila. **Elaboração normativa e políticas públicas para maior equidade racial e de gênero na representação política.** *In:* PINTO, Felipe Chiarello de Souza; PAOLI, Carolina de Gioia (Org). VARGAS, Marco Antônio Martin; KUFA, Karina (Coord.). **Participação política como exercício da cidadania** [Recurso Eletrônico on-line]. Londrina, PR: Thoth, 2018, p. 97-111.

DAHL, Robert A. A **democracia e seus críticos**. **T**radução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. **A efetivação do direito fundamental à democracia através da mediação comunitária**. In: EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de; VALLEJO, Gina Esmeralda Chávez (Coord.) Participação e Democracia I. [Recurso Eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UASB. Florianópolis, CONPEDI, 2018, ISBN: 978-85-5505-680-2.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: las crisis de la democracia constitucional. Madri: Mínima Trotta, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2006.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

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

REBÊLO, Felipe Cesar José Matos; JUNQUEIRA, Michelle Asato. **O sistema eleitoral distrital e a participação democrática.** *In:* PINTO, Felipe Chiarello de Souza; PAOLI, Carolina de Gioia (Org). VARGAS, Marco Antônio Martin; KUFA, Karina (Coord.). **Participação política como exercício da cidadania** [Recurso Eletrônico on-line]. Londrina, PR: Thoth, 2018, p. 167-193.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RUBIO, David Sanches. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SALES, Lilia Maia de Morais; RABELO, Cilana de Morais Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos**: Instrumentos de democracia. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194916.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.