

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

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

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

O ACESSO À JUSTIÇA PERANTE A CRISE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL: A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE EMPODERAMENTO DO HIPOSSUFICIENTE.

ACCESS OF JUSTICE BEFORE THE JUDICIARY CRISIS IN BRAZIL: MEDIATION PROCEDURES AS AN EMPOWERMENT METHOD TO ECONOMICALLY DISADVANTAGED LITIGANTS

Matheus Pessoa de Faria ¹

Danilo Ribeiro Peixoto ²

Aline Ferreira Gomes de Almeida ³

Resumo

A busca pela utilização de métodos autônomos de resolução de conflitos é uma exigência da sociedade contemporânea. Neste passo, apresenta-se tanto críticas quanto benefícios direcionados a tais métodos. Objetiva-se verificar se a adequada aplicação da mediação, com efetivo empoderamento e atribuição de autonomia às partes litigantes, protagonistas da formulação da solução para a situação conflituosa, contribui significativamente para a concretização e materialização do direito constitucional de acesso à justiça, princípio pilar do Estado Democrático de Direito. Por meio de análise da experiência prática com a mediação na Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - DAJ/UFMG, visa-se averiguar as consequências da utilização do procedimento da mediação, em relação às partes em conflito. Conclui-se, portanto, que a adequada aplicação da mediação, quando mostra-se viável no caso concreto, oferece grande contribuição no que diz respeito à efetivação do direito constitucional de acesso à justiça, especialmente para as partes litigantes economicamente hipossuficientes.

Palavras-chave: Mediação, Empoderamento, Autonomia, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

Contemporary society always demands new initiatives to conflict solution. A modest review of autonomous methods of conflict solution is presented, with a special appeal to mediation procedures. The objective is to verify if an appropriate mediation procedure that grants empowerment and true autonomy to contradictory litigants, protagonists while formulating

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Bolsista de Iniciação Científica pelo PIBIC/CNPQ; Estagiário voluntário na Divisão de Assistência Judiciária (DAJ/UFMG); Email: matheuspswk@gmail.com.

² Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutorando pela mesma instituição. Orientador-Advogado na Divisão de Assistência Judiciária (DAJ/UFMG) E-mail: danilorpeixoto@gmail.com

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Orientadora-Advogada na Divisão de Assistência Judiciária (DAJ/UFMG); Mediadora de conflitos pelo Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB);Email: alinefgalmeida@gmail.com.

solutions to conflictual situations, is able to significantly contribute to the implementation and effectiveness of the constitutional right of access to justice, one of the pillars of a constitutional democratic state. With the aid of an analysis of practical environment experiences on mediation procedures done by the legal aid division of Universidade Federal de Minas Gerais' Law School (DAJ/UFMG), this study aims to find out the consequences of mediation procedures to conflicting parties. This paper concludes that an adequate application of mediation procedures, when possible in a single case, provides great contribution to the effectiveness of the constitutional right of access to justice, especially to economically disadvantaged litigants.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation procedures, Empowerment, Autonomy, Access to justice

1. INTRODUÇÃO

Em plena segunda década do Século XXI, as discussões no âmbito constitucional superaram o problema da normatividade das regras constitucionais. Toma-se o Estado Democrático de Direito como paradigma que tem como seu grande ápice a Constituição nacional, posta como o fundamento máximo de validade de toda essa ordem normativa. As normas constitucionais, com efeito, não apenas são reconhecidas como providas de força normativa, mas como detentoras de hierarquia máxima do direito interno, visto contemporaneamente como um sistema encabeçado, dirigido e conformado pela Constituição.

O grande problema que se enfrenta no século XXI, por conseguinte, não é mais sobre o papel da Constituição, mas o de sua efetividade. Isso sobretudo considerando o seu núcleo material e axiológico, razão de ser de toda ordem constitucional: os direitos fundamentais. O problema da efetividade dos direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito é também, naturalmente, problema de materialização da justiça, porquanto numa ordem constitucional contemporânea a implementação desta necessariamente pressupõe a implementação daqueles.

O tema do acesso à justiça é de significativa envergadura nessa problemática, porquanto, evidentemente, a efetividade dos direitos do cidadão pressupõe um poder jurisdicional competente para assegurá-los.

Um sistema constitucional democrático, como é o caso do Direito Brasileiro, naturalmente deve conferir grande amplitude nesse acesso, tanto no plano textual-normativo quanto no de sua implementação prática.

A Constituição de 1988, logo em seu artigo 1º, define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito; que tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (inc. II e III); que almeja como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização, promovendo o bem de todos independentemente de preconceitos de quaisquer origens (art. 3º, inc. I, III e IV).

A partir de tais traços basilares, considerando a realidade socioeconômica da sociedade brasileira, na qual a pobreza e a exclusão social atingem grande parte de seus extratos, o acesso à justiça naturalmente não poderia ser prerrogativa de uma camada social, que se veria ainda mais privilegiada em relação àquelas que já são desfavorecidas. Nesse sentido, o desafio pela efetivação dos direitos fundamentais demanda, em grande parte, atentar-se às condições do hipossuficiente.

O sistema jurídico brasileiro contempla, em âmbito normativo, meios que resguardam democraticamente as possibilidades de acesso à jurisdição. Em primeiro lugar, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, confere a todo cidadão amplo direito de petição. Este se vê significativamente amparado pelo instituto da justiça gratuita, que possibilita a prestação jurisdicional gratuita por parte daqueles que não possuem condições de custear o aparato judicial sem o comprometimento de sua subsistência (art. 5º, LXXIV, da CRFB/1988; art. 4º, caput, da Lei nº 1.060/1950; art. 98, CPC/2015). Possibilita-se, ainda, a representação advocatícia gratuita por meio das Defensorias Públicas dos Estados e da União, dos núcleos de assistência jurídica das Faculdades de Direito e também pelos advogados dativos.

Inclusive, os autores deste trabalho, advogados em Divisão de Assistência Judiciária de Universidade Pública, analisaram a temática a partir de suas experiências profissionais junto à assistidos hipossuficientes, mais especificamente no que tange ao emprego do procedimento de mediação extrajudicial, realizada em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Como se vê, o Direito Brasileiro não exclui o hipossuficiente do processo, ao menos normativamente. Nada obstante, nem sempre as situações de fato lhe permitem um acesso efetivo a uma prestação jurisdicional inclusiva. Considerando especialmente que hipossuficiência econômica geralmente se vê associada a uma defasagem educacional, nem sempre o hipossuficiente possui condições de compreender com lucidez as situações em que lhe cabe reivindicar os seus direitos ou simplesmente defender os seus interesses.

Tal fato, associado a uma comum baixa-estima, que muitas vezes se transparece devido à condição de desfavorecimento socioeconômico, somado ao tecnicismo da linguagem jurídica, bem como ao excesso de formalidade do processo e das instituições judiciárias, faz com que tais cidadãos ainda se enxerguem como alheios e excluídos da prestação jurisdicional. Outrossim, é preciso reconhecer também que a simples possibilidade de acesso jurisdicional não implica por consequência em uma efetiva paridade de condições entre os litigantes. Nem sempre o advogado público possui as condições práticas de oferecer o mesmo suporte do que um advogado particular para as mesmas demandas.

Neste trabalho, parte-se do pressuposto de que acesso à justiça não se confunde necessariamente com acesso à jurisdição e ao processo. A atual crise na prestação jurisdicional no Brasil instiga a busca por meios alternativos para a solução de conflitos, inevitáveis na vida em sociedade no contexto da contemporaneidade.

Sendo assim, a discussão sobre o acesso à justiça precisa contemplar novas soluções para os desafios que se impõem, e isso implica estender o alcance de meios alternativos conhecidos e eficazes à composição de litígios. Enxerga-se em um desses métodos, o da mediação, uma forma eficaz e de desejável estímulo para tanto.

Assim, analisa-se, portanto, a experiência prática com a mediação vivenciada durante a atuação de advogados e estagiários na Divisão de Assistência Jurídica da Universidade Federal de Minas Gerais, cujos clientes/assistidos, em sua maioria, são pessoas pobres.

Um acesso à justiça verdadeiramente inclusivo demanda efetiva paridade de condições entre as partes litigantes. A mediação parece se configurar como alternativa de excelência quanto à equiparação das partes, que se veem em condição de igualdade na proposta de buscar uma solução comum e dialogal para o conflito como um todo, e não apenas voltada à imposição de um acordo supostamente apaziguador.

Nesse sentido, considerando a crise da prestação jurisdicional no contexto brasileiro hodierno e também a situação de desfavorecimento do hipossuficiente, que ainda se vê pouco incluído em um efetivo acesso à justiça a partir da via processual clássica; objetiva-se com a presente pesquisa vislumbrar a mediação como possibilidade de um caminho diferenciado para o hipossuficiente na composição de conflitos, eis que se verificam avantajadas as condições de equiparação das partes em diálogo. Para tanto utiliza-se da metodologia jurídico-propositiva (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 29).

2. RENOVAÇÃO PARADIGMÁTICA: BUSCA POR HORIZONTALIZAÇÃO E FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em meados do século XVIII, Montesquieu consagrou sua tese da tripartição de poderes, que tornou-se mundialmente conhecida e influenciou de forma significativa no início da monopolização do exercício da prestação jurisdicional pelo Estado, o que ocorreu de forma semelhante com a que se verifica nos dias atuais (TAVARES, 1998).

Pode-se afirmar que, “à medida em que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos.” (OUVÍDIO BAPTISTA, 2006, p. 15-16).

Atualmente, a sistemática constitucional do Estado democrático de direito, adotada pela Constituição Federal de 1988, garante ao cidadão brasileiro o direito de acesso à prestação jurisdicional do Estado. Nesse sentido, o direito de ação decorre do próprio

monopólio estatal da justiça. Assim, uma vez que declarou defesa a justiça privada, feita “pelas próprias mãos” do sujeito lesado, o Estado chamou para si a responsabilidade de prestar a tutela jurídica dos direitos subjetivos, sempre que aquele, por considerar terem sido lesados ou ameaçados seus direitos, a solicitar regularmente. (THEODORO JR., 2015. p. 150).

No entanto, em conformidade com uma interpretação pautada nas balizas constitucionais do Estado Democrático de Direito, o direito de ação precisa vir acompanhado de resultado útil e duração razoável do processo, sem os quais a tutela jurisdicional perderia sua eficácia.

Porém vivencia-se, no Brasil, um cenário de verdadeira crise na clássica prestação jurisdicional estatal, dada a emergência de inúmeros novos conflitos desde a época da ditadura militar brasileira, que aconteceu desacompanhada do respectivo preparo jurisdicional (FARIA, 2005).

É nesse sentido que pode-se afirmar que o acesso à tutela jurídica estatal do direito subjetivo não significa o mesmo que o acesso à justiça.

Defrontando-se com as concepções tradicionais de jurisdição, ação e processo, Aroldo Plínio Gonçalves enfatiza que conceitos os quais responderam a uma realidade normativa do século XIX não são mais adequados a atender a realidade normativa do mundo de hoje, apresentando o anacronismo em se conceber atualmente o processo como relação jurídica.

A alteração do conceito de processo estaria ligada à renovação do conceito de procedimento, sendo aquele uma espécie deste. Gonçalves identifica na teoria de Elio Fazzalari a grande contribuição para o construto de novos conceitos que atendam as necessidades hodiernas, de modo orgânico, lógico e sistematizado. Dessa forma, na esteira de Fazzalari, ensina que deve o processo ser concebido como um procedimento realizado em contraditório entre as partes, estabelecido normativamente de modo a regulamentar o exercício da jurisdição e a garantir a participação dos destinatários na formação do provimento judicial. (GONÇALVES, 2012).

Ainda segundo Gonçalves, o contraditório, garantido constitucionalmente, (CR/88, art. 5º, LV), não se concilia com um vínculo de sujeição. Muito pelo contrário: repudia o exercício da jurisdição como atividade isolada do Estado e possibilita uma forma de atividade realizada com a participação dos interessados com garantias de simétrica paridade. Nesse sentido, “a ideia que está em sua base é a da evolução da prática da democracia e da

liberdade, em que os interesses divergentes ou em oposição encontram espaço garantido para sua manifestação, na busca da decisão participada.” (GONÇALVES, 2012, p. 171).

Antes de se pensar a função jurisdicional com a participação das partes na preparação do provimento judicial, as reflexões jurídicas justiça no processo estavam ligadas à missão do juiz, projetando-se nele as esperanças de retificação das injustiças. Gonçalves (2012, p.171) enfatiza que, em face das novas “conquistas do Direito”, o problema da Justiça no processo foi deslocado do “papel-missão” do juiz para a garantia das partes.

Fernandes e Pedron destacam que conceitos como ordem jurídica justa e o próprio conceito de justiça estão eivados por um “axiologismo estatalizante” fechado e pouco apto aos influxos que permitem um senso de adequabilidade necessário à produção de decisões legítimas. Defendem, por conseguinte, uma noção de soberania difusa em que o Estado é um ator dentre outros atores sociais.

Nesse sentido, as discussões acerca da legitimidade das decisões judiciais deixou de ser um problema concentrado na figura do juiz, deslocando-se de um “virtuosismo ético-político” por parte deste para a garantia de uma decisão participada que considere a argumentação dos diferentes afetados por essa decisão. Trabalham os mencionados autores com o acesso à justiça visto a partir de uma perspectiva que classificam como “qualitativa”, ao avaliarem o aspecto da legitimidade das decisões sob paradigma do Estado Democrático de Direito, que não comporta se resume a problemas ligados a operacionalidade e eficiência institucional (FERNANDES, PEDRON, 2007).

Nessa ordem de ideias, infere-se que a renovação paradigmática trazida pela constitucionalização do Direito, sobretudo com a instalação de um Estado Democrático de Direito que valoriza o contraditório e, em geral, a participação dos destinatários das normas jurídicas; promove uma tendência de ‘horizontalização’ no estabelecimento das normas aptas a regulamentar os conflitos em que partes a princípio antagônicas se veem envolvidas.

Naturalmente, o contraditório, o diálogo e a participação em âmbito institucional em uma democracia constitucional não ficam restritos apenas ao processo judicial. Ampliam-se as demandas pela abertura de espaços de fala no qual se permite o diálogo e a participação dos cidadãos, que, dessa maneira, podem se enxergar como participantes do processo de elaboração dos provimentos estatais. No âmbito legislativo, a asseguarção de tais procedimentos propiciam que os diversos atores sociais se enxerguem como co-autores das normas que a eles são destinadas. Abrem-se, assim, espaços que possibilitem uma racionalidade comunicativa em que as pessoas se enxergam como fins e não como meios.

Criam-se espaços de consenso entre iguais que participam do processo de formulação da própria norma. Amplia-se, portanto, a demanda por maiores espaços de autonomia.

Nesse sentido, a sociedade contemporânea encontra-se em um cenário no qual falar-se na tradicional jurisdição estatal como a única forma correta de resolução de conflitos, capaz de fornecer às partes conflitantes a solução mais justa, não faz mais sentido. A contemporaneidade, diferentemente da Idade Moderna, caracteriza-se pelo multiculturalismo e coexistência de dessemelhanças, do que decorre a eclosão de um maior número de desentendimentos, bem como maior grau de complexidade e profundidade dos conflitos emergentes, em relação aos que mais comumente ocorriam na Modernidade (ALMEIDA, 1999).

Derek Bok enviou, em 1983, relatório aos diretores de Harvard solicitando uma nova orientação para o ensino jurídico. Nesse sentido, construiu uma crítica, no sentido de que as Faculdades de Direito deveriam priorizar os métodos consensuais de resolução de conflitos, preferindo o acordo em detrimento da inclinação clássica do currículo jurídico, que preparava estudantes para o combate jurídico (Bok, nota supra 1, .p 45).

Dessa forma, Bok procurava fazer com que as cortes enxergassem com maior destaque as formas voluntárias de solução de controvérsias. Nesse sentido, contribuiu significativamente para o surgimento de um movimento, até então, novo no direito, conhecido como ADR (Alternative Dispute Resolution – Solução Alternativa de Controvérsias) (FISS, 2002, p. 120).

Em geral, os apoiadores da ADR consideram louvável a ideia da preferência pelo acordo, no lugar do litígio, sendo a adjudicação, a partir de então, tratada como procedimento apto para a solução de controvérsias (FISS, 2004, p. 122-123).

3. O PROBLEMA DA UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS AUTÔNOMOS SEM EFETIVO EMPODERAMENTO E AUTONOMIA CIDADÃ

Apesar de todos os benefícios que os métodos autônomos de resolução de conflitos podem propiciar às partes, Owen Fiss pondera que “o entendimento de que a adjudicação e o acordo devem ser priorizados, em benefício das partes em conflito, baseia-se em premissas equivocadas, como, por exemplo, uma relativa igualdade entre os litigantes.” (FISS, Owen, 2004, pág. 123-124).

O que se observa, na prática, é que, muitas vezes, os acordos realizados por meio de métodos alternativos baseiam-se em consentimentos “viciados”, claramente influenciados por

aspectos externos, como, por exemplo, as condições econômicas das partes. Nas palavras de Fiss, “o acordo é também um produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo que tais recursos são, frequentemente, distribuídos de maneira desigual” (FISS, 2004, p. 124).

Muito embora o autor supracitado realize estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade, nada impede que conceitos por ele trabalhados sejam aplicados à realidade jurisdicional brasileira.

Afinal, não são raras as disparidades econômicas entre as partes conflitantes envolvendo um(a) brasileiro(a) em litígio. Por exemplo, é muito comum, sobretudo em relações trabalhistas, ocorrer de a parte economicamente hipossuficiente, quase sempre o trabalhador, ser levada a aceitar um suposto acordo, a fim de evitar os prolongamentos do processo judicial, por necessitar, com urgência, do valor oferecido pela parte contrária a título de indenização no “acordo”, abrindo mão, assim, da real quantia à qual tem direito, por questão de necessidade.

É muito comum, ainda, que o litigante mais pobre seja levado a pedir a homologação de um acordo, para não ter que arcar com as custas processuais. Mesmo a existência da concessão de gratuidade da justiça, apesar de tratar-se de louvável instituto da perspectiva do direito constitucional de acesso à justiça, não é suficiente, por si só, para igualar as condições das partes. O mesmo pode-se inferir a respeito do pagamento, pela parte contrária, das verbas de sucumbência em caso de vitória processual.

Além disso, cabe salientar o problema da ausência de representatividade efetiva, em determinados casos, no que se refere à acordos realizados entre organizações, como empresas e sindicatos. Por exemplo, o presidente de uma sociedade anônima pode celebrar determinado acordo a fim de evitar sejam descobertos determinados aspectos de sua gestão, ainda que ele não seja favorável aos demais acionistas, ou mesmo à própria S.A., por questões de interesse pessoal. (FISS, 2004, p. 129).

A questão da representatividade mostra-se ainda mais problemática quando analisada em relação aos denominados “grupos sociais”. Estes são, em apertada síntese, uma forma de interação humana na qual determinadas pessoas, por compartilharem o sentimento de identidade grupal, interesses e objetivos comuns, mantêm relações estáveis e contínuas entre si. Afinal, a obtenção do consentimento efetivo de determinado grupo pressupõe procedimentos de legitimação representativa que a maioria dos grupos sociais, por falta de organização e estrutura, não adota.

Segundo Fiss, a aprovação de determinado acordo para homologação, por parte do juiz, aparentemente dependeria do consentimento pleno entre as partes, o que não condiz com a realidade. Quando se trata, por exemplo, de ações envolvendo grandes grupos sociais ou organizações, o consenso pleno é, na maioria das vezes, impossível, pois seria preciso a anuência de todos os membros do grupo. Nesse sentido, Fiss advoga que o juiz, ao aprovar determinado acordo, considera, na verdade, a proximidade deste com uma suposta sentença obtida após efetiva instrução processual. Nesse sentido, “... A base para a aprovação do acordo, ao contrário do que sugere a história da solução de controvérsias, não é, portanto, o consentimento, mas a proximidade do acordo com relação à decisão judicial.” (FISS, 2004, p. 133). Além disso, o acordo evita que o julgador realize todos os procedimentos investigativos inerentes à instrução judicial.

Não obstante as pertinentes críticas ao acordo elaboradas por Fiss, procura-se demonstrar que a mediação, desde que pautada em efetivo empoderamento e autonomia das partes, pode contribuir significativamente para a concretização de direitos constitucionais dos mediados, principalmente dos hipossuficientes.

Owen Fiss admite que, apesar de nem sempre ser possível, muitas vezes é interessante que o processo judicial seja evitado, não apenas para o juiz, que vê-se livre do peso do julgamento, mas também para a sociedade (FISS, 2004, p. 141).

No presente artigo, porém, procura-se ir além: o litígio, além de demandar custas para as partes envolvidas, muitas vezes, não resolve os problemas dos próprios litigantes. Além disso, o acordo por meio da mediação, quando possível e corretamente conduzido, mostra-se benéfico tanto para o judiciário, que vê-se atualmente supersaturado de processos, o que acarreta na morosidade processual, quanto para as partes, que evitam os desgastes e a solução demorada da clássica ação judicial.

Há conflitos que não se resolvem simplesmente com uma sentença ou acórdão judicial. Sua dimensão abrange muito mais que apenas os pedidos das partes.

Suponha-se, por exemplo, que uma ação de divórcio, na qual a verdadeira causa do conflito insurgente entre as partes, que não foi mencionada nos autos, estivesse, na verdade, pautada em sentimentos pessoais de mágoa entre os conflitantes. Em um caso como esse, uma sentença judicial, por mais que estivesse em plena conformidade com a “fria” letra da lei, não resolveria plenamente a questão, pois uma solução mais eficiente para o caso deveria pautar-se primordialmente em aspectos psicológicos, subjetivos, em lugar da técnica jurídica.

Há, portanto, situações nas quais o conflito, para que haja uma solução eficaz, precisa ser redimensionado, buscando-se as verdadeiras razões que o motivam, bem como

qual a melhor forma de se solucioná-lo. Assim, necessariamente, faz-se necessário o respeito ao lugar de fala das partes conflitantes, com efetivo empoderamento e autonomia. Para isso, o auxílio de um(a) mediador(a) bem preparado(a), sensível às peculiaridades de cada caso concreto, contribui significativamente.

A mediação não busca uma decisão de terceiro, tampouco uma solução restrita especificamente ao pedido da parte autora, mas, em vez disso, visa a obtenção de um consenso entre as partes, com a consequente preservação de relações interpessoais. Nesse sentido, o mediador deve auxiliar as partes a realizarem uma reconstrução simbólica da lide (WARAT, 2004, p. 60).

Assim, dado que a busca pela resolução de métodos alternativos à clássica ação judicial de resolução de conflitos é uma necessidade da própria sociedade contemporânea, conforme exposto inicialmente, a mediação, pautada pelas balizas do empoderamento e autonomia das partes, mostra-se como grande instrumento de efetivação de direitos constitucionais, dado o redimensionamento dos conflitos que possibilita e o atual contexto de morosidade processual do judiciário brasileiro.

4. MEDIAÇÃO

A mediação apresenta-se como um procedimento em que um terceiro imparcial auxilia - não julga, aconselha ou assessora - os mediados a transformar a interação do relacionamento, por meio do diálogo, explorando temas objetivos e subjetivos e possibilidades de resolução.

Os primórdios deste método remete-se a 1970, quando Mauro Cappelletti, idealizador do Projeto Florença de Acesso à justiça, que repercutiu no movimento mundial de acesso à justiça, apresentou em sua terceira onda renovatória, premissas para a criação de uma justiça mais acessível e participativa, que embasa os métodos complementares de resolução de conflitos (anteriormente denominados como métodos alternativos de resolução de conflitos, ADR - Alternative Dispute Resolution) (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, et al., 2015, p. 214).

Essa diretriz influenciou o sistema de justiça brasileiro, tanto que pós-Constituição de 1988, implementa-se o que Cappelletti denominou de justiça coexistencial, que consiste em vias plúrimas para o dimensionamento mais apropriado dos conflitos, para além de pensar a jurisdição como via única.

Destaca-se que a mediação não deve ser vista como o meio a ser empregado para a solução de todo e qualquer tipo de demanda, mas como uma das portas que podem ser empregadas, sendo para muito casos a via mais adequada, por prescindir da cooperação entre as partes e da responsabilização pela formação da solução, possibilitando acordos atentos a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, bem como o compromisso com o acordo. Assim, para diferentes situações de conflito, há diferentes tipos de métodos de resolução.

Esta temática adquire maior evidência pela previsão tanto na Lei nº 13.140, conhecida como lei de mediação, quanto no CPC/2015, que apresenta destaque aos métodos consensuais de resolução de conflitos, reforçando e reconhecendo o modelo multiportas (art. 3º, CPC/2015), diplomas que apresentam pontos de complementaridade e divergências. Ambos estabelecem princípios norteadores, sendo de comum previsão a imparcialidade do mediador, a oralidade, a informalidade, confidencialidade e autonomia da vontade. Na Lei de mediação estão previstas a isonomia entre as partes, a busca do consenso e a boa-fé. No CPC/15, por sua vez, estão elencadas a independência e a decisão informada. Assinala-se que além deste ponto, há outras divergências entre essas leis, o que não será analisado no presente trabalho.

5. EMPODERAMENTO

Os autores vivenciam a mediação em experiência prática profissional na Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais - DAJ/UFMG, por meio de parceria com a OAB/MG. Por tratar-se de divisão acadêmica de assistência à população hipossuficiente de Belo Horizonte, sendo aplicado o critério socioeconômico para deferimentos dos casos, percebe-se que a maioria dos assistidos têm escolaridade baixa (grande parcela analfabeta ou semi-analfabeta), com limitações comunicativas e instrutivas.

Nesta linha, enquanto advogados, busca-se, como primeira medida, o mapeamento do conflito, para que se possa adquirir informações capazes de ampliar o prisma que se enxerga o caso, por meio da escuta ativa e a comunicação não violenta - CNV (ROSEMBERG, 2006). Para que, desse modo, seja possível auxiliar o cliente/assistido a observar o conflito de forma objetiva e definir quais ações dos envolvidos na lide lhe incomodam, utilizando-se de verbos e não de adjetivos. Cabendo, assim, ao cliente/assistido identificar quais sentimentos o conflito lhe desperta, sem estabelecer relação com o outro.

Após, cabe observar se o sentimento surge em função de necessidades não atendidas, que devem ser identificadas. E uma vez identificadas, deve-se ponderar como podem ser atendidas.

Feito isso, cabe a escolha do melhor procedimento a ser aplicado ao caso, após a apresentação das vias possíveis. Apresentar estes caminhos de resolução de conflitos é o primeiro passo para o empoderamento do assistido, vez que a apresentação de opções é uma forma de conferir poder para que gerencie seu conflito, vez que o maior interessado e afetado pela resolução é ele próprio. Portanto, nada mais justo que a decisão consciente e final seja de sua competência.

Infelizmente, o que se observa na prática é o cliente relatar ao advogado qual o contexto do conflito que pretende solucionar, e este profissional, de modo solipsista, adota o procedimento que ele acredita o mais acertado e vantajoso ao caso, segundo seus próprios parâmetros e necessidades.

Ainda, o advogado, em audiência, assume postura ativa, combatente e beligerante, de modo a assumir a falar pelo cliente, escolher as melhores estratégias e argumentos; de modo que o cliente/assistido mal sabe o que se passa em seu processo, sendo alheio aos trâmites burocráticos e judiciais. Contexto ainda mais agravado quando se trata de hipossuficientes, que apresentam maiores obstáculos, tanto físico, quanto cognitivo, comportamental, entre outros, para o acompanhamento e entendimento do caso.

A par deste contexto, emerge-se um novo paradigma para a resolução dos conflitos e, por consequência, da atuação do advogado, sobretudo no que tange ao destaque conferido a mediação. Ressalta-se a importância conferida ao advogado que, segundo art. 133, CR/88, “é indispensável à administração da justiça”, e, enquanto a sua atuação, não se pode perder de vistas dispositivo do código de ética da OAB, que determina em seu art. 2º, VI, que constitui dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Assim, caso a via adequada para o caso seja a mediação, que deverá ser estimulada sempre que possível pelos advogados - bem como por todos os agentes processuais (art. 3º, § 3º, CPC/15) - cabe a este profissional preparação do cliente/assistido para que chegue numa sessão de mediação observando o conflito de forma objetiva, o que facilita o diálogo e aumenta as potencialidades do procedimento, pois tende-se ao reconhecimento das necessidades do outro como válidas.

Ainda, cabe ao advogado elucidar seu cliente quanto ao funcionamento do procedimento, suas limitações e a atuação dos mediadores e advogados. Ressalta-se que a

tomada de decisão consciente para a participação em procedimento de mediação, para além da voluntariedade inerente, é forma de empoderamento, de modo a ressaltar a autonomia do cliente/assistido.

Neste procedimento, o protagonismo é das partes, cabendo a elas expressar suas necessidades, por meio da CNV, para que, por meio do diálogo, da escuta ativa, da empatia e do emprego de técnicas adequadas pelo mediador, possam trabalhar o conflito e, se possível, chegar a um acordo (o que não é o objetivo principal de uma mediação, nem requisito obrigatório, mas uma possibilidade), que atenda as necessidades de todos os envolvidos. Assim, passa o advogado a assumir um novo papel, o de auxiliar das partes, e não de representante, atuando quando necessário e conveniente. Aliás, não deve o advogado falar pelo mediado, nem chegar numa sessão com respostas prontas, nunca deve assumir ou inferir que sabe o que o cliente quer ou precisa, deve esperar que este manifeste.

Durante a mediação, deve o advogado atuar em prol dos interesses de seu cliente, mas adotando postura colaborativa, apresentando aportes jurídicos, as possibilidades e os riscos envolvidos. Após a mediação, deve acompanhar o cumprimento do acordo e, se for o caso, proceder a homologação.

Quanto a atuação do advogado, mais especificamente no auxílio de um assistido com condições financeiras que o enquadre em status de hipossuficiente, ressalta-se a importância premente de uma preparação adequada, com vias a autonomia e o empoderamento, por tratar-se de um indivíduo que normalmente encontra-se em situação de invisibilidade social e de marginalização de seus direitos.

Instruir este assistido adequadamente por meio do mapeamento do conflito, a comunicação não violenta, o aporte jurídico necessário e a possibilidade de escolha, de poder para solucionar seu conflito com consciência e autonomia, num espaço que lhe confira voz, atuação ativa e a responsabilização pela resolução de seus conflitos é a mais verdadeira e eficaz forma de acesso à justiça e pacificação social.

É nesse sentido, portanto, que fala-se em empoderamento e atribuição de autonomia às partes na gestão do conflito, uma vez que estas, em um procedimento adequado de mediação, serão as efetivas protagonistas da solução da lide.

6. CONCLUSÃO

Para além da importância sobre como os juízes decidem os casos (DWORKIN, 2007), aqui, ganha importância o modo como os cidadãos, destinatários da norma jurídica, participam do procedimento de solução dos conflitos.

No processo, mesmo visto como procedimento realizado em contraditório entre as partes, o sujeito processual pode até ter garantida a possibilidade de real participação, procurando influir no livre convencimento do magistrado e na fundamentação da decisão, no entanto, é apenas personagem inserida no procedimento. Não pode ser vista como a protagonista, uma vez que a incumbência de se manifestar é do advogado e de proferir uma solução para o caso concreto reside em um órgão judicante competente para fazer atuar poder jurisdicional do Estado. A verticalização é inerente, por mais que se procure horizontalizar a relação processual.

Por outro lado, em um procedimento como a mediação, com a possibilidade de efetivo empoderamento, as partes são de fato as grandes protagonistas. Não existe, nesse contexto, uma fala provida de autoridade derradeira que deve ser obedecida com a submissão daqueles a quem é destinada, sob pena de sanções impostas verticalmente. Constrói-se um espaço puramente horizontalizado, promovendo-se o diálogo que dará azo à formação de um consenso que regerá o modo de se resolver o conflito. A parte, aqui, é efetivamente co-autora das regras pertinentes à solução de cada caso. É um espaço de efetiva autonomia e de máxima legitimidade democrática.

Ressalta-se que para a consolidação e ampliação da mediação, deve haver a estruturação de um modelo que não represente a fuga ao judiciário, mas um meio que observe a autonomia das partes, de modo coparticipativo, e o atendimento de suas necessidades.

Portanto, o adequado procedimento da mediação contribui, efetivamente, para a materialização do direito de acesso à justiça, baliza constitucional do Estado Democrático de Direito. Para que isso se consolide, faz-se necessário o efetivo empoderamento, bem como a atribuição de autonomia às partes na gestão do conflito, com respeito ao lugar de fala de cada um dos envolvidos na lide.

Vislumbra-se na mediação, um meio de grande importância para a efetivação dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, principalmente se se considerar que o problema mais sensível no problema da efetividade dos direitos fundamentais é justamente o de efetivá-los àqueles em condição de hipossuficiência.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Tânia. Mediação na virada de Milênio. *Gazeta Mercantil*, Opinião, 31 maio 1999. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_01vir_milen.htm> Acesso em: 13 maio 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

BOK, A Flawed System, Harv. MAg. Mai-jun 1983, p.38, reimpresso em N.Y. STBJ. OUT. 1983, P. 8, N.Y. ST. B.J., nov. 1983, p.31: extraído do 33 J. Legal Educ. 570 (1983)

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In. _____. *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. *A Jurisdição e a Mediação: da Autoridade à Autonomia*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>> Acesso em: 08 de outubro de 2016

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teórica e prática*. 3ª ed. rev. e atual. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taures Ediciones, 1987.

HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NICACIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia: alteridades em diálogo. In.: DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Mediação: cidadania e emancipação social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 151-168.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

PELIZZOLI, Marcelo L. *Diálogo, mediação e cultura de paz*. Recife: Ed. Da UFPE, 2012.

ROSENBERG, Marshall. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. Juventude e violência no Brasil contemporâneo. In.: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo. *Juventude e sociedade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOALDO, Adriane Medianeira. *A cultura do litígio x a cultura da mediação*. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859> . Acesso em 29/10/2016.

TRENTIN, Fernanda. Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?nlink=revistaartigosleitura&artigoid11252&revistacaderno=24>>. Acesso em 13 maio 2016.

ZEHR, Howard. *Changing lenses: restorative justice for our times*. Harrisonburg: Herald Press, 2015.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004..