

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os tribunais enfrentam dificuldades frente as necessidades sociais do século XXI, a jurisdição Estatal positivada está intimamente ligada à crise do Estado Democrático de Direito e a possibilidade efetiva da concretização dos meios autocompositivos como a mediação e a conciliação torna-se uma opção inovadora para os problemas da justiça, podendo ser uma opção emancipatória, humanizadora e participativa dos cidadãos na gestão de seus próprios conflitos, por meio de técnicas não adversariais.

Sabe-se que a prerrogativa constitucional (art. 5º, no inciso XXXV)¹ de que o Estado não deixará de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito levada ao seu conhecimento continua em vigor e garante a todos os indivíduos o direito de acesso à Justiça, mas mesmo assim isto tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva. Significa afirmar, em outras palavras, que o Poder Judiciário, embora sustente um papel ativo na resolução das demandas sociais que são levadas à sua apreciação, para que a solução seja encontrada, precisa garantir uma participação mais direta da sociedade, como forma de democratização do acesso à justiça.

O acesso à justiça não se resume apenas à possibilidade de submeter o conflito, por meio do processo, ao crivo do Poder Judiciário é muito mais é trazer ao cidadão que busca a justiça uma justiça efetiva, satisfatória e humanizada. Assim, a justiça deve trocar as lentes da litigiosidade e dar abertura para os meios autocompositivos, incentivando-os nas escolhas dos indivíduos pelo o caminho mais condizente para a resolução de seus conflitos .

O grande desafio é superar o puro instrumentalismo, a formalidade e a morosidade do Poder Judiciário para assegurar a efetividade da justiça, ou, segundo uma ótica mais abrangente e complexa, é dar maior celeridade aos instrumentos e técnicas existentes, capazes de solucionar os conflitos, sem que o Judiciário seja o único, o protagonismo das decisões, pois sem dúvidas, dar oportunidade para a mediação e a conciliação como técnicas de serem capazes de democratizar e humanizar à justiça com resultados satisfativos.

¹ Brasil, Código 4 em 1 Saraiva, p.16

O modelo tradicional de jurisdição², advinda do monopólio estatal, exercida pelos juízes e esgotada pela sentença, muitas vezes têm apenas função declaratória, impositiva, ineficaz e lenta. Em alguns casos, confere um direito formal ao cidadão, que é o direito de ação, na maioria das vezes, apresenta-se insuficiente e insatisfatório, chegando ao final sem efetividade, ou porque o cliente já faleceu ou porque pereceu o objeto da lide.

Diante do panorama de crise e ou jurisconstrução jurisdicional, considerada por Morais e Spengler “a própria crise do Estado”³, recorre-se à Teoria da complexidade de Edgar Morin para “demonstrar que ordem e desordem e a complexidade andam juntas e, ao mesmo tempo, pode não ser considerada uma crise, mas sim um paradigma de universo em expansão”(2011, p.10) e que busca o seu alinhamento, ajustando-se as exigências, os reclamos do multiculturalismo⁴ e a necessidade do cidadão de ser partícipe de sua história.

Neste panorama de transformação, inovação e mudanças, a via tradicional do processo e da ação judicial, não pode mais ser considerado o único meio de resolução de conflitos, pois não é capaz de decidir de maneira célere e eficaz os litígios atuais, que são numerosos e complexos, tampouco assumir uma posição tradicional da justiça, pois justiça tardia não é justiça.

O propósito do presente artigo é abarcar o pensamento complexo diante da superação do paradigma da jurisdição tradicional, tendo em vista facilitar o acesso à

² No entendimento de SILVA E GOMES (1997,p. 73-74) “a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, deve atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o Juiz , ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica do seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o Juiz com relação ao interesse sobre qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o Juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse tutelado.”

³³³ No entendimento dos autores “ Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural , política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, Assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo judiciário. “(Morais e Spengler, 2008, p. 76)

⁴ Na definição do Dicionário das Crises e das Alternativas do Centro de Estudos Sociais de Coimbra, RIBEIRO (2012, p. 147) afirma que “O conceito de multiculturalismo nasceu nos anos setenta do século passado em países fortemente marcados pela presença de comunidades imigrantes, como o Canadá ou a Austrália. Diferentemente da ideologia assimilacionista do “milting pot” norte-americano, assente no postulado da integração e fusão numa nova identidade pós-migratória (cujo limites, aliás, eram desde logo evidentes pela exclusão da população negra ou indígena), a noção de multiculturalismo aponta para políticas adotadas por Estados que se reconhecem como multiétnicos e estabelecem o respeito pela identidade cultural das diferentes minorias coo princípio de governação.”

justiça e compreender que as políticas públicas de resolução amistosa de disputas devem ser cada vez mais uma realidade nos Foros brasileiros para garantir o acesso, frente a implementação do novo Código de Processo Civil que entra em vigor em março de 2016. Sabe-se que conforme Cappelletti (1988, p.47), “O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

Analisar o pensamento complexo é enfrentar a complexidade das relações e dos sistemas, verificando a necessária mudança de paradigma estrutural do modelo de Jurisdição tradicional que está desajustado a nossa época. Não podemos continuar cegos e agir como se não estamos sabendo que o modelo hierarquizado, autoritário e repressivo não atende a uma sociedade complexa, multicultural e humanitária.

Uma das mudanças ao modelo tradicional de jurisdição está normatizada no Novo Código de Processo Civil pela efetivação dos métodos autocompositivos com a conciliação e a mediação, por isso uma oportunidade de construção da cidadania participativa⁵, em que o diálogo surge como ferramenta capaz de assegurar a participação voluntária dos envolvidos na resolução pacífica dos seus conflitos.

A normatização processual aponta uma ótica complexa e voluntária para a mediação, na qual a figura do mediador aparece como elo facilitador do diálogo (oralidade), sem imposições (se houver acordo é definido voluntariamente pelas partes os termos), sem a figura da lide⁶ (pretensão x resistência), sem a imagem de partes processuais (autor e réu), sem a cultura do litígio, (onde deve haver um ganhador e um perdedor) como ocorre no processo tradicional⁷, pois isso faz parte de um passado de togas pretas, martelos autoritarismo impositivo, com a incidência muito forte no poder simbólico e pouca efetividade na justiça e pacificação social.

⁵ No conceito do Dicionário das Crises e das Alternativas do Centro de Estudos Sociais de Coimbra, Canelo conceitua cidadania “ com origem na Grécia Antiga, a cidadania irá desenvolver-se como uma das grandes conquistas moderna. Mecanismo de integração igualitária e participada, a cidadania rege a relação indivíduo-Estado mediante um conjunto de direitos e deveres recíprocos. Esta ideia moderna de cidadania resulta da politização dos direitos humanos emergentes da Revolução Francesa, com a transformação do súbdito em cidadão no âmbito dos novos Estados-nação.” (2012, p. 44)

⁶⁶ Segundo Moacyr Amaral dos Santos (1999,p.9) “Lide , portanto, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou , mais sinteticamente, lide é o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida.”

⁷ Sabe-se que o conceito do processo consiste numa “série de atos coordenados , tendentes à atuação da lei, tendo por escopo a composição da lide” (SANTOS, 1999, p. 9) A questão fundamental é essa, será que realmente o processo resolve , trata ou fomenta outros conflitos?

Numa visão mais humanista e sociológica de Warat desafiadora de Boaventura de Sousa Santos afirmam que sempre existirá o sujeito desta relação em conflito, os interessados como os protagonistas do conflito, igualmente personagens principais da busca pela sua resolução, ou seja, os mediadores ajudam as partes a serem gestores de suas decisões, sujeitos capazes de buscar a outorga de cidadania, de dignidade, de autonomia da vontade, numa visão de justiça, moralidade e liberdade.

No presente artigo pretende não ser utópico ou afastar a jurisdição Estatal necessária e valiosa outorgada pelo processo e seus princípios e garantias, bem pelo contrário objetiva-se refletir sobre a complexidade das relações, do acesso à justiça, a forma de inserção do sujeito e seu empoderamento nas decisões questionando a difícil forma de flexibilizar, humanizar e desburocratizar a justiça, principalmente, no viés do acesso e emancipação do sujeito.

Sabemos que mudanças processuais em um mundo jurídico positivista não é fácil pois é imensamente problemático dialogar com a segurança jurídica das ações judiciais, mas sabe-se que se faz necessário modificar o conceito angular de justiça, a ideia maciça e elementar que sustenta toda a construção intelectual e histórica do acesso à justiça, avaliando outras formas de conhecimentos, um conhecimento emancipatório que possam dar aos grupos de oprimidos, marginalizados e excluídos a oportunidade de dialogar, de encontrar caminhos diversos para solução de uma disputa, um modo de fazer diferente e menos opressor, um agir para o futuro nas relações continuadas .

2. O modelo de Jurisdição Estatal em Crise e/ou Transformação ?

O modelo de jurisdição que se entende por uma atividade substantiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de uma lide com sentença e a incidência da coisa julgada está vinculada à lei, porém o formalismo exacerbado, o positivismo, o legalismo e a inflexibilidade do processo nos reporta para a necessidade de inovação desta austeridade para mudanças de paradigma no campo do direito processual.

Streck (2003) entende que a crise do Direito ainda não foi descoberta “como” crise, já que o paradigma liberal-individualista-normativista não morreu e o modelo

forjado a partir do Estado Democrático de Direito, entendido este como *plus* normativo⁸ em relação aos paradigmas do Estado Liberal e Estado Social, ainda não nasceu.⁹

No intuito de entender a crise da jurisdição estatal, temos que analisar a crise do Estado de direito, com afirmam Moraes e Spengler:

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito. Em decorrência das pressões centrífugas de desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. (2012, p.76-77)

Problematizar a jurisdição é reconhecer como ela se apresenta no momento para avaliar quais padrões que merecem ser mantidos e ter condições de revelar aqueles que devem ser revistos. Além disso, é preciso identificar limites e possibilidades a seguir através de políticas públicas estatais de acesso à justiça, assim como afirma Moraes: “consciente dessa realidade lançamos mão do debate que relaciona tempo, direito e sociedade na busca de uma construção que tenha por base o consenso dos litigantes, na busca de outras respostas: a “jurisconstrução” (2012, p.80).

No entendimento de Cappelletti e Grath (1988, p. 99) o judiciário deve se concentrar em quatro aspectos fundamentais para a reforma, ou seja“(a) a promoção de acessibilidade geral, (b) a tentativa de equalizar as partes, (c) a alteração no estilo de tomada de decisão, e (d) a simplificação do direito aplicado”.

⁸ Segundo STRECK, às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter no seu interior as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro. STRECK, Lenio Luiz. *Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais*. In: Revista *Ajuris*. Porto Alegre: **Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 92, ano XXX, 2003 p. 205.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 18.

No entendimento de Barreto,

A crise do direito, por sua vez, tem um duplo sentido, pois se refere à crise na prestação jurisdicional, e, também, a crise nos próprios institutos jurídicos do estado liberal clássico. O contrato encontra-se em crise, face ao momento de globalização da economia; a propriedade deixou de ser basicamente fundiária e passa pela crise das novas formas de propriedade do mundo globalizado e da Nasdaq; a família, até então secularmente protegida no formalismo do direito liberal clássico, também passa por uma crise, que alguns, mais temerosos, chegam a identificar como a etapa final desse grupo social, enquanto novas e, talvez, mais duradouras formas de organização familiar começam a ser construídas, no contexto dos enfraquecidos alicerces culturais, sociais e jurídicos da família liberal burguesa. (BARRETO apud FACHIN, 2001. p. prefácio).

Neste sentido afirmam Trindade e Moraes:

Nesse contexto, parece inevitável discutir o papel do Poder Judiciário e os seus limites de atuação num paradigma democrático. Isto porque, se os demais poderes constituídos teriam a sua legitimidade derivada dos tradicionais dogmas da soberania e da democracia representativa, o Judiciário inscrever-se-ia na tradição de um poder contramajoritário, ao qual compete a garantia dos direitos individuais. Ou seja, o Judiciário teria a experiência de proteger o cidadão da atuação invasiva do Estado, e não de estipular os meios próprios à realização de um modelo prestacional. (2012, p.110)

A noção de jurisdição repousa não apenas no escopo jurídico. Ela é complexa e engloba uma efetividade ampla abrangendo o que afirma Moraes e Splenger: “eliminação de insatisfação, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos ..., além de construir inspiração para o exercício e respeito dos direitos e da própria cidadania” (2008, p.31).

Para Cappelletti, “o direito, não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (normas gerais e especiais): mais é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários do serviço processual” (1988, p.88).

Ainda, a administração da justiça merece uma análise do fenômeno social e cultural, pois, de acordo com os estudos de Santos “(...) revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto menor quanto mais baixo é o nível

social a que pertencem e que essa distância tem como causa próximas não apenas fatores econômicos” (2008, p. 168)

Sabemos que o princípio de acessibilidade ampla ao judiciário surgiu com a Constituição de 1946, que incluiu o que hoje é o nosso art. 5º, inciso XXXV. Segundo Amaral, “No Estado Liberal burguês, o direito individual era identificado com o direito subjetivo, o qual é definido por Iheing (1998, p.31) como “o interesse juridicamente protegido. Essa concepção significa que em primeiro lugar vem o indivíduo, que tem valor em si mesmo, e em seguida o Estado.” (2009,p. 48-49). Podemos dizer, assim, que os direitos individuais antecedem o coletivo e advém dos princípios defendidos pelo liberalismo político e econômico.

Já o direito de acesso à justiça atualmente é considerado um direito social básico, mas a efetividade desse direito é um tanto vaga e muito complexa. Entende-se que o direito ao acesso à Justiça não pode se limitar ao direito de acessar o judiciário. Possui uma abrangência maior, ou seja, uma ordem jurídica justa, deve ser estendida a maior quantidade de pessoas possível.

As soluções buscadas para a problemática do acesso à Justiça nos países ocidentais foram denominadas de “onda renovatórias” do direito. Nesse sentido, a “primeira onda consistiu na assistência judiciária aos menos favorecidos.” (AMARAL, 2009, p.51-52) O segundo movimento foi a representação dos interesses difusos, transformando o processo civil em proteção aos novos direitos, pois o processo limitava-se a interesses individuais entre as partes. A terceira onda renovatória trouxe um novo paradigma de acesso à justiça, pois segundo Cappelletti e Garth encoraja uma ampla variedade de reformas:

(...) incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismo privados ou informais de solução de litígios. (2002, p.71)

No entendimento de Milhoranza, “a efetividade do processo não é somente um direito constitucional da parte que procura a efetiva prestação jurisdicional, mas também é um direito subjetivo da mesma na busca pela justiça.” (2010, p.145). Assim, faz-se necessário frente ao novo princípio constitucional da efetividade da prestação jurídica que o Estado busque regular e gerir novas formas de resolução de conflitos pela

autocomposição, atendendo ao disposto no preâmbulo constitucional¹⁰ teremos a solução pacífica das controvérsias e uma sociedade participativa, fraterna e democrática.

3. Mediação como jurisdição compartilhada e Participativa do Cidadão na resolução de conflitos

Diante da complexidade da atividade jurisdicional numa sociedade multicultural, o Estado, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário, tem aberto significativos esforços, desde 2003, para implementação de políticas públicas destinada à divulgação do uso de mecanismo adequados para a solução de conflitos, busca de alcançar efetividade. Para tanto, criou a resolução nº 125 CNJ, em 29 de novembro 2010, com o intuito de abandonar as fórmulas exclusivamente positivista, numa perspectiva de harmonia social propõe “a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental, visando ao melhor atingimento de seus escopos fundamentais (...)” (AZEVEDO, 2013, p. 28)

A resolução nº 125/2010 do CNJ, foi um marco para o Poder Judiciário, trouxe a primeira normatização do novo paradigma ao acesso à justiça, mudando as perspectivas metodológicas da administração da justiça, habilitando o profissional do direito a ser não mais pacificador. A partir dessa política, passa-se a redimensionar o judiciário como efetivo centro de harmonização social.

Nesta perspectiva, afirma Azevedo, organizador do Manual de Mediação Judicial, que baliza tal política pública:

Naturalmente, se mostra possível realizar efetivamente este novo acesso à justiça se os tribunais conseguirem redefinir o papel do Poder Judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador. Busca-e, assim estabelecer um nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções- um centro de harmonização social. (2013, p. 31)

¹⁰ PREÂMBULO da CF/88 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, **com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição de República do Brasil. (grifo é nosso) (BRASIL, 2013,p. 13)

A Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (CPC) trouxe em seus artigos iniciais, junto as Normas Fundamentais do Processo Civil a, pacificação social quando o art. 3º, §2º afirma que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e no § 3º do mesmo artigo, “A Conciliação e a Mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por Juízes (...)” isso significa dizer que os métodos autocompositivos serão priorizados, tanto no início, como no curso do processo e que, primeiramente, visa-se promover a solução da disputa por meios não adversariais.

Na definição de Serpa a mediação é “um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assistente aos disputantes na solução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.” (1999, p. 90) Neste sentido o mediador é um catalisador de disputas e conduz as partes a encontrarem a melhor solução para ambas, sem interferir.

A mediação se apresenta como o caminho a chegar na superação do conflito pelo ganhar e ganhar, uma forma de responsabilização do indivíduo pela resolução de seus conflitos, tratando o conflito pelo diálogo, promovendo uma mudança no trato social do indivíduo e em suas relações humanas.

No sentido de definir a função e o destino da mediação Warat afirma:

A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (2004,p.60)

O mediador é uma pessoa que ajuda a estabelecer a comunicação, um terceiro escolhido pelas partes, sem poder decisório ou consultivo, mas que amplia o consenso, o diálogo, um facilitador da comunicação entre os interessados na resolução do conflito de forma não violenta.

A mediação pode ser paraprocessual, ou seja, pode ocorrer antes ou no curso do processo até a sentença judicial pois é considerado por Bacellar uma “técnica lato senso

que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversam soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”(2004, p.74)

No entendimento de Pinho a finalidade da mediação “deve-se entender o resultado que as partes pretendem alcançar.”(2008,p.33) desta forma podemos concluir que quem decide qual é a finalidade e o resultado são as partes que irão compor o conflito com a pacificação social, com a diminuição de gastos processuais dos serviços judiciários, ou ainda com o aumento do diálogo e estabilidade das relações entre as partes.

Ainda, a mediação judicial é uma proposta inovadora de resolução de conflitos, em que se torna evidenciado uma jurisdição compartilhada e participativa do sujeito, pois “(...) as próprias partes chegam à solução. Por isso, diz-se que a mediação é um mecanismo autocompositivo, isto é, a solução não é dada por um terceiro. Difere, também, pela informalidade. dDe fato, na mediação, o processo vai se amoldando conforme a participação e interesse das partes.” (AZEVEDO, 2013, p.97)

A importância do tema mediação de conflitos se dá como uma oportunidade do Estado compartilhar o monopólio jurisdicional, possibilitando , quando o indivíduo opta na petição inicial pela audiência de mediação, está solicitando ao juiz que compartilhe a solução do conflito ao mediador, que como facilitador do entendimento , irá com as partes dialogar e as partes irão construção decisória de cidadania participativa -a parte se torna autora da decisão, constrói a decisão e assume tal resolução como compromisso e responsabilidade de autocumprimento- .

A partir da ideia de Boaventura (2010, p.54), que formula na obra Um discurso sobre as ciências, “ a qualidade do conhecimento afere-se menos pelo que ele controla ou faz funcionar no mundo exterior do que pela satisfação pessoal que dá a quem a ele acede e o partilha”, assim como na mediação, os mediadores não controlam o mundo exterior e as partes, porém a eles a satisfação pessoal se concretiza quando as partes partilham e dialogam os seus interesses e decidem de comum acordo o que é melhor para si.

O mediador dialoga, escuta e participa como ente facilitador da linguagem entre as partes, então percebe-se o mediador não julga ou pratica qualquer ato decisório, ao contrário do que ocorre com o Juiz que detém o poder de julgamento, de sentenciar e de fazer cumprir tal decisão pela ação coercitiva. O mediador, como afirma Sales “é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo” (2007, p.54) Então, o Estado-Juiz ao designar a causa a um mediador judicial, está confiando na capacidade do profissional para conduzir

com todas as ferramentas da mediação, muito diálogo cooperativo e se, possível as partes chegarem a um acordo satisfatório com ganhos mútuos.

Para tanto essa nova jurisdição compartilha de outras características essenciais, tais como a confidencialidade, a oralidade e a informalidade entre outras. Assim no entendimento de Serpa, a mediação se apresenta informal e suas características são:

é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação, através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas. (1997, p. 105)

Para Vezzulla , a mediação constitui-se em técnica não adversarial de resolução de conflitos “em que um profissional devidamente preparado auxilia as partes a encontrarem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo, em que ambas ganham.” (2006, p.205)

Com o auxílio da psicanálise, verificaremos que o mediador deve estar em constante estudo de si para entender o conflito consciente e o inconsciente que habita as relações com o outro, assim Zimerman afirma:

Na verdade, o inconsciente comanda a vida da espécie humana muito mais do que, uma primeira vista, possa se imaginar. Para esclarecer essa afirmativa, vamos à uma metáfora, empregada por FREUD, com um iceberg, no qual a parte visível dessa montanha de gelo pode ser comparada ao nosso consciente, no entanto, a parte oculta, equivalente ao inconsciente humano, é muitíssimo maior e é justamente onde os navios se espatifam, assim como os psicóticos, psicopatas e neuróticos comandados por graves conflitos inconscientes podem espatifar as suas vidas e a de outros. (2010, p.118)

Neste sentido, Warat afirma que a mediação começa quando as partes conseguem interpretar o significado dos comportamentos, das suas diferenças e se disponibilizam a dialogar e construir o acordo. (1999)

A mediação de conflitos é um prolongamento e aperfeiçoamento do processo de negociação, que envolve a interferência de uma aceitável terceira pessoa, que aceita pelas partes, conduzirá o diálogo responsável e não autoritário. Desta maneira, a mediação é

um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a colaboração do interventor, se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças e resolvê-las (MOORE, 2003).

Mediação de conflitos, nessa perspectiva, é considerada como um jogo inter-relacional no qual cada um participa de um contexto em que cada sujeito influi e é influenciado (VASCONCELLOS, 2002).

No entendimento de Warat, “a mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida...”; já na negociação existe a interferência direta de terceira pessoa propondo e negociando o conflito, já a mediação “é um trabalho de reconstrução simbólica imaginária e sensível, como outro do conflito; de produção como o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e forma identidades culturais.” (2004, p. 57-58)

No mesmo sentido a mediação judicial possui uma jurisdição Estatal que é compartilhada e participativa ao indivíduo, que tem a opção de escolher um mediador e não um juiz para tratar seus conflitos e de uma forma consensual pela iniciativa das próprias partes identificarão seus interesses e necessidades pelo diálogo e escuta ativa, até encontrarem a solução adequada para o conflito em questão, que retornará a jurisdição Estatal para ser homologado pelo Juiz , assim tornando-se título judicial .

A mediação de conflito propicia uma autonomia ao indivíduo, “a terapia do reencontro é uma ajuda para deixar de ser carreirista, é uma forma de encontrar-se com o outro, abrindo-se a outra realidade. Não estamos no mundo para ganhar de ninguém” (WARAT, 2008, p.47)

Para a solução de conflitos, faz-se necessária a possibilidade de diálogo e de escuta. Tempo para escutar e tempo para falar. É imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável, tendo em vista, em alguns casos, a existência de mágoas profundas e amores mal resolvidos (SALES, 2003).

Torna-se importante o estímulo à solidariedade, à compreensão, à paciência de cada uma das partes no sentido de um ganho mútuo, de uma vitória conjunta, com a clara percepção dos interesses em comum e não somente das diferenças.

A proposta de mediação de conflitos judicial realizada por um mediador, portanto, caracteriza-se por um contexto mais flexível na condução de disputas. É uma proposta que tem uma prática geralmente formalizada em várias etapas, que variam segundo as escolas de mediação, baseadas em diferentes fundamentações teóricas e modelos (SUARES, 1997).

A mediação judicial inicialmente tinha por objetivo diminuir as diferenças entre as partes, ou eliminá-las por meio do acordo. Com o aperfeiçoamento dos processos de mediação, o objetivo se ampliou, visando ao desenvolvimento do reconhecimento da alteridade, do reconhecimento do outro como sujeito pensante, desejante e sofredor (BUCHER-MALUSCHKE, 2007). Busca-se, então, alcançar o desenvolvimento de mudanças nas pessoas, ao descobrir suas próprias habilidades, potencialidades, responsabilidades e o reconhecimento do outro como parte do conflito.

O objetivo da mediação judicial muito mais que o acordo consiste em modificar a relação entre as partes, não importando se chegam ou não a um acordo. Não está centrado na resolução do conflito, mas sim na transformação relacional. (CEZAR-FERREIRA, 2004)

Nesse sentido, conclui Watanabe:

Cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ , organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os mecanismos adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processo contencioso, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação.” (2011, p.5)

A mediação judicial é um instituto de autocomposição de conflitos, suas características devem ser respeitadas e os princípios foram apontados no artigo 165 do CPC, que são “da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade da decisão”, pois após a escolha pelo autor na petição inicial o rito da mediação ou conciliação, intuito de pacificação social irá ocorrer pela participação ativa do cidadão em encontrar a autogestão¹¹ dos conflitos, com auxílio dos mediadores irá estabelecer a comunicação e quem sabe um o acordo que as partes fiquem satisfeitas .

Nesta leitura aberta pelo Poder judiciário de proporcionar possibilidades de autocomposição evidencia a possibilidade de ser o centro efetivo de harmonização social,

¹¹Afirma Almeida (2012, p. 34) que “a autogestão é um modelo de organização coletiva, baseado num ideal de democracia direta, em que os trabalhadores asseguram , diretamente ou através de representantes, a gestão da empresa ou instituição a que pertencem.” Fazendo um paralelo comparativo com a mediação é as próprias partes participarem e encontrarem a solução para seu conflitos e o mediador apenas será auxiliar da justiça. Assim como o ideal democrático de autogestão “é constitui um projeto de transformação social em si mesmo, podendo a sua pretensão emancipatória estender-se para além do perímetro da empresa: comunidade locais, escolas , hospitais e serviços públicos em geral” a mediação tem a mesma pretensão e pode ser aplicada nos diversos ramos apontados anteriormente.

aconselha-se que o juiz não realize mediações, devido o formalismo que reveste a jurisdição tradicional, desta forma a mediação judicial deve ser realizadas por pessoas capacitadas para resolver a disputa de forma construtiva, sem o manto do ganha e perde.

Assim Lyra e Gaglietti afirmam:

Assim, de regra, o juiz não deve mediar. Até mesmo a conciliação deve ser conduzida por uma equipe multidisciplinar independente da atuação judicial. Será fundamental, no entanto, que os juízes tenham a compreensão de que o julgamento é o mais poderoso e, ao mesmo tempo, o mais precário modo de solucionar uma controvérsia. Na verdade a sentença do magistrado não resolve o conflito, apenas enseja o término de um processo, sendo que uma das partes – por ficar contrariada – retornará, com um novo processo, ao judiciário. (2012,.p. 69)

A legislação processual civil aponta alguns princípios da mediação judicial que são diferentes do processo judicial, pois possuem realidades diferentes, desta forma devem ser aplicados na sua essência e, por isso, interpreta-se da seguinte forma:

Mediação	Processo
Independencia	Independência
Autonomia da vontade	Livre convicção do Juiz
Confidencialidade	Publicidade atos processuais são públicos
Oralidade	Procedimentos escritos Algumas manifestações orais (depoimentos das testemunhas e partes, orais o resumo do laudo pericial)
Informalidade	Forma prevista em lei – formalidade
Decisão informada (partes)	Decisão imposta- (Juiz)
Acordo	Sentença

Para falarmos de princípios da mediação temos que modificar a lente do direito processual civil positivo, pois a mediação propicia o diálogo, o consenso, a cooperação e os interessados são o centro da resolução do conflito, os mediadores apenas irão dialogar para que as partes tenham independência para alcançar a solução mais adequada e satisfatória para ambas. Já no processo o juiz, pelo princípio dispositivo o “juiz deve decidir segundo o alegado e provado pelas partes”, e prolatar uma sentença que dever ser cumprida pelas partes sob pena de execução. (SANTOS, 2002,p. 76)

Já como os mediadores não emitem opiniões e julgamentos, devem ser igualitários no tratamento com as partes, conceder o mesmo tempo de fala, mas como o mediador

exerce um papel de estar no meio, incentivando o diálogo, não irá se posicionar a favor de nenhuma das partes, portanto imparcial. Essa imparcialidade ocorre de forma diferente como define Spengler (2008, p.68) irá “ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daqui, atuando com o objetivo das partes retomarem a comunicação exatamente no *mínus* comum a ambas”. Desta forma, a imparcialidade somente como sinônimo de igualdade de tratamento, pois o segredo da mediação pode ser o equilíbrio das desigualdades e o retorno da comunicação para o entendimento.

No entender de Vezzulla existe uma diferença gritante entre imposição ou cooperação então dispõe:

A mediação, a partir da cooperação, da participação ativa, do envolvimento dos direitos interessados, nos propõe a aproximação às pessoas respeitando suas identidades, suas culturas por meio de um trabalho a realizar com elas a partir desse reconhecimento, dessa legitimação, dessa situação particular, acolhendo-as. Ou seja, recebendo-as tais como são, assim como desejam ser recebidas. Longe de avaliações ou comparações ou de modelos, o que vamos introduzir é o respeito a partir desse acolhimento, dessa aproximação. (2009, p. 37-38)

Como a mediação é uma forma autocompositiva de resolução de conflitos a voluntariedade deve vir das partes em conflitos, se a comunicação voltar a ocorrer e as partes encontrarem um denominador comum que viabilizem ganhos para ambas, poderão realizar o acordo, porém se isso não for a vontade das partes, terão sempre a possibilidade de recorrer ao processo judicial, caso não atribuam êxito as mediações realizadas.

As partes serão as protagonistas da mediação, os mediadores apenas atores coadjuvantes que buscam auxiliar na reestruturação do diálogo e do entendimento. Já ao julgar o Juiz irá se ater aos direitos das partes em juízo e a lei vigente, por isso julgará conforme sua convicção e as provas dos autos.

O processo é público em sua maioria, a exceção são os que correm em segredo de justiça (direito de família e criança e adolescente), já a mediação é confidencial, assim os envolvidos estão comprometidos em manter sigilo do que ocorrer na sessão de mediação e não poderão utilizar no processo judicial, caso não for exitosa a mediação. A única exceção de que a confidencialidade pode ser quebrada será no caso da incidência de qualquer notícia-crime na mediação, que o mediador por força de seu ofício, deve encerrar a mediação e denunciar ao juízo competente.

A Mediação é oral por sua natureza, assim ocorre a empatia entre partes e mediadores e essa proximidade é essencialmente para proporcionar a volta da

comunicação, do diálogo, do entendimento. A partir do momento em que as partes se empoderarem da decisão e de comum acordo estiverem dispostas a homologar será reduzida a termo e, posteriormente, homologada por um juiz, tornando-se um título executivo. Já, pelo contrário, a maioria dos atos processuais são essencialmente escritos, apenas alguns atos serão orais aqueles que a lei determina, como depoimentos de partes, debates orais que são reduzidos a termo em audiência.

A jurisdição processual é formal e legal regida por prazos e recursos, já a mediação é informal ¹² as partes decidem quando iniciar e encerrar de comum acordo, quantas sessões irão ser necessárias para o entendimento, porém devem respeitar o disposto no art. 334 do CPC, ou seja “o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”.

O Conselho Nacional de Justiça vem realizando capacitação de mediadores para alcançar a qualidade e a credibilidade na instauração das mediações judiciais, ¹³o fundamental na mediação é reestabelecer o dialogo ativo entre as partes e, com isso, possam encontrar o melhor caminho a tomar, onde ambas saiam satisfeitas com a decisão tomada e, portanto, irão cumprir espontaneamente, sem a necessidade de execução ou qualquer iniciativa.

A diferença no ritual da mediação e do processo é que o juiz, no processo, julga e proclama uma sentença que deve ser cumprida pelas partes sob pena de execução, já na mediação as partes informam os mediadores a decisão realizada pelo consenso, pelo diálogo, e com isso, as mesmas estão satisfeitas para cumprir o acordo realizado.

Segundo os estudos realizados por Warat, a mediação deve ser como um novo paradigma de aprender a viver e por isso deve ser exercitada, assim afirma:

¹² No entender de Vezzulla quando se trata de mediação com adolescentes “O serviço de mediação deve ser o espaço informal, aberto a acolher qualquer realidade apresentada com respeito e com a consideração de que cada adolescente é um único, exclusivo, ser humano, e que não há modelos preestabelecidos nem padrões de condutas desejadas ou esperadas” (2006,p.94)

¹³ No entendimento da Pinho “A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam.” (p.6) Ainda afirma que o processo de mediação não pode ser estipulado um tempo determinado assim “ É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame” (p.7)

Mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente. (2004, p. 67)

Não há transformação social sem autotransformação, assim a posição normativa institucionalizada pelo novo Código de Processo Civil com a implementação da mediação e da conciliação somente serão efetivadas se todos os profissionais do ramo jurídico estiverem disposto a democratizar o acesso à justiça, bem como a trocar as lentes da rigidez positivista dos tribunais, abrindo o caminho em direção a nova via, via do diálogo, do espaço para o afeto, para a informalidade fazer parte da justiça com naturalidade, principalmente, nas relações que houver vínculo anteriores entre as partes, assim a justiça estará disposta a aceitar o novo CPC e a mediação como forma de construção participativa dos indivíduos e a emancipação¹⁴ dos sujeitos com o empoderamento¹⁵ de decisões assumidas pelas partes.

2.4 Considerações Finais

¹⁴ No entendimento de Rebouças esse termo emancipação não tem um conceito único na doutrina, e assim “a emancipação que dialogue com a ideia de compreensão e através dela, possa contribuir para percepção de novas práticas em relação aos intérpretes jurídicos, aos atores dos conflitos jurídicos e seus mecanismos de solução.” Ainda continua, “Sem dúvida este termo pertence à modernidade. Partindo de Descartes e avançando por Kant, Marx, Adorno, Habermas, Ricoeur ou Foucault, a temática emancipação está presente. Em Marx, a emancipação do sujeito depende das condições econômicas e sociais, o que faz apostar numa revolução do proletariado como modo de superação de um estado de sujeição. Adorno, como integrante de uma visão mais pessimista em relação à modernidade, própria da teoria crítica da Escola de Frankfurt, entende que a razão técnica e instrumental é a própria barbárie, e não as condições de pelas quais o homem se organizaria civilizadamente, para uma emancipação. Habermas, por sua vez, conecta a emancipação às condições de interação e comunicação entre os sujeitos, construindo toda uma teoria da ação comunicativa que não prescinde do sujeito moderno.” (2012, p. 194)

¹⁵ Origem do conceito empoderar para Baquero “ Embora a utilização crescente do termo empowerment tenha se dado a partir dos movimentos emancipatórios relacionados ao exercício de cidadania – movimento dos negros, das mulheres, dos homossexuais, movimentos pelos direitos da pessoa deficiente – nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, a Tradição do Empowerment (Empowerment Tradition) tem suas raízes na Reforma Protestante, iniciada por Lutero no séc. XVI, na Europa, num movimento de protagonismo na luta por justiça social (HERRIGER, 1997). Neste sentido, conforme assinalam Hermany e Costa (2009), o tema do empoderamento social não é novo, no entanto, o marco histórico que trouxe notoriedade ao conceito foi a eclosão dos novos movimentos sociais contra o sistema de opressão em movimentos de libertação e de contracultura, na década de 1960 do século passado, nos Estados Unidos, passando o *empowerment* a ser utilizado como sinônimo de emancipação social.” (2012, p. 174-175)

Na busca de compreender as mudanças e o fenômeno complexo de transformação da jurisdição que ocorreu no decorrer da história é reflexo da sociedade multicultural, líquida e complexa da modernidade contemporânea. Vivencia-se, a necessidade de transformação na estrutura judicial, da jurisdição estatal monopolizada, hierarquizada e imposta, para a construção de uma jurisdição com paradigmas aberto e compartilhado para que o indivíduo possa escolher a forma de resolução de seus conflitos podendo optar pela mediação, conciliação e negociação além do processo estatal;

A Jurisdição Estatal não atende a todas as demandas dos sujeitos, porém o Estado está ciente de seu dever apontado pela prerrogativa constitucional que não poderá deixar de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito (art. 5º, no inciso XXXV) levada ao seu conhecimento, bem como garantir a postulação dos direitos a todos os indivíduos e o direito de acesso à Justiça. Tal direito, no entanto, não tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva, visto que as demandas judiciais são morosas e as sentenças, muitas vezes, somente refletem a legalidade e não o direito clamado entre as partes.

A resolução nº 125/2010 do CNJ, embasando a política pública de harmonização do judiciário e sua efetividade, ampliou aos cidadãos o acesso à justiça por meios autocompositivos, como, por exemplo, a mediação, conciliação, negociação e arbitragem. Acredita-se que os meios autocompositivos aplicados por pessoas capacitadas e responsáveis, pois irá transformar o judiciário num local de harmonização social, conseqüentemente, os cidadãos terão a oportunidade de escolha do método de resolução dos conflitos.

Esta alternativa mostrará aos cidadãos as diversas e diferentes portas para o acesso a justiça, tanto de forma autônoma ou heterônoma, assim os cidadãos poderão ser partícipe da decisão e sentir-se-ão emancipados e empoderados para enfrentar a complexidade dos conflitos que os afligem.

O Código de Processo Civil estimula a formas autocompositivas e define claramente a função do conciliador e do mediador (art. 3º, parágrafo 2º e 3º, art. 165 §2ª e 3º), bem como compete ao autor incluir no pedido da petição inicial o pedido para a realização da mediação ou conciliação, sob pena da incidência do § 8º do artigo 334, ou seja, “o não comparecimento do autor ou réu na audiência de conciliação é considerado ato atentatório à 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.”, o que ao meu ver, tal sanção foge ao princípio básico da mediação que é a voluntariedade das partes.

A jurisdição estatal deve ser reinventada como forma emancipatória do indivíduo de resolver os conflitos, não como algo imposto e sancionatório, sempre mantendo as garantias constitucionais, com orientação do Código de Processo Civil para que todos os envolvidos na justiça estimulem a resolução pacífica dos conflitos e busque-se a harmonização social .

Far-se-á necessário realizar capacitações contínuas de mediadores, bem como profissionalização da profissão como auxiliar da justiça, com o intuito de aplicar tal método de tratar o conflito como fenômeno natural e profissional garantindo a utilização da jurisdição compartilhada como opção e não justiça de segunda classe.

Os institutos autocompositivos devem ser levado a sério, são meios capazes de tratar e resolver conflitos pela pacificação social, assim entendido na forma positiva, com intuito de buscar a paz, o entendimento, a solução, a compreensão, a felicidade, o afeto, o crescimento, o ganho e a aproximação das partes, bem como afastando o modo tradicional de pensar jurídico-formalista que conduzem à prática de ganhar e perder das demandas judiciais.

A Jurisdição Estatal quando escolhida pelas partes e outorgadas ao mediador ser o elo de ligação entre as partes e a solução, realiza-se uma jurisdição compartilhada e participativa, onde autoriza as partes a dialogar e compreender os comportamentos, analisar intenções, buscar soluções e gerir suas próprias emoções de forma construtiva encontrando uma oportunidade de emancipar-se pelas escolhas assumidas.