

ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE NA TUTELA DOS DIREITOS: UM OLHAR PARA ALÉM DAS REFORMAS

ACCESS TO JUSTICE AND EFFECTIVENESS ON THE GUARDIANSHIP OF RIGHTS: A GLANCE BEYOND THE REFORMS

Fabiana Alves Mascarenhas¹

Giselle Picorelli Yacoub²

RESUMO: Dentro de uma perspectiva de efetividade, verifica-se a importância da adequação procedimental como mecanismo de acesso à Justiça. Mesmo diante das reformas judiciais, nem sempre a resposta oferecida pelo Poder Judiciário é efetiva, podendo ser apenas eficiente. Necessário que tal resposta vá além do simples acesso à Justiça formal, como porta de entrada dos tribunais. A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, no caso em tela a mediação, surge como a hipótese de consolidação do próprio princípio do acesso à Justiça, proporcionando o “empoderamento” das partes envolvidas no conflito e, por vezes, uma solução justa, no verdadeiro sentido da palavra. Acredita-se que ao devolver às partes a tutela de seus anseios, consegue-se efetivamente aproximar o Direito dos casos concretos, ao verdadeiro ideal de cada ser humano em particular, fazendo com que o mesmo transite através da igualdade e das diferenças, atingindo, assim, os ideais aos quais se propõe um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Efetividade; Mediação.

ABSTRACT: From a perspective of effectiveness, there is the importance of mechanisms procedural adequacy for accessing to justice. Even in face of judicial reform, not always the answer offered by the judiciary is effective, being normally just efficient. It is needed that such response goes beyond mere access to formal justice, as an entrance of the courts. The use of alternative means of conflict resolution, in the present case, the mediation, appears as consolidation of the principle of access to Justice by providing the "empowerment" of the involved in the conflict, and at times a equitable solution in the true sense of the word. It is believed that when returning to the parties the tutelage of their aspirations, can be effectively approached the law on the concrete case, the true ideal of every human being in particular,

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD/UFF, linha de pesquisa: *Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas*. Bolsista CAPES. Pesquisadora do LAFEP/UFF (Laboratório Fluminense de Estudos Processuais da Universidade Federal Fluminense) – Niterói/RJ. (famascarenhas@live.com)

² Professora assistente temporária do departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD/UFF, linha de pesquisa: *Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas*; bolsista CAPES. Pesquisadora do LAFEP/UFF (Laboratório Fluminense de Estudos Processuais da Universidade Federal Fluminense) – Niterói/RJ. (gisellepicorelli@hotmail.com)

making it fluctuate through equality and differences, reaching thus, the ideals to which it is proposed a true Democratic State of Law.

KEY WORDS: Access to Justice; Effectiveness; Mediation.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Acesso à Justiça – um princípio concretizador de direitos - 2. A mediação como instrumento de acesso à Justiça - Considerações Finais - Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos e do acesso à justiça vem sendo, incansavelmente, perseguida por aqueles que acreditam no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e na essência do termo Justiça.

Diante de tal busca, a mediação surge como um mecanismo de desconstrução de conflitos, uma forma de heterocomposição, possibilitando o diálogo e ampliação da compreensão das partes em dissonância com a transformação da situação adversarial em uma situação de cooperação, promovendo assim, o acesso à Justiça na sua forma mais eficaz, que é a solução efetiva do conflito e a pacificação tão almejada pela sociedade e pelo próprio Direito.

Assim, a questão central traz a seguinte indagação: a efetividade da tutela jurisdicional através da perspectiva do Princípio do Acesso à Justiça alcança que tipo de resposta diante de um conflito? Ou seja, a tutela efetiva, aquela que é capaz de transformar a realidade fática do jurisdicionado, é alcançada através dos procedimentos atualmente adotados pela legislação pátria ou seria possível a adoção de outros instrumentos?

Para tanto, inicialmente, será discutido o que pode ser considerado como acesso à Justiça, e, a seguir, será feita uma análise teórica da mediação e como sua aplicação pode possibilitar a efetivação de direitos e a desconstrução de conflitos que, nem sempre, são tratados adequadamente pelo atual sistema jurídico.

1. ACESSO À JUSTIÇA – UM PRINCÍPIO CONCRETIZADOR DE DIREITOS

(...) o direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia São Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é ser uma “regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes, como nas pequenas; tanto nos ricos como nos pobres. Aí teremos, então, justiça. E é por isso que justiça não é privilégio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela feita com base nos princípios da

equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto. (ALVIM, 2003)

A vida social em que estamos inseridos gera suas próprias relações e consequências. Assim, nem sempre nosso Poder Judiciário se encontra preparado para lidar com a multifacetada lógica econômica, social, e estrutural da vida globalizada. Nesta perspectiva, o tempo do processo judicial não se coaduna com a fluidez da vida cotidiana, tempo este da simultaneidade. Logo, identifica-se a necessidade de revisão do sistema atual, reformas – sejam elas processuais, procedimentais, e da própria mentalidade do jurisdicionado – que possibilitem o alcance de uma tutela mais eficaz e efetiva.

Porém, há a tendência cultural, na explicação de José Murilo de Carvalho (2002), de confundir cidadania com *estadania*. Nesta, a sociedade se molda a partir da vontade do Estado, em profundo contraste com a verdadeira essência do termo cidadania. Como reflexo, temos a postura instalada em nossa sociedade civil organizada de que cabe somente ao Estado, através do Judiciário, a solução dos conflitos. Discorre sobre o tema César Fiuza (1995, p.217):

(...) A cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.

A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a estas mesmas necessidades e interesses, delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz. (SERPA, 1999, p.62)

Ainda sobre o tema, discorre José Luiz Bolzan de Moraes (2003, p.80):

(...) Para a solução de conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas, através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição).

Tendo em vista tal panorama, importante estudarmos o acesso à Justiça, mas não apenas como porta de entrada do Judiciário, mas também como princípio concretizador de direitos, através da transformação fática da vida daqueles que buscam no Direito a tutela de suas relações.

Conforme propõem Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.8), a referida expressão se presta para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico atual: primeiramente, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve o mesmo produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Decorrente dos estudos de Cappelletti e Garth, pode-se apreender que o conceito de acesso à Justiça vem sofrendo transformações com o decorrer do tempo. Nos primórdios, era possível uma identificação com o próprio direito de ação, ou direito de defesa, já que se cuidava da mera possibilidade de se estar em juízo, de promover a demanda ou dela se defender. Não havia a preocupação com os eventuais obstáculos que poderiam excluir da oferta de tutela jurisdicional razoável parcela da sociedade, tendo em vista a noção de igualdade formal então prevalecente, possibilitando a todos, de forma igual, a provocação do órgão jurisdicional; não havendo, ainda, qualquer atenção à qualidade da prestação fornecida pelo Estado.

Contudo, a preocupação com a real fruição dos direitos - não apenas sob o enfoque formal - levou à redefinição do direito do acesso à Justiça, cujo conteúdo superou a mera possibilidade de estar em juízo, acrescentando-se outros importantes aspectos, orientados à garantia de uma resposta efetiva. O Estado com o dever de apresentar resultado útil ao conflito posto em juízo, através de meios adequados e eficazes, permeados sempre pela efetividade.

Nesse contexto, demonstrado está que quando se remete a acesso à Justiça, não se deveria visar apenas o acesso formal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, mas também o acesso real, com a proteção efetiva e concreta dos seus direitos e interesses.

Vale lembrar que no Brasil, a partir de 1988, com a Constituição Federal, passou-se a assegurar, expressamente - através do Princípio da Inafastabilidade ou Princípio do Direito de Ação -, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), garantindo a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XXXV.

A respeito deste valioso princípio, ensina Nelson Nery Júnior (2004, p.132):

(...) pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o

direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.

O processo evolutivo relacionado à tentativa de superação dos obstáculos à efetividade do acesso à Justiça se assenta em três grandes movimentos, denominados ondas renovatórias do acesso à justiça.

A primeira delas teve início na década de 60, com a temática assistência judiciária, visando à facilitação do acesso ao Judiciário daquele que sofre de carência econômica. Neste momento, se buscava empreender esforços para superar as dificuldades da admissão em juízo dos pobres, dificuldades estas causadas pela inadequação dos sistemas de assistência judiciária até então experimentados.

Uma das tentativas de resposta a este obstáculo econômico, no Brasil, foi dada através da *assistência jurídica gratuita*, estampada no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal/88 - devendo o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos insuficientes de recursos -; além da implantação dos juizados, nos âmbitos federal e estadual. Neste sentido, no entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p.33):

(...) A mais dramática reforma da assistência judiciária teve lugar nos últimos 12 anos. A consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável.

Ainda na esteira da complexidade das relações sociais, a segunda onda renovatória surgiu da necessidade de se conferir uma proteção coerente com a solução de conflitos de conotação coletiva, gerada pelo estágio de desenvolvimento da sociedade atual, podendo ser definida como uma sociedade de massa, ensejando, por sua vez, conflitos de massa. O foco, neste ínterim, encontrava-se na representatividade adequada dos direitos difusos, tornando-se imprescindível a otimização do desempenho dos legitimados para a ação civil pública.

Este problema da representação em juízo dos interesses difusos encontra resposta, em nosso ordenamento jurídico, no sistema integrado pela Constituição Federal, Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, fornecendo tal legislação, por enquanto, os fundamentos do “processo civil coletivo pátrio”.

Diante da necessidade de correlacionar o processo à espécie de litígio posto sob análise, de modo a promover uma efetiva adequação entre procedimento e realidade social, o que poderia contribuir para a diminuição das desigualdades verificadas entre litigantes, desenhou-se a terceira onda renovatória, denominada por Cappelletti e Garth de o enfoque do

acesso à Justiça. Esclarecem os autores a respeito da terceira onda renovatória que “seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.68)

Entre os aspectos relevantes em meio esta terceira onda renovatória do direito de acesso à Justiça está a constatação da necessidade de que o processo seja adequado ao direito material que se pretende tutelar, a fim de que a tutela a ser conseguida por meio dele possa se mostrar satisfatória. Com isso, seguindo o entendimento de Calmon de Passos (2001, p.19), necessária uma reaproximação entre direito processual e o material, ressaltando a dependência recíproca entre estes, sendo escopo do processo assegurar o que foi prometido pelo direito material.

Neste sentido, nos ensina Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 518) que “o direito de acesso à Justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material”.

Ao abordar essa temática, também, Cappelletti e Garth (1988, p. 69) afirmam que

(...) São as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos. Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma.

Outrossim, essa necessidade de aperfeiçoamento do processo a fim de que se possa tornar efetivo meio de acesso à resposta jurisdicional adequada, à atuação do direito material posto em juízo, permanece premente.

Ainda nesta esteira, corrobora Luiz Otávio Linhares Renault (2003, p.273):

(...) não se pode mais conceber uma possível efetividade do direito material sem a efetividade do direito processual. Não se tolera mais a ineficácia do direito material, pela falta de resultado do processo. O direito material não pode se frustrar no bojo do processo. Se o tempo sempre invadiu a vida do homem, agora ele invade também a vida do processo e exige uma resposta efetiva, que não seja a demora.

Dessa forma, entendemos que o acesso à justiça vai além do simples acesso formal aos Tribunais, implica em eficácia da ordem normativa, na concretização do direito reclamado em juízo, em resultado útil e eficaz, no *acesso à ordem jurídica justa*, expressão cunhada por Kazuo Watanabe (1988, p.135), que possui como dados elementares:

(...) 1. o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada

à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; 2. *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; 3. *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; 4. *direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características*.

Ainda neste sentido, afirma o mesmo autor que deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um *método de pensamento*. (WATANABE, 1988, p.128)

Para tal, imprescindível uma interpretação teleológica e à luz dos princípios constitucionais decorrentes do teor do art. 5º, XXXV CF/88, possibilitando ao cidadão não somente acorrer às cortes de justiça toda vez que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos, mas que essa busca de proteção venha acompanhada de efetivação, concretização real da determinação legal.

Nesse passo, aduz Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.57), que

(...) o direito de ação – visto como contrapartida da proibição da autotutela e da reserva do poder de dirimir os conflitos ao Estado – foi concebido, já há bastante tempo, como direito a uma sentença de mérito. Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos.

O legislador, por sua vez, também possui papel de grande relevância nesse quadro de acesso à ordem jurídica justa, pois é a partir da sua atuação que procedimentos e técnicas processuais e procedimentais poderão permitir a realização das tutelas legalmente prometidas.

Frente a esta realidade, a solução que vem sendo proposta pelo Estado seria, ao invés de criar movimentos alternativos ao judiciário estatal, conduzir reformas no processo a fim de que estes consensos sejam atingidos dentro do mesmo, ou seja, que a flexibilização pretendida ocorra dentro do próprio Judiciário.

As reformas pontuais no sistema jurídico - apesar do escopo da celeridade, eficiência, segurança jurídica, entre outros - nem sempre conseguem acompanhar as transformações da nossa sociedade, sendo necessária uma revisão da nossa cultura da sentença, buscando outros meios, mais adequados e efetivos para a administração de cada conflito, seja este judicializado ou não. Junto a esta cultura, o judiciário vivencia aguda crise e apresenta contumaz ineficácia da tutela prestada. A mudança de mentalidade é premente,

devendo-se buscar outros meios de abordagem dos conflitos, sejam estes meios extra ou intrajudiciais.

Neste passo, aspecto de vital importância é a cultura adversarial que de certo modo impregna os profissionais do Direito ainda durante sua formação, nas escolas, universidades, cursos jurídicos, dentre outros. Essa postura, proveniente de uma educação jurídica clássica e obsoleta, calcada na mentalidade da sentença e na falta de informação, mostra-se em total desacordo com a tendência mundial da desjudicialização dos conflitos, e certamente é um dos fatores que obstam a eficiente consolidação das formas extrajudiciais de solução de controvérsias, em nosso país. Segundo Maria Nazareth Serpa (1999, p.304-305), sobre a mentalidade do advogado brasileiro:

(...) O mapa psicológico do advogado, que Riskin descreve, é aquele utilizado pela maioria dos profissionais do Direito, e que é apresentado e instruído nas Faculdades. O que aparece, nesses mapas, é determinado pelo poder de duas presunções sobre matérias, que os advogados sustentam:

- Disputantes são adversários, se um ganha, o outro tem que perder.
- Disputas tem que ser resolvidas através do emprego de uma terceira parte, baseado em alguma disposição legal. Ao que se pode acrescentar uma terceira, quarta e quinta presunção:
- Disputas envolvem somente questões legais.
- Advogados somente podem ter em mente os direitos de seu cliente, e estes são incompatíveis com os direitos da outra parte.
- Só existe uma verdade jurídica, e esta só tem uma face.

Estas presunções chocam-se, diametralmente, com as presunções existentes na mediação:

- Disputas envolvem questões psicológicas, sociais e legais.
- Disputantes nem sempre são adversários, e podem ter interesses comuns, ou interesses que se combinam entre si sem determinar um ganhador e um perdedor, e oferecer vantagens para ambos.
- Raramente uma norma genérica e abstrata pode comportar as contingências únicas de um caso concreto, e que ninguém melhor do que as próprias partes conhecem o caso e ninguém melhor do que elas podem regular a respeito.

Gladston Mamede (1999, p.246-247), referindo-se ao art. 2, parágrafo único, IV, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que estabelece ser um dever dos advogados “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”, afirma que:

(...) Percebe a norma, indubitavelmente, que a demanda é um mal, por vezes necessário, mas que, sempre que possível deve ser evitado e que a sociedade, assim como seus membros, lucram mais quando é possível compor os litígios do que quando arrastam longas pendengas judiciárias, nas quais se gasta tempo, dinheiro, para não falar em bens de natureza pessoal (fadiga, ansiedade, estresse, etc.). ... É de boa política discutir os interesses do cliente, expor-lhe possibilidades, riscos, oportunidades, etc. O advogado não é contratado para litigar, mas para resolver o problema do cliente e, para tanto, o litígio nem sempre é a melhor solução.

No Brasil, a recomendação das formas alternativas de conflitos já pode ser constatada dentro do Direito do Trabalho, das disposições do Sistema de Financiamento Imobiliário, e igualmente dentro das disposições dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dentre outros exemplos. Maria de Nazareth Serpa (1999, p.65), assim conclui:

(...) Há poucos anos poderia se dizer que pouco ou nada se fazia, no Brasil, em matéria de alternativa de solução de disputas. Hoje, ainda se diz, o Brasil percorre a passos lentos a estrada do desenvolvimento de formas outras de solução de disputas, afora o sistema judiciário. Entretanto, todas as iniciativas têm passado para a realidade do país como iniciativas que deram certo e que esperam pelo aperfeiçoamento natural que sofrem as instituições jurídicas ao longo do tempo. São os casos dos tribunais de pequenas causas, hoje espalhados em todo o território nacional, da recente Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, sobre arbitragem e mesmo dos esparsos movimentos a respeito da mediação. Contudo, não se pode realmente afirmar que exista um efetivo movimento pró-ADR, no Brasil.

O PL 160/2010, que discute um novo código de processo civil, dá destaque e espaço para os meios alternativos de solução de conflitos, trazendo a lume o instituto, já conhecido e utilizado por muitos dos países sul-americanos vizinhos, da mediação.

Este início de regulamentação não deixa de ser um avanço em nosso arcabouço legislativo, mas merece cuidado no trato e, inclusive, algumas críticas.

2. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

É neste cenário que surge a necessidade de uma reestruturação do acesso à Justiça. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2000, p.28):

(...) acesso à justiça quer dizer “acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, considerando as diferentes posições sociais, e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à manifestação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

A adequação dos procedimentos jurisdicionais a fim de que qualquer sujeito de direitos obtenha uma resposta do Estado justa e efetiva, realizada no menor tempo possível, tem suscitado debates em todas as esferas da sociedade civil organizada, como atestam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.20-21):

(...) Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. (...) A Justiça que não

cumpra suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Hoje em dia não há como se falar em acesso à Justiça sem vislumbrar a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, visando assegurar e garantir a tutela dos direitos ameaçados em questão, uma vez que cada vez mais o Judiciário vem sendo atravessado pelas justças emergentes, nos âmbitos nacionais e internacionais, representadas por formas extra oficiais de tratamento das demandas. Não significa negar a prestação jurisdicional por parte do Estado, mas propor alternativas porventura até menos onerosas e mais rápidas para a satisfação das controvérsias, com métodos mais humanísticos, que garantam, com maior qualidade, a obtenção da justiça.

No rol destes métodos alternativos de solução de conflitos, destaca-se o instituto da mediação, que nas palavras de Marilene Marodin e John Haynes (1996, p.11):

(...) é o processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

A mediação tem se mostrado excelente instrumento de administração dos conflitos, pois objetiva o reconhecimento do conflito, sem negá-lo, e, a partir desta premissa, o desenvolver de um procedimento que poderá gerar uma solução e conseqüente dissolução do litígio. Vale destacar que tal consenso será idealizado e construído pelas partes envolvidas, através da comunicação e do diálogo esclarecido, com o auxílio de um terceiro imparcial – o mediador.

Logo, não há parte vencedora ou parte perdedora. É composto um consenso pela flexibilização de ambas as partes, tendo o diálogo como instrumento facilitador, incitado pela figura do mediador.

Contudo, a mediação não busca obrigatoriamente o acordo, a resolução do conflito. Seu objetivo é a transformação do impasse, sendo o resultado “acordo” simples conseqüência do esvaziamento da litigiosidade existente na relação e da compreensão advinda do diálogo e restabelecimento da comunicação. O desfecho se dará por meio da cooperação entre as partes e não por meio de qualquer tipo de imposição. A mediação permite aos adversários desenvolverem nova relação, baseada no respeito recíproco, mantendo cada qual sua identidade própria.

É possível observar que o principal objetivo da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, uma vez que esta, em meio a um conflito, fica prejudicada, acabando por aumentar a intensidade do mesmo. O papel do mediador é

melhorar a capacidade de comunicação entre os mediados na busca de uma solução conjunta para o problema (OSTERMEYER, 1996).

Dessa forma, apesar de estar elencada no rol dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, a mediação possui finalidade que vai além da “solução” do conflito, pois sua finalidade não é tão somente resolver o litígio, mas sim transformá-lo, de forma criativa, sem a obrigatoriedade de uma solução final, buscando o restabelecimento do equilíbrio social através do diálogo, comunicação e ganhos mútuos. Seguindo este argumento, afirma a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva (2011, p.43) que do mesmo modo que a Mediação não é recurso para se chegar obrigatoriamente a um acordo, também não é um método de resolução de conflitos. A Psicanálise, que sempre preconizou que o conflito é inerente à dinâmica do desenvolvimento humano, fundamenta que os conflitos devem ser transformados e elaborados para possibilitar que o ser humano encontre formas mais satisfatórias de interagir com o mundo.

Cumprido ressaltar ainda que, o instituto da mediação, quando equivocadamente respaldado fora de sua verdadeira essência, pode vir a representar tão somente mais uma estratégia política, propagandista, ou mera demanda de mercado. Ao ser interpretado pela ótica de uma racionalidade instrumental como uma tentativa de trazer mais agilidade para as decisões judiciais e desafogar os operadores do direito, desvirtua-se de seu verdadeiro objetivo de ferramenta favorável ao resgate das instâncias de deliberação intersubjetiva do mundo da vida e da promoção de uma cidadania eticamente balizada em procedimentos democráticos.

Não temos como negar o conflito, ou simplesmente judicializá-lo, através de um processo inadequado que não trará uma solução efetiva. O conflito é decorrente da necessidade de conviver e de se envolver com o outro, sendo inevitável à realidade humana. Situações naturais das relações humanas, provocados por desgastes de relacionamentos, construção de interesses específicos, divergências de expectativas, dentre outros. De acordo com Maria de Nazareth Serpa (1999, p.24):

(...) Onde quer tenha existido ou exista um ser humano, se encontra conflito. Um estado de guerra que leva em seu bojo o germe da paz. Esse germe levou o homem a observar o conflito e buscar maneiras de evitá-lo, contorná-lo e resolvê-lo. Uma das maneiras mais conhecidas e desenvolvidas pela humanidade é o Direito. Dando, hipoteticamente, a quem o que é de quem, segundo Aristóteles, o homem faz justiça e busca a harmonia na terra. (...) O conflito, numa acepção ampla, denota o confronto de poder na luta de todas as coisas por se manifestar. Numa acepção estrita, se constitui numa categoria distinta do comportamento social onde duas partes tentam possuir o que ambas não podem.

A sociedade sempre buscou, de alguma maneira, resolver estes conflitos, seja da forma litigiosa ou consensual. Segundo Carreira Alvim (1996, p.17) estamos falando em soluções parajurisdicionais, nas quais a iniciativa privada propõe atividades paralelas à atividade do Estado, deslocando-se a administração da Justiça do eixo do Estado para o das próprias comunidades onde emergem os conflitos, mais próximas dos contentores, e que melhor sabem avaliar os males que provoca a discórdia entre seus membros.

Na esteira deste movimento, de acordo com José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler (2008, p.113-114):

(...) Ainda, pode-se dizer que: alguns autores costumam descrever os meios de tratamento dos conflitos sociais como se seu aparecimento na história obedecesse a uma rigorosa sucessão linear que iria da autotutela, como o modo correspondente à fase da barbárie, até se chegar à jurisdição como o modo correspondente ao estágio mais civilizado. Mas essa maneira de tratar o tema é ideológica, porque parte do pressuposto, não demonstrado, de que a história obedece a alguma razão moral ou princípio de justiça que dirigiria sempre para a perfeição..., enquanto na verdade a experiência mostra que a história humana é guiada puramente por condições materiais (interesses, sobretudo).

A implantação das práticas discursivas e narrativas da mediação convergem diretamente ao pensamento de Habermas (2003, p.146), para quem “sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”. Estes cidadãos, por sua vez, só poderão ter consciência de sua autonomia pública, na medida em que esteja assegurada sua autonomia privada. Neste sentido, “uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada.”

O processo da mediação é uma tarefa artesanal, que demanda paciência, compreensão e esforço dos participantes – mediandos, mediador e, porventura, advogados, psicólogos, assistentes sociais ou outro profissional participante. Cada caso exige atenção, estudo e tratamento adequado, visando atingir o real interesse das partes, destacando cada particularidade do conflito para que este possa ser “desmontado” e compreendido de forma legítima pelas próprias partes. O consenso só será possível quando os interesses verdadeiros, as motivações ocultas dos mediandos forem expostas com boa-fé e debatidas, sem nenhum tipo de imposição ou determinação, sendo a solução produto deste consenso após a reflexão e articulação do dissenso.

Fazendo um paralelo com os ensinamentos de Jürgen Habermas é possível entender como a mediação e seu processo se estruturam: as partes envolvidas são os autores do acordo, sendo este resultante de uma comunicação aberta, esclarecida e com o assentimento dos participantes, de forma racional e fundada na responsabilidade. Por tudo isso, se torna legítimo e conscientemente aceitável pelos interessados. Nas palavras de Habermas (2010, p. 142):

(...) São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. (...) Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através das normas. E ‘discurso racional’ é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.” (grifos do autor)

Vale destacar que a mediação não tem como finalidade “*desafogar*” o Poder Judiciário, nem se apresenta como solução única e plena para todos os problemas enfrentados pelos Tribunais. Sua principal finalidade é o reconhecimento e análise do litígio, promovendo o diálogo entre as partes e em decorrência deste a construção de um consenso, como fruto da ação comunicativa auxiliada pelo mediador e legitimado pelos mediados durante todo o procedimento. Tal instrumento acarreta, sem dúvida um “*desafogar*” do Judiciário, mas não como objetivo primeiro, e sim como conseqüência, pois o conflito real existente entre as partes foi dissolvido, não restando a litigiosidade incontida que poderia, em futuro próximo, gerar mais um processo judicial.

Neste sentido, no tocante ao instituto da mediação, um potencial instrumento na busca pela administração do conflito e na adequação entre procedimento e direito tutelado, vale destacar que as propostas do Novo Código de Processo Civil - PLS nº 166/10 e PL nº 8046/10 - não inovam de forma significativa nesta seara. Talvez fosse hora do legislador ousar mais ao abordar o tema: mais atenção, mais empenho e até criatividade na busca por meios de efetivação dos direitos e por conseqüência um efetivo acesso à Justiça.

Diante dessa conjuntura, necessário repensar o papel do Direito e os instrumentos oferecidos por este para a abordagem dos conflitos. E, além disso, como tais instrumentos tem sido utilizados pelo jurisdicionado e pelos aplicadores do próprio Direito. A mudança de mentalidade, da cultura jurídica e judiciária ante os conflitos sociais tem se mostrado mais que

necessária: urgente; devendo mesmo ser acompanhada de uma reforma legislativa baseada na efetividade. Quando se fala em efetividade o que se busca é a eficácia social da norma, os efeitos que esta geram no mundo fático. Para Luís Roberto Barroso (2001, p.85):

(...) a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, conforme anteriormente mencionado, finalidade importante do acesso à justiça, reconhecida por Cappelletti e Garth, é a de que o sistema jurídico atual deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, além de ser igualmente acessível a todos. Isto significa dizer que o sistema jurídico, através da legislação e da aplicação das leis pelos magistrados, precisa proporcionar mais do que o ingresso do cidadão ao Poder Judiciário, tal sistema deve também gerar resultados direcionados às demandas apresentadas, permitindo um acesso efetivo ao bem tutelado, de forma justa, célere e eficaz.

Tal acesso - como um princípio - através de um procedimento adequado é indispensável não apenas para viabilizar a concretização de outros direitos, mas também, para o cumprimento do preceito constitucional que consagra a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Por fim, vale ressaltar que a produção de um resultado socialmente justo, depende de um novo enfoque do acesso à Justiça, de uma interpretação abrangente, realmente focada na busca por uma tutela justa e efetiva do bem posto sob o pálio do Judiciário, dando a cada um aquilo que se estipulou ser seu, fazendo, assim, justiça na real acepção do termo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Arbitragem e o Poder Judiciário: convergências e divergências*. in: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. In: *Doutrina*, v. 1. Rio de Janeiro: ID-Instituto de Direito, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Acesso à Justiça no plano dos Direitos Humanos*. In: *Acesso à Justiça*. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil, o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.
- FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.
- HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. ASSUMPCÃO, Eni; MARODIN, Fabrizio Almeida (Trad.). Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.
- MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: RT, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. In: *A Constitucionalização do Direito*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça – Uma questão recorrente*. In: SALES, Lília Maia de Moraes (coord.). *Estudos sobre Mediação e Arbitragem vários autores*. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem – Alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- OSTERMEYER, Melinda. *Realizar La Mediación*. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W; OLCZAC, Paul V. *La Mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós. 1996.

PASSOS, Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. In: Temas atuais de direito Processual Civil*. César Fiúza, Maria Sá e Ronaldo Dias (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Das comissões de conciliação prévia: entre a penumbra e a luz*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; Viana, Márcio Túlio (coord.). *Comissões de Conciliação Prévia: quando o direito enfrenta a realidade*. São Paulo: LTr, 2003.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SLAWINSKI, Pedro Gonçalves da Rocha. *A simplificação do direito e o acesso à justiça. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Volume XII. Direitos Fundamentais. BINENBOJM, Gustavo. (Org.) Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândico Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 1988.