



**FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE
PIONEIRO
Jacarezinho - PR**

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**Mediação extraprocessual como instituto prévio ao Poder
Judiciário para a resolução de conflitos: em busca do acesso pleno
à Justiça**

MATEUS FAEDA PELLIZZARI

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

JACAREZINHO (PR) – 2006



**FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE
PIONEIRO
Jacarezinho - PR**

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**Mediação extraprocessual como instituto prévio ao Poder
Judiciário para a resolução de conflitos: em busca do acesso pleno
à Justiça**

MATEUS FAEDA PELLIZZARI

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

JACAREZINHO (PR) - 2006

P384m Pellizzari, Mateus Faeda.

Mediação extraprocessual como instituto prévio ao poder judiciário para a resolução de conflitos: em busca do acesso pleno à justiça / Mateus Faeda Pellizzari. Jacarezinho (PR), 2004.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2004.

1. Mediação - conflito. 2. Acesso à justiça. Brasil. I. Título.

CDU 347.918(81)

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

PELLIZZARI, Mateus Faeda. Mediação extraprocessual como instituto prévio ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos: em busca do acesso pleno à Justiça. Jacarezinho, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - Centro de Pós-Graduação da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

RESUMO

Analisa e diferencia o significado das expressões Direito e Justiça, demonstrando que mais do que o simples acesso ao Judiciário é necessário o acesso pleno à Justiça. Para isto apresenta o acesso à Justiça como direito fundamental protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e defende os métodos alternativos de resolução de conflitos como institutos a serem utilizados previamente ao Poder Judiciário para a solução de disputas. Destaca o afastamento do Poder Judiciário e das leis da realidade social atual e estuda a evolução do pluralismo jurídico como novo paradigma que aproxima o Direito do ideal de Justiça. Apresenta um estudo mais aprofundado sobre a mediação, ressaltando sua importância, suas principais características, demonstrando exemplos de sua utilização no Brasil. Analisa também o conceito de conflito e demonstra a necessidade de um trabalho em conjunto entre Sociedade e Poder Público visando o resgate da cidadania e a solução adequada dos conflitos individuais e sociais. Apresenta ainda a necessidade de se fomentar dentro das Universidades a reflexão sobre o acesso pleno à Justiça bem como estimular nesse ambiente pluralista o uso das formas alternativas de resolução de disputas, principalmente a mediação. Aponta como principais conclusões: a) Direito e Justiça não podem ser confundidos sendo que a Constituição apresenta como direito fundamental o acesso pleno à Justiça; b) as transformações sociais obrigam o Poder Público a revisar seus conceitos sobre Justiça e a atuar em conjunto com a Sociedade, respeitando sua vontade e suas decisões; c) o Poder Judiciário não pode servir de única e exclusiva instância para que os conflitos sejam resolvidos devendo se apresentar como poder garantidor dos direitos dos cidadãos quando outros meios não solucionarem a disputa; d) a mediação pode servir de instância colaboradora na resolução das disputas que se apresentam e que são inerentes às relações humanas; e) para que possamos alcançar esse ideal de acesso pleno à Justiça torna-se necessário a sua reflexão e defesa nas Universidades brasileiras, principalmente nas Faculdades de Direito.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, formas alternativas de resolução de conflitos, mediação, Constituição, Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito.

PELLIZZARI, Mateus Faeda. Mediation extraprocessual as previous institute to the Judiciary Power for the resolution of conflicts: in search of the perfect access to the Justice. Jacarezinho, 2006. Dissertation (Master's degree in Right) - Program of Master's degree in Juridical Science - Center of Masters degree of Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

ABSTRACT

It analyzes and it defers the meaning of the expressions Right and Justice, demonstrating that more than the simple access to the Judiciary is necessary the perfect access to the Justice. For this it presents the access to the Justice as a fundamental right protected by the Constitution of the Federation Republic of Brazil 1988 and it defends the alternative methods of resolution of conflicts as institutes are previously used to the Judiciary Power for the solution of disputes. It detaches the removal of the Judiciary Power and of the laws of the current social reality and studies the evolution of the juridical pluralism as new paradigm that approximates the Right of the ideal of Justice. It presents a study more deepened about the mediation, pointing out your importance, your characteristics principal, demonstrating examples of your use in Brazil. It also analyzes the conflict concept and it demonstrates the necessity of a work together between Society and Public Power seeking the ransom of the citizenship and the appropriate solution of the individual and social conflicts. It still presents the need to foment inside of the Universities the reflection on the perfect access to the Justice as well as to stimulate in that pluralist atmosphere the use in the alternative ways of resolution of disputes, mainly the mediation. It appears as principal conclusions: a) Right and Justice can't be confused and the Constitution presents as a fundamental right the perfect access to the Justice; b) the social transformations force the Public Power to revise your concepts about Justice and to act together with the Society, respecting your intention and your decisions; c) the Judiciary Power can't serve as the only and the exclusive instance for the conflicts to be resolved should present if as being able to warrantor of the citizens' rights when others legal means don't solve the dispute; d) the mediation can serve as collaborating instance in the resolution of the disputes that come and that are inherent to the human relationships; e) so that we can reach that ideal of perfect access to the Justice it becomes necessary your reflection and defense in the Brazilian Universities, mainly in Universities of Right.

Key-words: Access to the justice, alternative forms of resolution of conflicts, mediation, Constitution, Gist's of Juridical Practice of the Universities of Right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	4
1. ACESSO À JUSTIÇA: UMA NOVA VISÃO	4
1.1 Direito e Justiça: Razão e Sentimento.....	4
1.2 O acesso pleno à Justiça enquanto fator relevante de cidadania: o ideal de Justiça constitucionalmente estabelecido.....	13
1.3 A modernização do conceito de acesso pleno à Justiça: da assistência judiciária legalmente estabelecida à sua proteção como direito fundamental.....	15
1.4 O Direito, a lei e o Poder Judiciário afastados da realidade social como obstáculos ao acesso pleno à Justiça.....	27
CAPÍTULO II	38
2. A MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL COMO FORMA PRÉVIA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JUSTIÇA MAIS PRÓXIMA DO CIDADÃO	38
2.1 O pluralismo jurídico e as formas prévias e extrajudiciais de resolução de conflitos.....	38
2.2 Os meios alternativos de resolução de conflitos: características e sua importância para o acesso pleno à Justiça.....	45
2.3 A importância da mediação extraprocessual como forma prévia de resolução de conflitos: a Justiça antes mesmo do Poder Judiciário.....	51
2.4 Aspectos cruciais para a defesa da mediação como forma prévia ao Poder Judiciário para a resolução dos conflitos: em busca da pacificação social.....	59
CAPÍTULO III	69
3. O AMBIENTE UNIVERSITÁRIO E OS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA DAS FACULDADES DE DIREITO COMO ESPAÇOS PROPÍCIOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A SOCIEDADE CIVIL E A ACADEMIA JURÍDICA UNINDO FORÇAS EM BUSCA DA VERDADEIRA JUSTIÇA	69
3.1 O ambiente universitário como o ideal para a solução de conflitos: o ensino jurídico e a possibilidade de a sociedade ver-se no Estado.....	70
3.2 Núcleos de Prática Jurídica - A dinâmica de uma justiça democrática: A importância do NPJ para o acesso pleno à Justiça.....	75
3.3 A mediação extraprocessual aplicada ao NPJ.....	85
3.4 Exemplos atuais de aplicação da mediação extraprocessual no Brasil: em busca do acesso pleno à Justiça.....	93
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é rica em ideais e em discussões. Mesmo após mais de 17 anos de sua promulgação, diversos elementos trazidos por essa inovadora Constituição, ou permanecem inócuos, ou não foram ainda bem compreendidos e utilizados. Direitos fundamentais presentes no preâmbulo da carta magna, como a utilização de formas pacíficas para a resolução de conflitos e a busca pela Justiça, continuam sem efetividade - princípios essenciais ao bom desenvolvimento de nosso país são vistos como meras recomendações, não alcançando a sociedade que deveria proteger.

Atualmente já está vencida a idéia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja o verdadeiro significado da acepção jurídica de acesso à Justiça. Hoje, muito mais do que acesso aos tribunais - de fundamental importância, mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos -, o fenômeno do acesso à Justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de o ser humano conviver em uma sociedade, onde o Direito e a Justiça são realizados de forma concreta. Seja isso decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do Estado, seja através do estímulo ao uso das formas prévias e alternativas de resolução de conflitos, seja como reflexo das grandes políticas públicas a serem produzidas e efetivadas pela respectiva atuação executiva.

Note-se que para existir uma efetiva proteção ao acesso à Justiça, é necessário também um trabalho extrajudicial visando cientificar toda a sociedade de seus direitos e deveres, bem como uma real proteção aos direitos humanos fundamentais estejam eles ou não tipificados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Quando falamos em direitos fundamentais, estamos considerando todos os direitos que o ser humano necessita para poder ter uma vida digna. Nesse sentido, muitos desses direitos se confundem com os direitos sociais, direitos esses que não se resumem a questões individuais, afetando a sociedade ou vários setores dela, atingindo, portanto, a coletividade. Estão ligados diretamente a direitos presentes na Constituição Federal, como o direito à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho digno, destacando-se o acesso pleno à Justiça, enfim, ligados a questões fundamentais para todo cidadão.

Tais direitos dizem respeito a questões que atingem toda a sociedade, e podem servir de ferramentas às organizações da sociedade civil para pressionar o Estado, buscando a realização de políticas públicas eficientes, ou para coibir atos que desrespeitem os direitos dos cidadãos.

Essas são apenas algumas das formas de luta por uma sociedade mais justa, utilizando o Direito aproximado da idéia de Justiça não apenas como forma de resolução de conflitos individuais, mas também como uma força transformadora disponibilizando à sociedade os instrumentos jurídicos necessários à proteção de seus direitos.

A importância de se fornecer à sociedade os instrumentos necessários à defesa, proteção e efetivação de seus direitos fundamentais está no fato de que muitos desses direitos se perdem porque os seus titulares não estão dispostos a lutar por eles, conscientes de que nenhum proveito concreto lhes trará a proteção judiciária tardia, ou, até, de que os ônus e sofrimentos da perseguição do direito sobrepujarão o benefício da sua conquista.

Essencial para o desenvolvimento social, o Poder Judiciário vem sofrendo, nos dias atuais, diversas críticas. A morosidade e formalidade de seus procedimentos, a existência de um ambiente impessoal e distante da realidade social sempre são destacados e ajudam a distanciar ainda mais esse importante poder estatal da realidade que deveria defender. O salto de qualidade que deve dar à justiça, entendida como Poder Judiciário, não se apresenta ao alcance dos meios de que, para esse fim, pode dispor o Estado. Por isso no Brasil, mais do que em países ricos, o acesso à Justiça dependerá em grande parte da estruturação e fortalecimento das várias modalidades de tutela diferenciada que poderão atuar previamente ao judiciário.

A tutela diferenciada abrange os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a justiça interna das associações.

A mediação é descrita como um indício de maturidade das sociedades porque, de momento, há uma procura de que o ser humano volte a ser o centro da reflexão, e a mediação de conflitos trabalha neste âmbito.

No Brasil, a mediação vem progredindo como conseqüência da crise da administração da justiça, seja na figura dos conciliadores ou juízes leigos dos juizados especiais, seja, principalmente, na figura dos chamados juizados informais. Exemplo disso, foi a criação da Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000, que determinou

a conciliação prévia das causas trabalhistas nas empresas ou sindicatos. O sucesso dos mecanismos de resolução prévia dos conflitos, voluntários ou compulsórios, dependerá entretanto, fundamentalmente de sua credibilidade e da sua aptidão na geração de soluções que satisfaçam aos contendores.

O enquadramento do papel da mediação no quadro geral da Justiça não é fácil uma vez que o Estado, ao ver a mediação como uma forma de obstar conflitos sociais, de uma forma diferenciada, pré-processual, pode ter a impressão de estar lidando com um poder paralelo em que não é necessária a intervenção estatal. Na verdade, o que a mediação demonstra é que existem situações que a sociedade é capaz de resolver por si, não necessitando, portanto, de que o Estado mova a máquina judiciária, que continua tendo um papel protetivo mas, que ainda hoje, possui falhas e se mantém um tanto quanto afastada dos reais problemas sociais.

Para aprofundarmos melhor o tema, delimitaremos o assunto tratando dos aspectos mais importantes: o dever constitucional de propiciar a todos o acesso à Justiça; as deficiências do Poder Judiciário; as Leis e o Direito afastados da realidade social; a importância e a abrangência do uso da mediação extraprocessual para a resolução de conflitos e sua importância para o resgate da cidadania; a contribuição das instituições privadas e projetos sociais que se utilizam da mediação para resgatar o direito fundamental de todos ao acesso pleno à Justiça. Demonstraremos também como o ambiente universitário pode colaborar com a humanização das relações e conflitos sociais que se apresentam e, ainda a importância do ensino jurídico, através dos Núcleos de Prática Jurídica, buscando novas formas de resolução de conflitos que aproximem Direito, Justiça e sociedade.

CAPÍTULO I

1. ACESSO À JUSTIÇA: UMA NOVA VISÃO

O capítulo a seguir apresenta a comparação entre o conceito de Direito e de Justiça destacando que na atualidade o acesso à Justiça não está limitado ao acesso ao Poder Judiciário. A transformação necessária para que alcancemos o acesso pleno à Justiça, inicia-se com a assistência judiciária evoluindo para a assistência jurídica que deve ser efetivamente oferecida pelo Estado, levando também em consideração - para ser integral -, as formas alternativas e extraprocessuais de resolução de conflitos que se apresentam como caminhos propícios para alcançarmos o ideal maior de Justiça. O Direito não pode estar afastado da Justiça, devendo estar em consonância com os anseios sociais. Por outro lado demonstraremos que o próprio Poder Judiciário, com sua formalidade e racionalismo encontra-se também afastado da realidade e não se basta hoje para a resolução dos conflitos sociais que se apresentam. Tal distanciamento favorece a defesa dos métodos alternativos e prévios de resolução de disputas e mostra que Poder Judiciário e Sociedade devem unir forças em prol do acesso pleno e efetivo à Justiça.

1.1 Direito e Justiça: Razão e Sentimento

O tema Direito e Justiça necessita de intensa reflexão para que possa ser compreendido. Ainda hoje, mesmo após tantos estudos sobre o assunto, não podemos determinar em termos doutrinários uma única interpretação que esclareça e elucide a problemática que se apresenta.

Miguel Reale¹ compreende o Direito, utilizando, além de seu caráter normativo, também seu caráter reflexivo, criando assim a Teoria Tridimensional do Direito que engloba a idéia de que o Direito se baseia no fato social relevante, na sua valoração e na norma que, de maneira justa, deve protegê-lo, buscando acima

¹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117 e ss.

de tudo a Justiça, o que, sem dúvida, contraria a idéia kelseniana de que o Direito se bastava na própria norma jurídica positivada.

Segundo Miguel Reale,

No meu entender, tal como tenho exposto em minhas obras, o Direito só se constitui quando determinadas *valorações dos fatos sociais* culminam numa integração de *natureza normativa*. Ao contrário do que sustentam os partidários do irracionalismo jurídico, o Direito é impensável sem um momento de racionalização coincidente com seu momento de caráter normativo. A admissão, porém, da forma racional, como elemento essencial ao Direito, não significa que possam ser esquecidos todos os fatores irracionais ou alógicos que estão presentes tanto na gênese das regras jurídicas como no processo final e decisivo de sua aplicação aos casos concretos.

(...)

Isto posto, quando um complexo de valores existenciais incide sobre determinadas situações de fato, dando origem a modelos normativos, estes, apesar de sua forma imanente, não se desvinculam do "mundo da vida" que condiciona sempre a experiência jurídica.²

As palavras de Miguel Reale justificam a defesa do Direito atrelado ao conceito de Justiça, no qual a norma jurídica (o direito positivado) não está afastada do sentimento social, da realidade que se apresenta.

Nesse sentido, Miguel Reale destaca o Direito não como determinação abstrata, mas sim como conceito atrelado à vida humana, sendo desta uma dimensão, considerando que,

Então o Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade.³

Note-se que sempre tentamos aproximar a idéia do Direito do que entendemos como justo, o que evidencia que Justiça e Direito devem estar ligados, mas não se confundem.

Nesse sentido, Aristóteles destacava a Justiça como uma disposição da alma, sendo a excelência moral perfeita, destacando também que essa excelência moral impõe a prática de determinados atos e proíbe outros. Salientava

² REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 1994, p. 103.

³ Id., *Ibid.*, p. 123.

ainda como as leis poderiam ser boas, se atreladas a esse conceito e não tão boas se distantes disso.⁴ Segundo o filósofo,

Então a justiça neste sentido é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. Portanto a justiça é frequentemente considerada a mais elevada forma de excelência moral, e “nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa”; e também se diz proverbialmente que

“na justiça se resume toda a excelência”

Com efeito, a justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo.⁵

Assim, a Justiça, para Aristóteles, é o próprio sentimento do que é justo, sendo buscada e almejada por todos. Essa visão demonstra que a Justiça pode estar materializada mas se avulta, principalmente, como ideal a ser perseguido. A Justiça nunca é negativa, por outro lado o Direito, visto como lei, se estiver afastado desse ideal, pode sê-lo.

A visão aristotélica de um ideal de Justiça é contrariada por Hans Kelsen que, como cientista, vê a Justiça apenas de maneira relativa, não acreditando que esse ideal, chamado por ele de Justiça absoluta, possa ser de algum modo alcançado. Conforme suas palavras,

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja a justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância.⁶

Para os defensores do relativismo kelseniano, o Direito deve ser entendido como sendo apenas a norma jurídica de caráter impositivo, geral, sancionadora e punitiva que regula as relações sociais, limitando também o poder

⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 92-93.

⁵ Id., Ibid., p.93.

⁶ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

do Estado. Tal compreensão é limitada e restringe a idéia de Direito apenas às regras escritas, positivadas, afastando-se assim do verdadeiro sentido e abrangência de tal vocábulo. Esse posicionamento, seguido por parte da doutrina, considera que a Justiça deve ser vista como relativa na medida em que está atrelada a fatores históricos e sociais. A cultura, o momento político vivido, o meio social, o momento histórico ganham aqui força e destacam que mesmo a Justiça - que defendemos ser acima de tudo um ideal -, ganha um caráter relativo e, para ser estudada como ciência, estaria vinculada ao próprio Direito imposto, só podendo ser observada desse modo.

Nesse sentido, Michael Walzer considera que,

A justiça é uma invenção humana, e duvida-se que seja feita de uma só maneira. Seja como for, vou começar duvidando, e mais que duvidando, desse pressuposto filosófico comum. As questões apresentadas pela teoria da justiça distributiva admitem uma série de respostas, e há espaço dentro dessa série para a diversidade cultural e as opções políticas. Não é só questão de implementar algum princípio singular ou conjunto único de princípios em diversas circunstâncias históricas. Ninguém negaria que existe uma série de implementações moralmente permissíveis. Quero defender mais do que isso: que os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda a diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.⁷

E continua,

A justiça é relativa aos significados sociais. De fato, a relatividade da justiça provém da definição clássica não-relativa, de dar a cada pessoa o que lhe é devido, tanto quanto da minha própria proposta, de distribuir os bens por motivos “internos”. Essas são definições formais que exigem, conforme tentei demonstrar, integridade histórica. Só podemos dizer o que é devido a esta ou àquela pessoa depois de saber como essas pessoas se relacionam entre si por intermédio do que fazem e distribuem. (...) Existe um número infinito de vidas possíveis, moldadas por um número infinito de possíveis culturas, religiões, acordos políticos, situações geográficas, etc. Determinada sociedade é justa se sua vida substantiva é vivida de determinada maneira – isto é, de maneira fiel às interpretações em comum dos membros. (Quando as pessoas discordam com relação ao significado dos bens sociais, quando as interpretações são polêmicas, então a justiça exige que a sociedade seja fiel às discordâncias, oferecendo canais institucionais para sua expressão, mecanismos de julgamento e distribuições alternativas).⁸

⁷ WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4-5.

⁸ Id., Ibid., p. 429-430.

Atualmente parece-nos utópica a idéia de que o Direito deve buscar a Justiça. Infelizmente, as leis hoje são criadas visando, na maioria dos casos, atingir e proteger apenas os interesses de uma classe restrita de pessoas, o individual se sobrepõe sobre os interesses coletivos, deixando-se de lado as reais necessidades e desejos da sociedade brasileira.

Roberto Lyra Filho, nesse sentido leciona que,

Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com freqüência. Onde está a Justiça no mundo? – pergunta-se. Que Justiça é esta, proclamada por um bando de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de “juristas”, deixando que estes devorem o povo? A Justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada. Isto é negação da Justiça, uma negação que lhe rende, apesar de tudo, a homenagem de usar seu nome, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o “direito” *deles* não está cuidando de ser justo. Porém, onde fica a Justiça verdadeira? Evidentemente, não é cá, nem lá, não é nas leis (embora às vezes nelas se misture, em maior ou menor grau), nem é nos princípios ideais, abstratos (embora às vezes também algo dela ali se transmita, de forma imprecisa): a Justiça real está no processo histórico de que é resultante, no sentido de que é nele que se realiza progressivamente.

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e a opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses.

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.⁹

O Direito que prevalece nos dias atuais é o Direito positivado, porém deturpado, longe do seu objetivo primordial de busca pela Justiça. Esse Direito que sempre foi respeitado por estar escrito, codificado, não vem, afastado da essência do Direito, conseguindo suprir os anseios do povo brasileiro, nem acompanhando as transformações sociais que surgem a cada dia, oprimindo a sociedade que deveria proteger.

⁹ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 10. reimpr. da 17. ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 85-86.

Novamente nos socorremos das palavras de Roberto Lyra Filho que assim escreve,

O Direito, em resumo, se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda. Por isso, é importante não confundi-lo com as normas em que venham a ser vazado, com nenhuma das séries de normas contraditórias de normas que aparecem na dialética social. Estas últimas pretendem concretizar o Direito, realizar a Justiça, mas nelas pode estar a oposição entre a Justiça mesma, a Justiça Social atualizada na História, e a “justiça” de classes e grupos dominadores, cuja ilegitimidade então desvirtua o “direito” que invocam.

Também é um erro ver o Direito como pura restrição à liberdade, pois ao contrário, ele constitui a afirmação da liberdade conscientizada e viável, na coexistência social; e as restrições que impõe à liberdade de cada um legitimam-se apenas na medida em que garantem a liberdade de todos. A absoluta liberdade de todos, obviamente, redundaria em liberdade para ninguém, pois tantas liberdades particulares atropelariam a liberdade geral.¹⁰

Transformando-se em meio opressivo, a idéia exacerbada de positivismo jurídico desrespeita o princípio da equidade, do respeito à liberdade individual e por que não também à coletiva, desvinculando-se assim a idéia do Direito da idéia de Justiça. Nem toda a lei, somente por estar promulgada, deve ser vista como socialmente ideal; pelo contrário, muitas leis afastam-se da realidade, protegendo ou favorecendo apenas parte da sociedade, normalmente a parte dos que controlam o Poder.

Muitos doutrinadores destacam, em suas lições a necessidade de proteção aos direitos fundamentais do homem como forma de o Direito alcançar seu real objetivo. Nesse sentido, Norberto Bobbio¹¹ realizou estudos nos quais demonstrava que liberdade individual e igualdade poderiam andar juntas e assim, protegendo-se os direitos de primeira e segunda gerações, alcançar novos direitos (de terceira e quarta gerações) sociais. Direitos esses que deveriam e ainda devem ser efetivamente protegidos pelo Estado, através de leis que alcancem os interesses sociais acima dos interesses individuais das classes dominantes.

Esse reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais do homem não deveria ser realizado apenas com sua simples positivação; pelo contrário, estando vinculado a uma idéia maior de Justiça e paz, os direitos fundamentais do homem deveriam ser plenamente efetivados seja através do direito

¹⁰ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 2004, p. 88-89.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, passim.

estatal, seja através de outras formas pacíficas que solucionassem os conflitos sociais.

Segundo Bobbio,

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos. Não será inútil lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem começa afirmando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e que, a essas palavras, se associa diretamente a Carta da ONU, na qual, à declaração de que é necessário “salvar gerações futuras do flagelo da guerra”, segue-se logo depois a reafirmação da fé nos direitos fundamentais do homem.¹²

Assim, quando pensamos em Justiça no seu sentido abrangente, pensamos em todas as possibilidades que o cidadão deve possuir, resguardado sempre pelo Estado, para buscar aquilo que é justo, quer no campo individual, quer no campo coletivo. Essa possibilidade, que não se limita apenas à posituação do direito, nem à simples resolução superficial dos conflitos pelo Estado, é direito fundamental do homem, devendo, portanto, ser sempre buscado, resguardado e efetivado.

Nesse sentido, segundo Paulo César Santos Bezerra,

Quando se pensa a justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo. O acesso à justiça pois, nessa perspectiva, é um direito natural, um valor inerente ao homem, por sua própria natureza. A sede de justiça, que angustia o ser humano, tem raízes fincadas na teoria do direito natural. Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito, acesso à proteção judicial, é um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental. Aquele antecede o Estado, esse imbrica-se fundamentalmente com o surgimento do Estado. (...)
No sentido de direito inerente à natureza humana o acesso à justiça é um direito natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um direito fundamental.¹³

¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2004, p. 223-224.

¹³ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 119-120.

Essa luta por um Direito mais abrangente, quer social ou politicamente, com vista a defender e assegurar novos direitos à coletividade tem, ainda hoje, gerado inúmeras discussões doutrinárias que visam determinar novos caminhos, na tentativa de aproximar novamente Direito e Justiça, aproximando a razão do sentimento.

Atualmente, a visão de uma justiça estática está ultrapassada, segundo Agnes Heller,

O símbolo da Justiça é representado por uma mulher de olhos vendados, segurando uma balança. Eventualmente, ela também pode segurar uma espada. Essa é a representação típica do conceito formal de Justiça. O emblema da Justiça, conforme demonstrado por Giotto na capela de Arena, entretanto, é uma representação do conceito de justiça dinâmica, não-estática. A Justiça aparece aqui como uma rainha segurando uma estátua em ambas as mãos, o anjo da guerra e o anjo da paz, o último sendo mais pesado que o primeiro. E a imagem não é vendada: seus olhos fixam-se para a frente, em direção ao futuro.

Restringimos aqui nossa discussão quanto ao emblema do conceito formal de justiça. A divindade é vendada por razões muito boas: *ela não precisa ver* que atos estão sendo pesados. A justiça precisa ser impessoal e imparcial. Ela não pode ser influenciada por gostar ou desgostar, por paixão ou por interesse, nem ser influenciada por caridade, piedade ou grandeza de coração. Essas últimas avaliações são tão importantes quanto as primeiras. Se dez pessoas são sentenciadas à morte, de acordo com as exigências de certas normas e regras, e alguém for movido por piedade e salvar apenas uma delas, esse alguém é injusto. Pois aquele que pratica tal exceção o faz por tratar de pessoa amiga ou parente, ou porque o *MOVE* a dignidade natural do comportamento do réu diante da iminente execução.¹⁴

Para Agnes Heller, mostra-se como relevante o conceito de justiça vinculado à idéia de imparcialidade. Assim, só se pode vislumbrar a justiça quando nos livrarmos dos nossos gostos ou desgostos pessoais e de nossos interesses, e isso também deve vincular a realização das normas.¹⁵

Nesse sentido, também é o pensamento de Eduardo Novoa Monreal, para quem,

A justiça é uma virtude cuja matéria é a regulação dos homens entre si. Como tal, pertence à ética.

De acordo com a divisão tomista da justiça, cuja origem se acha nas explicações de Aristóteles, a ordem da justiça admite três formas distintas, segundo a classe de relações humanas a que esteja referida. É *justiça geral* (também chamada legal) a que regula os atos devidos dos indivíduos para com a sociedade, a fim de lograr o bem comum, isto é, impõe aos membros

¹⁴ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p.27.

¹⁵ Id., *Ibid.*, p.27.

do corpo social o que devem dar à comunidade. É *justiça distributiva* a que regula os direitos dos membros do corpo social em face da autoridade ou órgãos representativos da coletividade: estabelece a forma em que devem ser repartidos entre os diversos indivíduos os encargos e os benefícios sociais. É *justiça comutativa* a que se ocupa de regular as relações dos particulares entre si. Essa precisa os direitos e obrigações, entre indivíduos, na esfera de suas relações privadas.

Um fator comum enlaça todas essas formas de justiça: é igualdade objetiva em situações iguais. Desse condicionamento que prescreve igualdade, enquanto existem condições iguais, pode resultar uma desigualdade, quando se pressupõem casos desiguais; porém, ainda nesses últimos casos, será possível advertir uma relação ou proporção que redunde em um igual e definitivo tratamento de todos os casos idênticos. Com efeito, a diversificação existirá unicamente na medida em que os casos defiram, e apenas em razão de sua diferença.

A justiça como noção ética, constitui um dado primário do espírito humano. Todo homem a aspira, nas relações com os demais, e experimenta uma reação colérica quando ela é ofendida.

Na opinião de parte considerável dos jusfilósofos, a justiça adquire uma função preponderante dentro das normas jurídicas; chega-se, inclusive, ao extremo de afirmar que o Direito existe por e para a justiça. Também se postulou que a justiça seria um dos fins do Direito.

Sem dúvida que há opiniões mais cautelosas: segundo elas, a justiça é somente uma aspiração da lei ou um estado para o qual se orienta.¹⁶

Para elucidar a questão e destacar outros importantes pontos que deverão ser pautados nesse trabalho, consideramos relevantes os ensinamentos de Miguel Reale,

Isto posto, entendo que a Justiça não é um valor que tenha um fim em si mesmo: é um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de idéias e de atitudes.

Em verdade, sem base de justiça não pode haver ordem, nem segurança, assim como a riqueza passa a ser privilégio de alguns. O uso da força só é legítimo quando se funda em razões de justiça.

É por isso que, após *Nova Fase do Direito Moderno*, cheguei a uma definição do Direito, que pela primeira vez vou enunciar como homenagem aos jovens que me ouvem: “O Direito é a concretização da idéia de justiça na pluralidade do seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”.¹⁷

Assim, o Direito para ser compreendido deve ser estudado sob uma ótica humanitária que busca na sua essência seu objetivo primordial. Sob essa ótica pode-se considerar que o Direito é a caracterização objetiva ou subjetiva - proveniente diretamente da sociedade ou determinada legitimamente pelo Estado -, do bom e do justo, ou seja, o Direito é a equidade, o respeito, a liberdade, colocados

¹⁶ MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 61-62.

¹⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 1994, p. 128.

em prática e também defendidos numa determinada época, facilitando ou até mesmo sustentando a vida em sociedade.

Por outro lado, a Justiça, como fenômeno filosófico e psicológico, nasce antes mesmo do Direito, podendo ser considerada como a retidão interior, que é o sentimento de todo o ser humano do que é correto. Nesse sentido, ao considerarmos a Justiça como um sentimento e o Direito como a caracterização ou externalização desse sentimento, levamos em conta a idéia de que a Justiça pode existir sem o Direito, porém o Direito só atingirá seu objetivo primordial se buscar, acima de tudo, a Justiça.

1.2 O acesso pleno à Justiça enquanto fator relevante de cidadania: o ideal de Justiça constitucionalmente estabelecido

Num Estado Democrático de Direito como o brasileiro, todos são iguais perante a lei, mas nem sempre o tratamento é igual para todos os cidadãos tanto nas instâncias judiciárias como fora delas, ainda que o pleno acesso à Justiça deva ser um dos principais objetivos do Estado.

A própria Constituição Federal em seu artigo primeiro destaca como fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana. O acesso à Justiça, seja através da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado, seja através das tutelas extrajudiciais diferenciadas, representa suporte imprescindível ao exercício da cidadania e à própria dignidade do indivíduo. A denegação da Justiça, observada no momento em que o indivíduo encontra diversos obstáculos para a real efetivação do acesso à Justiça, fere-lhe não só o direito de cidadão, mas sua própria dignidade de ser humano.

Isso é ainda mais sério quando visualizamos já no preâmbulo da nossa Constituição que a igualdade e a Justiça são valores supremos indispensáveis para que tenhamos uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e exclusão, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias que se apresentam.

Não podemos deixar de salientar a importância normativa do preâmbulo constitucional que reforça os valores da República Federativa do Brasil engajados no respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

Pedro Calmon, destacando a importância do preâmbulo já na Constituição de 1946, salienta que ele,

Não é simplesmente um conceito doutrinário à margem. Ou fora do texto: serve para esclarecer como um solene e antecipado compromisso. Diz incisivamente o que se pretende. É uma afirmação na diretiva marcada; uma síntese inseparável da interpretação sistemática do resto; uma proclamação introdutória.¹⁸

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Walter Claudius Rothenburg que destaca que os princípios, onde quer que sejam encontrados no texto constitucional devem ser considerados como verdadeiras normas jurídicas. O preâmbulo seria assim uma apresentação do poder constituinte e os princípios ali expostos plenos de força normativa, possuindo a mesma “força” jurídica de quaisquer outros espaços normativos. Rothenburg destaca também que se houvesse a repetição dos princípios no corpo do texto constitucional isso viria a reforçar-lhes a presença e importância.¹⁹

Segundo Rothenburg,

Não há portanto, um local específico, uma sede reservada para os princípios na constituição. Eles costumam apresentar-se desde o preâmbulo e podem ser encontrados em qualquer ponto da constituição ou mesmo dos demais atos normativos infraconstitucionais que compõem o sistema jurídico. De fato, os princípios fundamentais não se encontram apenas no capítulo próprio (...).²⁰

Assim, presente no preâmbulo da Constituição, no título dos princípios fundamentais e também no títulos dos direitos e garantias fundamentais entre outros, o ideal de Justiça torna-se de extrema importância, estando atualmente vencida a idéia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais – também direito fundamental - seja o verdadeiro significado da aceção de acesso à Justiça.

Para Paulo César Santos Bezerra,

Acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá, para que haja o efetivo

¹⁸ CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro – A Constituição de 18 de setembro de 1946**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1951, p. 19.

¹⁹ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 73-76.

²⁰ Id., *Ibid.*, p. 76.

acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de via extrajudicial.²¹

Assim, o acesso pleno à Justiça como direito fundamental a ser efetivado não deve ser confundido com o acesso ao Judiciário, nem estar limitado à simples assistência judiciária oferecida pelo Estado. Pelo contrário, no âmbito estatal essa assistência judiciária deve ser transformada em assistência jurídica integral, devendo também existir extrajudicialmente, ou seja, existir fora do âmbito estatal a garantia, a utilização e estímulo às formas diferenciadas de resolução de disputas, como formas de a sociedade, agindo ativamente, interferir de maneira direta na resolução de seus próprios conflitos, assumindo assim a responsabilidade de, sempre resguardada pelo Estado, participar do combate às desigualdades, a exclusão social, tendo papel fundamental no desenvolvimento social e na proteção dos direitos fundamentais de cada um de seus cidadãos.

1.3 A modernização do conceito de acesso pleno à Justiça: da assistência judiciária legalmente estabelecida à sua proteção como direito fundamental

A Lei 1.050/60 destaca a importância da assistência judiciária como fundamental para que todos possam ter o seu direito defendido no âmbito do Poder Judiciário, porém com a evolução da sociedade, está clara transição desse conceito para um conceito mais abrangente de assistência jurídica integral. Nesse sentido passou-se da simples assistência econômica aos carentes de recursos para uma assistência mais abrangente que busca informar os carentes sobre seus direitos e os caminhos para protegê-los.

Com relação à assistência jurídica aos carentes, a Constituição Federal inovou, ao estabelecer, no artigo 5º e também no artigo 6º o dever do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esses dispositivos legais merecem uma análise mais acurada do seu texto.

²¹ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2001, p. 101.

Em primeiro lugar eles se referem à assistência jurídica e não à assistência judiciária, termo que vinha sendo historicamente utilizado pela legislação pátria. Nesse sentido, o que se verifica com tal modificação é que o constituinte teve o objetivo de ampliar a assistência aos carentes, dando-lhes, além daquela necessária para o ingresso em juízo, também as assessorias preventiva e extrajudicial.

Ao utilizar também o adjetivo integral, o legislador constituinte reforça a idéia da assistência jurídica integral ser entendida como aquela que propicie ao interessado todos os instrumentos necessários antes, durante e posteriormente ao processo judicial e mesmo extrajudicialmente, quando aquele não for necessário.

O adjetivo gratuita, em conjunto com o anterior (integral), quer significar que aquele que não possui recursos suficientes para arcar, sem onerar o sustento familiar, com as despesas provenientes de uma demanda, será isento de todo o qualquer gasto que se fizer necessário para o efetivo acesso à Justiça. Nesse sentido a Constituição também estabelece gratuidade do acesso, na forma que a lei estabelecer, a todos os demais atos necessários ao exercício pleno da cidadania.

Essa transição continua até hoje onde, muito mais do que acesso aos tribunais - de fundamental importância, mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos -, o fenômeno do acesso à Justiça extrapola o âmbito jurídico de solução de conflitos, não sendo também a simples gratuidade do acesso ao judiciário. Assim, o acesso à Justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de o ser humano conviver em uma sociedade onde a Justiça é realizada de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana do Poder Judiciário, seja como reflexo das grandes políticas públicas a serem produzidas e efetivadas pela respectiva atuação executiva.²² Não se pode, todavia, esquecer, da importância do trabalho realizado pelo Poder Legislativo na elaboração de leis de interesse social, assim como o estímulo a novas formas de resolução de conflitos extrajudiciais que, ao evidenciar a necessidade da sociedade nacional de assumir seu papel ativo para a resolução dos conflitos dentro

²² Cf. RAMOS, Glauco Gumerato Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil. In: **Cadernos Adenauer 3: Acesso à justiça e cidadania**, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, maio de 2000, p.41-2.

do próprio seio social, contribui e complementa o papel realizado pelo Poder Judiciário em busca da plena Justiça.

Sobre o assunto são importantes as palavras de Paulo Cesar Santos Bezerra que assim leciona,

(...) a nossa Carta Magna vigente, no art. 5º, parágrafo 2º, diz, expressamente que os direitos e garantias constitucionalmente elencadas, não excluem outros. Como se trata de parágrafo de um artigo que elenca direitos e garantias fundamentais, de se deduzir que a estes se refere. Portanto, atendendo princípios orientadores e ao regime da própria Constituição, podem-se efetivar outros direitos fundamentais. Como todo o espírito da Constituição é eminentemente social, de justiça social, depreende-se que o acesso à justiça, a par de ser um direito do cidadão brasileiro, guinda-se à qualidade de direito fundamental constitucionalmente garantido.

E não estamos falando somente de acesso ao processo ou de acesso à justiça pela via judicial, pois esta está explicitamente garantida pelo art. 5º, XXXV, ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

De fato, não somente desse referido inciso, como de outros do mesmo artigo quinto, decorrem normas constituidoras de direitos e garantias fundamentais, que respaldam essa afirmativa de que o acesso à justiça não se resume ao acesso ao processo.²³

Não resta dúvida, portanto, de que a opção política de incluir o direito ao acesso à Justiça no rol dos direitos fundamentais acabou por fazer diferenciada a dignidade desse princípio que bem reflete sua moderna concepção, buscando o rompimento das barreiras que impedem a verificação da igualdade jurídica entre os homens, além de proporcionar uma verdadeira libertação do hipossuficiente em busca do seu direito seja através de uma assistência jurídica integral oferecida pelo Estado como também extrajudicialmente através das instâncias prévias ao Poder Judiciário.²⁴

Em busca desse acesso à Justiça, há necessidade de que se implemente uma política pública, para resolução dos conflitos sociais. Política essa complementada pela responsabilização e colaboração da própria sociedade organizada, objetivando o pleno exercício da cidadania.

Para sucesso desse desafio torna-se necessário que o Direito esteja em sintonia com a realidade social para garantir que a maioria da população tenha seus direitos preservados. É evidente também que a ignorância da população sobre

²³ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2001, p. 120-121.

²⁴ Cf. RAMOS, Glauco Gumerato Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil. 2000, p.42-43.

seus direitos, assim como dos meios existentes e necessários para defesa e obtenção desses direitos, é obstáculo a ser vencido quando buscamos o acesso pleno à Justiça.

Para Carlos Alberto Carmona,

Os esquemas rígidos sugeridos pelo *due process of law*, em sua interpretação clássica, estão hoje sem dúvida superados. O acesso à justiça deixa paulatinamente de ser mera garantia formal para assumir um papel importante na luta quotidiana, conscientizando-se o cidadão de que não pode abandonar a defesa de seus direitos. Os obstáculos que antes se ofereciam estão sendo demolidos, fazendo-se mister acelerar o processo educativo do cidadão, e mais ainda incrementar os serviços de orientação, sejam aqueles prestados por associações de classe, sejam os oriundos do Estado, de tal forma que a chamada assistência judiciária não continue a ser vista apenas como gratuidade do processo e eventual indicação de advogado para atuar no feito, mas sobretudo garanta o esclarecimento a respeito dos direitos antes e fora do processo. Só assim será possível o amadurecimento da sociedade brasileira.²⁵

Note-se que, para existir uma efetiva proteção ao acesso à Justiça, é necessário também um trabalho extrajudicial visando cientificar toda a sociedade de seus direitos e deveres, bem como uma real proteção aos direitos humanos fundamentais, estando eles ou não tipificados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Destaca-se que o próprio acesso à Justiça é um direito fundamental que, não sendo um direito apenas individual, ultrapassa a conceituação dos direitos fundamentais de primeira geração, vinculando-se mais precisamente aos direitos de segunda geração.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet os direitos de primeira dimensão²⁶ teriam cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Esses direitos seriam apresentados como direitos “negativos”, onde há proteção da esfera individual contra a intervenção estatal, sendo dirigidos a uma abstenção por parte do Estado. Exemplos desses direitos seriam o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante à lei. Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos que visam efetivar esses direitos

²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a resolução de controvérsias. In **Revista de Processo**, n. 56, ano 1989, p. 97.

²⁶ Para verificar a diferença entre geração e dimensão de direitos vide SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 48-50.

de primeira dimensão.²⁷ Tais direitos de segunda dimensão atribuem ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Nesse sentido Sarlet destaca que “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado”²⁸, caracterizando-se por outorgarem ao indivíduo prestações sociais estatais como assistência social, educação, e conhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, se reportando à pessoa individualmente considerada, mesmo que atinja uma classe de pessoas.²⁹

Sarlet também destaca a conceituação dos direitos fundamentais de terceira dimensão dispondo que,

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e, caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.³⁰

E continua,

Dentre os direitos humanos de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.^{31 32}

Nesse sentido, acesso à Justiça é direito fundamental de segunda geração na medida em que pode e deve ser efetivado pelo Estado através da atuação judiciária e, sem qualquer dúvida, também pelo apoio a utilização das formas extrajudiciais e prévias de resolução de conflitos. Por outro lado é direito indispensável para que possamos alcançar direitos de terceira geração - direitos

²⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 50-51.

²⁸ Id., *ibid.*, p.51.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 51-52.

³⁰ Id., *ibid.*, p. 52.

³¹ Id., *ibid.*, p.52-53.

³² No mesmo sentido vide BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.22-23.

inerentes a toda a coletividade -, sendo buscado, quando visto acima do simples acesso ao judiciário, para que exista pacificação social e também desenvolvimento.

Embora se defenda o acesso à Justiça como direito fundamental de todo o cidadão, não devemos tê-lo como o único direito imprescindível ao homem.

Ao fazer referência aos direitos fundamentais, estamos elencando todos aqueles bens, materiais ou não-materiais, indispensáveis à vida digna. É preciso, portanto, ter em mente que muitos desses direitos se confundem com os direitos sociais, aqueles que não se restringem a questões individuais, conseqüentemente afetam a sociedade ou vários setores dela, atingindo, assim, a coletividade.

Esses direitos sociais estão descritos na Constituição Federal, tais como: direito à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho digno – todos concernentes a questões fundamentais para a vida de todo cidadão. Esses direitos de caráter coletivo e difuso, são instrumentos dos quais a sociedade civil pode lançar mão para pressionar o Estado em busca de realizações de políticas públicas eficientes, coibindo atos que desrespeitem os direitos dos cidadãos.

Retomando a questão do acesso à Justiça como direito fundamental, deve-se ter a clareza de que ele é a ferramenta indispensável que possibilita a sociedade reivindicar os demais direitos.

Essas são apenas algumas das formas de luta por uma sociedade mais justa, utilizando o Direito não apenas como forma de resolução de conflitos individuais, mas também atrelado ao ideal de Justiça, como força transformadora, disponibilizando à sociedade os instrumentos jurídicos necessários à proteção de seus direitos.

Essa proteção deve ser viabilizada através do fornecimento à sociedade de todos os instrumentos possíveis e necessários à defesa, proteção e efetivação de seus direitos fundamentais, inclusive os meios extrajudiciais de resolução dos conflitos. Assim, impedindo que muitos desses direitos venham a se perder, estaremos oferecendo aos cidadãos as garantias de Justiça almejadas por todos, o que sem dúvida não acontece nos dias atuais onde os cidadãos, titulares de direitos, sentem-se incapazes ou dispostos a lutar por eles, conscientes de que nenhum proveito concreto lhes trará a proteção judiciária tardia ou, até, de que os ônus e sofrimentos da perseguição do direito sobrepujarão o benefício da sua conquista.

Nesse sentido, a proteção e a garantia ao direito fundamental do acesso pleno à Justiça, mesmo com uma ampla reforma do Poder Judiciário, como serviço público essencial, talvez não esteja ao alcance dos meios de que, para esse fim, pode dispor o Estado brasileiro. Por isso, mais do que em outros países, o acesso à Justiça dependerá em grande parte da estruturação e fortalecimento de várias modalidades de tutela diferenciada que poderão ser utilizadas tanto judicial como extrajudicialmente.

Para uma verdadeira democratização do Poder Judiciário deve ser assegurado o direito fundamental de toda a população, como ressaltado na Constituição, ao acesso efetivo à Justiça, cumprindo analisar a importância e a função do serviço de assistência jurídica e das formas alternativas e extraprocessuais de resolução de conflitos como instrumentos de defesa e garantia do exercício da cidadania.³³

Entre o que está determinado no texto constitucional e a realidade há uma grande distância. Para que as normas constitucionais venham a ter maior eficácia é primordial que a população tenha condições mais concretas de reivindicar os seus direitos perante o Estado brasileiro, sendo que nos Estados e Municípios, o Poder Público terá que reordenar a qualidade do serviço de assistência até então prestado, inclusive com a ampliação da abrangência do serviço de assistência jurídica, fomentando ainda o uso das formas alternativas e extrajudiciais de resolução de conflitos, aceitando-as como colaboradoras, em razão do enorme número de conflitos sociais enfrentados pela maioria da população na sua vida cotidiana.³⁴

Fundamental para que o preceito legal que estabelece o direito à assistência jurídica integral e gratuita possa atingir seus objetivos, prevê o artigo 134 da Magna Carta³⁵ a Defensoria Pública como sendo a instituição essencial à função

³³ Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson. A assistência jurídica como instrumento de garantia dos direitos urbanos e cidadania. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia. **DIREITO, CIDADANIA e JUSTIÇA: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas** – vários colaboradores. São Paulo: RT, 1995, p. 161.

³⁴ Id., *Ibid.*, p.162-3.

³⁵ O artigo 134 da Constituição Federal tem a seguinte disposição:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

do Estado de prestar a assistência jurídica integral, incumbindo-lhe, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. O texto constitucional estabelece que Lei Complementar organizará as defensorias públicas da União, do Distrito Federal e dos territórios, fixando também, as normas gerais a serem seguidas pelos estados-membros na organização de suas defensorias (art.134, parágrafo único). Essa regulamentação ocorreu através da Lei Complementar n.º 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos estados.

Realmente, segundo Glauco Gumerato Ramos,

(...) a constitucionalização dos direitos do homem acaba redundando na positivação de direitos fundamentais, fazendo então com que os direitos humanos alcancem dignidade de “normas jurídicas vinculativas”. Por tal razão, toda e qualquer violência ou desrespeito aos direitos fundamentais – direitos humanos constitucionais, portanto - merece a imediata e enérgica desaprovação. Por isso, quando observamos a falta de atitude política para a efetiva implementação das instituições constitucionalmente vocacionadas a prestar assistência jurídica ao necessitado, estamos diante de uma verdadeira violação, por omissão, dessa parcela dos direitos humanos fundamentais, desrespeitando o legislador, inclusive, a postura democrática que a Constituição da República lhe exige. Nesse contexto, bem se vê o quão importante é a efetiva concretização da assistência jurídica ao necessitado, até mesmo para que outros direitos fundamentais sejam plenamente realizados.³⁶

Para assegurar o cumprimento dessa norma constitucional, torna-se essencial a organização e estruturação dos órgãos responsáveis pela prestação desse serviço nos Estados e Municípios.

Segundo a própria Constituição, a União e os Estados têm competência concorrente para legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública, cabendo a União, no âmbito dessa competência estabelecer as normas gerais.

Diante da competência concorrente atribuída aos Estados para legislar sobre o termo, independente da existência da lei federal estabelecendo as normas gerais, a assistência jurídica foi matéria das Constituições Estaduais.

A despeito da regra contida na Constituição, no Brasil, infelizmente, poucos são os entes federados que se propuseram a instituir suas respectivas

³⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e Perspectivas da Assistência Jurídica aos Necessitados no Brasil. 2000, p.41-2.

Defensorias Públicas, situação essa que inequivocamente acaba por inviabilizar o necessário auxílio jurídico a que faz jus o necessitado.

É importante considerar, que a Defensoria Pública, como Instituição forte e autônoma, é de primordial importância para a cidadania, vez que sua intervenção se dará para garantir que o economicamente fraco e carente enfrente judicial e extrajudicialmente, com igualdade de condições, qualquer violação de seus direitos, quer pelo particular quer pelo Estado, com profissionais competentes e oriundos de Concurso Público.

A realidade sócio-econômica brasileira indica que o direito fundamental da assistência jurídica aos economicamente carentes foi apenas proclamado, faltando a sua efetivação através da vontade política. Passados mais de dezessete anos da promulgação de nossa Constituição, o Estado não assumiu de modo integral a viabilização da cidadania plena que é o principal alicerce do regime democrático.

Infelizmente, a atual situação letárgica da vontade política, especificamente no que tange à efetiva implementação da assistência jurídica ao necessitado, acaba por fazer surgir a necessidade de uma radicalização democrática no sentido da busca de novos meios, quiçá mais eficazes e profícuos, que possam servir de alternativa ou complemento à monopolização da Defensoria Pública em sua tarefa de prestar auxílio jurídico à pessoa carente. O choque com a percepção dessa dura realidade é minimizado quando verificamos que, apesar de o Estado, através da Defensoria Pública, resolver de modo deficiente o problema dos carentes, existem instituições e entidades sociais que utilizam as formas alternativas de resolução de conflitos – principalmente a mediação e arbitragem – destacando-se também o trabalho realizado pelas Universidades brasileiras, mais especificamente as Faculdades de Direito que através dos seus Núcleos de Prática Jurídica procuram suprir de algum modo a lacuna deixada pelo Poder Estatal, melhorando assim, as perspectivas da assistência jurídica ao necessitado no Brasil.

O serviço de assistência jurídica integral, segundo Nelson Saule Júnior, tem uma dupla finalidade: está acima do simples atendimento judiciário ou judicial, efetiva-se onde estiver o Direito. Com o objetivo de ser integral, não se

esgota na parte, no interesse individual, visa defender e integrar os grupos sociais oprimidos, os carentes que estão às margens da sociedade.³⁷

Conforme palavras de Saule Júnior,

A assistência jurídica deve ter como finalidade assegurar a cidadania e a dignidade humana que são consideradas como princípios fundamentais do Estado brasileiro, bem como atender seus objetivos fundamentais de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O reconhecimento da existência de desigualdades sociais pela Constituição Federal, significa reconhecer que a maioria da população não tem os seus direitos assegurados e respeitados, portanto não conquistaram a cidadania. No caminho a ser perseguido pelos grupos sociais que se encontram nessa situação para conquistar a cidadania e os seus direitos, a assistência jurídica deve ser entendida como um instrumento para o alcance desses fins.³⁸

E continua,

Não é mais possível admitir que a população, sem condições econômicas e envolvida em casos menos prejudiciais para a sociedade do que os grandes escândalos financeiros, que ocorrem com frequência neste país, continuem sem a garantia de o direito de acesso à justiça, plenamente efetivado. Justiça compreendida não apenas como um conjunto de órgãos do Estado, mas também e principalmente como o direito da população ter uma vida digna.³⁹

Fica claro, portanto, a importância do processo judicial como instrumento do exercício da cidadania, que se concretiza pelo exercício de toda e qualquer forma de poder popular que influencie nas decisões sobre o Estado brasileiro, na medida em que é através de uma prestação jurisdicional efetiva, que se criará uma cultura de credibilidade na Justiça. Deve-se, porém, complementar tal prestação estatal ou seja, uma efetiva assistência jurídica integral, com as chamadas instâncias prévias ao Poder Judiciário, como, por exemplo, a mediação extraprocessual, levadas a cabo por instituições públicas ou privadas e que são os instrumentos necessários e capazes de, colaborando com o Poder Judiciário, tornar cidadãos os membros da sociedade que tomam as rédeas do seu destino, resguardados pelo Judiciário, na busca pelo pleno acesso à Justiça.

Segundo Horácio Wanderley Rodrigues,

³⁷ Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson. A assistência jurídica como instrumento de garantia dos direitos urbanos e cidadania. 1995, p. 161.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 162.

³⁹ Id., *ibid.*, p. 163-164.

O acesso à justiça não se esgota no acesso ao judiciário e nem no próprio universo do direito estatal. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais efetivos e seus problemas à solução desses (...). No entanto também não se pode prescindir, no seu estudo, desse aspecto vinculado ao direito processual e, conseqüentemente, de sua análise. (...).

Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário. Os outros direitos em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente.⁴⁰

A cidadania de que tanto falamos seria um conjunto de direitos e deveres, ou, segundo uma interpretação do artigo 3º inciso I da Constituição Federal, seria a coragem emanada de toda o conjunto social de participar dos esforços em busca de uma sociedade livre e responsável, na qual a Justiça e a solidariedade imperam e são incessantemente buscadas, assim como trata a própria Constituição.

Considerando-se, então, a prestação jurisdicional uma função privativa do Estado, concretizada por meio de um processo judicial, tem-se que este pode ser um instrumento bastante poderoso no exercício da cidadania, mas não se basta na atualidade.

Para Mauro Cappelletti, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mesmo assim serve para determinar as duas finalidades básicas do sistema jurídico que seria o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Segundo Cappelletti,

primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.(...) Sem dúvida, uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas pressupõe o acesso efetivo.⁴¹

Tal conceituação nos intriga na medida em que limita a plena Justiça a uma utópica ação do Poder Judiciário. De fato, tem sido progressivamente reconhecido o direito de acesso efetivo à Justiça como sendo de importância capital à realização dos novos direitos individuais e sociais, uma vez que apenas

⁴⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28-9.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p.8.

titularidade de direitos, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação perante os órgãos jurisdicionais, seria totalmente destituída de sentido. Esse sentido, entretanto, não está limitado ao Poder Judiciário que, atualmente, não se oferece como o ideal para o pleno acesso à Justiça.

Segundo André Macedo de Oliveira,

Essencialmente, o movimento de acesso à Justiça trata de analisar e procurar os caminhos para superar as *dificuldades* ou *obstáculos* que fazem inacessíveis as liberdades civis e políticas. A busca pelo acesso à justiça não se encontra apenas no plano de reformas processuais. O elemento normativo deve ser visto como um fator e não como solução para a crise do acesso. A sede do povo por justiça deve ser saciada com uma resposta rápida do próprio Poder Judiciário, garantindo o direito exigido e inerente ao cidadão.

Não há como fugir da angústia de querer ver concretizada a idéia de um Judiciário acessível a todos, conforme garantido na Carta Magna vigente. Apesar do imenso rol de garantias constitucionais, ainda permanece no tecido social a falta de acesso à justiça. O excesso de trabalho faz com que as respostas à sociedade fiquem lentas. As soluções das demandas também estão cobertas com a mesma poeira que está nos processos.⁴²

O acesso pleno à Justiça deve ser buscado pela própria sociedade, que possui no Poder Judiciário seu garantidor, mas que, previamente ao próprio judiciário, deve ser a responsável pela busca de soluções para seus próprios conflitos, o que pode ser realizado por instâncias prévias que, numa visão mais mediatória do que legalista, buscam, acima de tudo, a resolução pacífica do conflito social que se apresenta.

Nesse sentido, o acesso à Justiça deve, buscando vencer todos os obstáculos que se apresentam a sua efetividade, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos.⁴³

⁴² OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 123.

⁴³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p.11-2.

1.4 O Direito, a Lei e o Poder Judiciário afastados da realidade social como obstáculos ao acesso pleno à Justiça

O próprio acesso à Justiça, mesmo sendo aceito, nos dias atuais, como um direito fundamental, possui muitos obstáculos que impedem sua real efetividade.

É visível, atualmente, o predomínio do Direito positivo muitas vezes afastado da realidade que se apresenta. Assim, torna-se utopia a idéia de que o Direito deve buscar a Justiça: leis são criadas de acordo com os interesses de uma classe restrita de pessoas. O Poder Judiciário encontra-se afastado do anseio da coletividade; sua neutralidade e formalidade se sobrepõem à proteção do Direito e, acima de tudo da Justiça, deixando de lado as reais necessidades e desejos da sociedade brasileira.

Dalmo de Abreu Dallari destaca essa realidade, dispondo que,

Os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o “Estado mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados. Esse desajuste, sob certos aspectos, é ainda mais acentuado quanto ao Judiciário, por motivos que serão expostos mais adiante.

No caso do Brasil, essa inadequação tem ficado cada vez mais evidente, porque a sociedade brasileira vem demonstrando um dinamismo crescente, não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público. De fato, os três Poderes que compõem o aparato governamental do Estado brasileiro estão muito necessitados de reforma, para que se democratizem, ganhem eficiência e atuem com o dinamismo exigido pelas condições da vida social contemporânea.⁴⁴

Combatendo tais obstáculos, busca-se aproximar as partes antagônicas o máximo possível de um direito igualitário, não permitindo assim que desigualdades estranhas ao Direito, ou seja, diferenças fora do âmbito jurídico, nesse interfiram.

Essa evidente crise da Justiça que ganha evidência e destaque não deve ser vista apenas como o final de um paradigma. Pelo contrário, ela torna-se ainda mais importante na medida em que inicia e evidencia a necessidade de uma

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.1.

evolução e transformação no próprio conceito de Justiça. Segundo Ada Pellegrini Grinover,

A crise da Justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greves e protestos de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A Justiça é denegação de Justiça. A Justiça é injusta. Não existe Justiça.

Nos países em que a função jurisdicional é desempenhada exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da Justiça confunde-se e se identifica com a crise do Judiciário, crise da Magistratura. Tudo é levado de roldão, como que a fazer *tabula rasa* das instituições, dos Poderes, dos homens que os constituem, do produto que geram.

E no entanto, há que distinguir. Em primeiro lugar, porque a crise não tem apenas aspectos negativos, mas indica um fenômeno próprio da evolução e transformação. A crise, prospectivamente, leva – ou ao menos deveria levar – à renovação, segundo esquemas adequados à realidade emergente. Em segundo lugar, porque há que extremar, na crise que se generaliza como sendo própria do Judiciário, seus diversos aspectos, ora atinentes à crise estrutural de um dos Poderes do Estado; ora relativos à crise institucional que surge no delicado jogo de equilíbrio entre os Poderes; ora peculiares à mentalidade dos operadores da Justiça; ora próprios da inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional.⁴⁵

O primeiro grande problema que se apresenta como entrave ao efetivo acesso à Justiça é a carência de recursos econômicos que grande parte da população brasileira enfrenta ao se deparar com os gastos que implicam uma demanda judicial.

Pelos dados oficiais apresentados pelo IBGE⁴⁶, em 2004, a maioria da população - cerca de 77,1% - ganhava até 5 salários mínimos, sendo que 56,1% dos brasileiros ganhavam até 2 salários mínimos.

Há uma disparidade muito grande na distribuição de renda: os 10% mais ricos passaram a deter cerca de 47.4% da renda nacional, enquanto a camada mais baixa da população precisa trabalhar quase 3 anos para acumular o valor do rendimento médio mensal da camada mais rica.

Frente a esses números, os quais demonstram que a maioria da população brasileira vive em condições precárias, colocam-se claramente inúmeros

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder judiciário. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, dezembro de 1990, p. 11-25, p. 11-12.

⁴⁶ Dados recolhidos no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em dezembro de 2005.

problemas que dizem respeito à questão do acesso à Justiça, do ponto de vista dos principais destinatários desse serviço.

Sabe-se muito bem das despesas que envolvem uma demanda judicial - no mínimo custas processuais e honorários advocatícios. Somam-se ainda outros gastos, como perícias, ônus da sucumbência entre outros. Mesmo nos casos de assistência jurídica gratuita ou nos apresentados à Defensoria Pública dos Estados se faz presente o ônus das partes. Normalmente a prestação desses serviços acontece em local pré-determinado, e o deslocamento do carente não é incluído nos serviços de assistência jurídica. Muitas vezes são, ainda, os próprios carentes que trazem as fotocópias necessárias para fundamentação e prova dos processos, arcando, assim, com transporte, custas de fotocópias, autenticações, entre outras.

Além disso é necessário levarmos em conta que a idéia de custas judiciais, como obstáculo a ser enfrentado para a real efetividade do acesso à Justiça, deve ser vista também sobre outra ótica, bem distinta, que se atrela ao problema da demora para a solução judicial dos conflitos. Segundo Cappelletti,

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. 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.⁴⁷

Diante do exposto, pode-se considerar as custas judiciais como o primeiro entrave ao efetivo acesso à Justiça, mas não o único. Agravante ainda maior é o fato de todas as partes envolvidas possuírem formalmente os mesmos direitos: igualdade que não se concretiza em razão das diferenças sociais, econômicas e culturais existentes entre as partes. Assim, todos são livres e iguais para buscarem a realização da Justiça, mas de fato alguns são mais iguais que os outros. A situação será mais grave quanto maior for o “abismo” da diferença que exista entre os litigantes.

Para Paulo César Santos Bezerra, o acesso à Justiça permanece como preceito constitucional a ser cumprido. Segundo o autor,

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p.20.

O preceito constitucional permanece como simples promessa a ser cumprida, em várias regiões do país, as mais numerosas, e insatisfatoriamente cumprida em muito poucos, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Os obstáculos que impedem o acesso dessa maioria à justiça são: deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização. Os exemplos de decisões judiciais sobre o assunto demonstram quão díspares são os conceitos de acesso à justiça (todos confundidos com acesso ao judiciário) que norteiam tais arestos. Embora vislumbrem no acesso à justiça um direito “verdadeiramente supraconstitucional”, afirmam que a interpretação nesse campo sempre há de ser *misericordiosa*, embora reconheçam que esse direito é assegurado, *independentemente da situação econômica da parte*. Causa espécie que o mesmo tribunal veja no acesso à justiça como direito supraconstitucional, que deve ser concedido com misericórdia, independentemente da situação econômica da parte. Na maioria dos juízos, o acesso ao judiciário gira em torno de dispensa de custas, assistência advocatícia, o que demonstra a estreiteza com que se trata a questão.

Não podemos, pois, concordar com o pensamento segundo o qual, a única maneira possível de obter-se a restauração de um direito lesado ou ameaçado é através do Poder Judiciário que, pela simples e suficiente razão do dever de imparcialidade de seus órgãos, não pode proceder de ofício.

Não só devemos questionar a possibilidade de atuarmos ou não de modo a viabilizar o acesso à justiça, estritamente, mas ir de encontro à ânsia da população pela justiça entendida num sentido mais amplo de conquistas dos direitos consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal. E então torna-se mais clara a possibilidade de agir e a imprescindibilidade desta ação para que se amplie o acesso à ordem jurídica justa, para que o acesso não seja simplesmente formal.⁴⁸

Tem-se então, que a desigualdade sócio-econômica gera, em termos de acesso à Justiça, dois grandes problemas, como bem salienta Horácio Wanderley Rodrigues: (a) dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário, tendo em vista a falta de condições materiais de grande parte da população brasileira para fazer frente aos gastos que impõe uma demanda judicial; (b) mesmo quando há esse acesso, a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba colocando o mais pobre em situação de desvantagem dentro do processo.⁴⁹

Outro aspecto que devemos considerar, quando tratamos da problemática do acesso efetivo à Justiça, diz respeito ao próprio conhecimento dos direitos por parte do cidadão e da sociedade.

Mesmo com os esforços do governo federal, a educação brasileira encontra-se hoje em uma de suas mais graves crises: baixos salários são pagos aos

⁴⁸ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2001, p.108-110.

⁴⁹ Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. 1994, p.36.

professores, a qualidade do ensino é questionada, existem crianças fora das escolas - muitas delas abandonadas nas ruas das grandes cidades. A televisão, que é o instrumento mais ágil e que atinge a maioria da população, em termos educacionais, excluindo-se raríssimas exceções, presta um desserviço ao país.

Ainda referente ao acesso à informação, outro fator que merece destaque, diz respeito à inexistência ou insuficiência das instituições oficiais encarregadas de prestarem a assistência jurídica integral, inclusive a preventiva e a extrajudicial. Como já ressaltado nem todos os Estados possuem a Defensoria Pública efetivamente instituída prejudicando sobremaneira qualquer assistência jurídica aos necessitados. Saliente-se que o acesso à Justiça pressupõe o conhecimento dos direitos. Sem a existência de órgãos oficiais que possam ser consultados pela população sempre que houver dúvidas jurídicas sobre determinadas situações de fato, a possibilidade de plena efetividade do Direito se torna mínima.

O sistema educacional e os meios de comunicação, bem como as instituições públicas em geral, na sociedade contemporânea, têm papel fundamental no que se refere ao acesso à justiça. Em primeiro lugar, cabe a cada um desses entes o esclarecimento de quais são os direitos fundamentais que o indivíduo - tratado aqui como cidadão com direitos e deveres - e a sociedade possuem, bem como quais os instrumentos necessários e adequados para a sua reivindicação e efetivação. Em segundo lugar devem os entes citados, criar uma mentalidade de busca dos direitos, de educação para a cidadania, pois o respeito aos direitos passa necessariamente pela consciência de que seu desrespeito levará à utilização dos mecanismos estatais de solução de conflitos. Nenhum desses papéis, entretanto, vem sendo hoje concretizado.

A sociedade atual possui um amplo acesso às informações por isso evolui rapidamente sem que o aparato legal consiga alcançar os anseios da população oferecendo respostas rápidas e ideais aos problemas e conflitos que se apresentam com tais transformações. A comunicação humana é acelerada, complexos fluxos de percepções e conhecimentos se apresentam, oportunizando também o surgimento de novos transtornos, que devem ser admitidos e compreendidos porque de suma importância.

Segundo Carlos Maria Carcova,

Desenvolvimento tecnológico que habilita outras formas da comunicação humana; comunicação que acelera e transforma os fluxos, produzindo impactos nas percepções e nos processos cognitivos; circulação do *poder* e do controle; risco e possibilidade, eis que aqui outras dimensões da complexidade na qual estamos imersos e que supõe desafios de natureza muito diversa, entre outros, desafios para as conhecidas estruturas institucionais de regulamentação das relações sociais; desafios, por conseguinte, para a teoria e os teóricos do direito. E, para não perder o rumo, desafios, por último, para a compreensão de tão sofisticados processos e das normas de legalidade que lhes dizem respeito, que se tornam, por razões estruturais, progressivamente mais opacas.⁵⁰

Novos sujeitos de direito surgem a cada dia, as relações sociais transformam-se e se dinamizam, fronteiras são rompidas, novos postos de trabalhos são criados, outros são eliminados, a criatividade humana se destaca e cria novas comunicações entre os seres humanos, a Medicina descobre novas doenças e novas curas. Por outro lado, principalmente no campo jurídico, impera um tradicionalismo sufocante que afasta o Direito da realidade que se apresenta; a Justiça como ideal é ignorada e a lei parece estar em descompasso com os novos acontecimentos, com as novas comunicações e fatos sociais, prejudicando sobremaneira o acesso pleno à Justiça.

Para Paulo César Bezerra Santos,

O ordenamento nacional carece de uma abertura maior e de flexibilidade de suas normas. Mostra-se extremamente fechado, rígido. As leis são feitas de forma a beneficiar grupos, coarctando o acesso à justiça aos menos privilegiados. Principalmente as leis processuais, extraordinariamente complexas e permissivas de mecanismos de protelação de decisões, têm transformado a justiça num sonho longínquo e inacessível às camadas mais pobres da população. O próprio ordenamento encaminha o jurisdicionado para a via judicial como quase única via de solução de seus conflitos, impedindo um verdadeiro acesso à justiça.⁵¹

No mesmo sentido são os ensinamentos de Miguel Reale que, sobre o afastamento entre as leis e a realidade social assim dispõe,

Enquanto a sociedade correspondeu, em sua realidade viva, às regras contidas nos Códigos, foi natural que o jurista se satisfizesse com o problema da *vigência* das normas de Direito. Quando, porém, o mundo ocidental passou a ser atormentado por novas exigências – resultantes do crescimento da população, das conquistas de natureza geográfica, do quase repentino impacto de poderosas forças técnicas e econômicas -, estabeleceu-se uma ruptura entre a lei e o fato social, impondo outras

⁵⁰ CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. Trad. Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998, p. 175.

⁵¹ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2001, p. 101.

soluções interpretativas, já anunciadas pelo gênio de Rudolf von Jhering, reclamando atenção para o problema do *fin*, como criador de todo o Direito, e o valor da luta, das energias vitais no desenrolar da experiência jurídica.⁵²

Não podemos aceitar como leis de interesse social aquelas que visam atingir os interesses de apenas uma pequena parcela da população brasileira. Não é a quantidade de leis que desenvolve um país, mas a qualidade das leis promulgadas. Nesse sentido, Francesco Carnelutti, observando o número de leis e seu afastamento da realidade, já lecionava,

Mas sobre o que não posso silenciar é que os inconvenientes da *infração legislativa* não são menores do que os devidos à *infração(sic) monetária*, são, como todos sabem, os inconvenientes da *desvalorização*. Por infelicidade, da mesma forma que nossa lira (moeda italiana), também nossas leis valem hoje menos do que as de outros tempos. Por um lado, a produção das leis, como a produção das mercadorias em série, resolve-se em uma decadência no cuidado em sua construção. Mas o mais grave está em que, ao crescerem de número, não conseguem mais preencher sua função. Lembre-se de que esta função consiste em dar aos homens a certeza do direito, ou seja, em lhes fazer saber o que devem fazer e não fazer e a quais conseqüências se expõem fazendo ou não fazendo. A este fim é necessário que as leis possam, antes de tudo, ser conhecidas, mas como faz um cidadão, hoje, para conhecer todas as leis de seu país? Não mais o homem da rua somente, nem mesmo sequer os juristas, está hoje em condições de conhecer mais do que uma pequena parte delas. O ordenamento jurídico, cujo maior mérito deveria ser a simplicidade, veio a ser, por infelicidade, um complicadíssimo labirinto no qual, freqüentemente, nem aqueles que deveriam ser os guias conseguem se orientar.⁵³

Para Léon Duguit, o Estado deve realizar todas as leis a serviço da solidariedade social. Segundo o autor,

(...) a limitação jurídica do poder legislativo do Estado concebe-se muito simplesmente. É evidente que se aplica aos indivíduos detentores do poder, e não ao Estado considerado como pessoa. Mas esta limitação não é menos rigorosa, e é mesmo para ela que é mais rigorosa. Como os indivíduos, os governantes têm deveres jurídicos fundados na interdependência social; são como todos os indivíduos obrigados a pôr as aptidões próprias ao serviço da solidariedade social. Os governos possuem, por definição, a maior força existente numa sociedade determinada; por isso são obrigados, pela regra de direito, a empregar a maior força de que dispõem na realização da solidariedade social. Assim, devem fazer todas as leis necessárias para obter este resultado; e *a fortiori* não podem fazer qualquer lei contrária ao próprio desenvolvimento da solidariedade social. O direito impõe aos governantes não só obrigações negativas, mas também obrigações positivas.⁵⁴

⁵² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 426.

⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Líder, 2003, p. 44-45.

⁵⁴ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Campinas: LZN, 2003, p. 52-53.

Outro grande obstáculo que interfere diretamente na questão do acesso efetivo à Justiça diz respeito ao Poder Judiciário considerado em si mesmo: a centralização geográfica de suas instalações e atividades dificultam o acesso de quem mora na periferia; o corporativismo de seus membros e a inexistência de instrumentos de controle pela sociedade torna-o um meio, além de distante, pouco atraente. Para Cappelletti, a simples idéia de procedimentos complicados, o formalismo exagerado, a existência de ambientes que intimidam como o dos fóruns e tribunais, a figura dos juízes e advogados tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido em um mundo que não é o seu.⁵⁵

Segundo Carlos Alberto Carmona, quando destacamos a realidade brasileira observamos que,

(...) o que se vê hoje no Brasil é a inadequação dos instrumentos colocados à disposição daqueles que se dispõem a iniciar uma peleja judiciária: o processo é lento e caro, o rito inadequado, os poderes do juiz são insuficientes ou, o que é pior, não são utilizados pelo magistrado de forma dinâmica (como seria desejável). Por outro lado, os próprios cidadãos não estão devidamente conscientizados a respeito de seus direitos: muitos relutam em propor demandas por ignorância, por comodismo ou por motivos econômicos (e isto não é “privilégio” exclusivo do brasileiro).⁵⁶

Confirmando tal posicionamento Dalmo de Abreu Dallari leciona que,

Em relação aos juízes esse processo de distanciamento do comum do povo é bem evidente. Ele está presente na linguagem rebuscada e no tratamento cerimonioso, falsamente respeitoso, previsto na própria legislação e que tem efeito real de criar mais temor do que respeito. Quem presenciar um interrogatório de uma pessoa simples numa audiência judicial vai verificar que o juiz e o depoente usam o mesmo idioma mas não falam a mesma língua. O depoente, muitas vezes, tem dificuldade para responder as perguntas do juiz, em grande parte porque não consegue entender o que lhe está sendo perguntado e, por vergonha ou temor, não revela essa dificuldade.⁵⁷

Outro ponto a ser destacado é o exacerbado positivismo jurídico que ainda hoje vigora em nosso país e que permeia as decisões do Poder Judiciário. Nesse sentido, muitas vezes, em defesa de um legalismo exagerado, deixa-se de lado a preocupação em buscar meios para se resolver a disputa que se apresenta.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p.24.

⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a resolução de controvérsias. In: **Revista de Processo**, n. 56, ano 1989, p. 91.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 1996, p.145.

Por outro lado, muitas vezes, ocorre o contrário. O legalismo exacerbado dá lugar a um anarquismo legal, realizado, normalmente, pelos próprios poderes do Estado, onde a observância das leis é deixada de lado e os interesses individuais e escusos são defendidos.

Esse modo de agir não vem de hoje, e encontra-se arraigado ao próprio sistema nacional. Segundo Dalmo de Abreu Dallari,

Um dado muito importante é o fato de que grande parte das deficiências de funcionamento do setor público não decorre de falhas de organização ou de faltas de meios, mas se deve a vícios de comportamento, um dos quais é uma atitude contraditória em relação às leis. É tradicional e generalizada no Brasil a convicção de que as leis não precisam ser obedecidas sempre nem devem ser aplicadas com muito rigor, o que contrasta com algumas atitudes de exagerado legalismo. Este, praticado por muitos juizes, consiste no apego quase fanático a pormenores das formalidades legais, mesmo quando isso é evidentemente inoportuno, injusto ou acarreta graves conflitos sociais. Mas o que prevalece amplamente, inclusive entre autoridades públicas, é o pouco apreço à legalidade, o que se verifica também em certas atitudes dos tribunais superiores, que freqüentemente demonstram excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo.

Um dos reflexos dessa atitude de menosprezo em relação às leis é a não-aplicação dos instrumentos legais, já existentes, para corrigir e punir erros e omissões de servidores públicos, faltas que muitas vezes são efetivadas por solicitação ou com a cumplicidade de particulares. Por tais motivos, é indispensável ter em conta que, quanto à legislação, quase todas as mudanças realmente necessárias poderão ser efetuadas sem alterar a Constituição, bastando modificar leis ordinárias e regulamentos. Mais do que isso, há muitas situações em que a correção das deficiências depende exclusivamente da mudança de comportamentos.⁵⁸

Assim, além do formalismo exacerbado que perpassa o ambiente Judiciário devemos levar em consideração também o tradicionalismo positivista e individualista que, acima dos direitos fundamentais, defende posicionamentos singulares, mesmo que estes contrariem a própria Constituição Federal.

O entrave nos esforços para atacar os obstáculos ao efetivo acesso à Justiça, deve-se ao fato de que essas barreiras não podem ser eliminadas separadamente. Muitos desses problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado, podem criar novas barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos - como nos Juizados Especiais -, eliminando o custo dos honorários advocatícios para as partes. No caso de litigantes de baixo nível econômico e educacional, estes, provavelmente, não

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. 1996, p.3.

terão a capacidade de apresentar seus próprios casos de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal reforma.⁵⁹

Salienta-se também que uma mudança apenas estrutural do Poder Judiciário não será suficiente para alcançar os reais anseios de toda a sociedade que objetiva um acesso pleno e efetivo à Justiça.

Segundo Jasson Ayres Torres,

Como se vê, a participação do Poder Judiciário junto às comunidades, de uma forma mais direta, no sentido de levar a Justiça a cada parte interessada, precisa contar com o apoio da mesma sociedade, através dos mais diferentes órgãos e áreas de influência, para encontrar novas vias de acesso à justiça.⁶⁰

Destaca-se então a importância da via extrajudicial, dos meios alternativos ao processo como forma de se complementar os esforços da organização judiciária em nosso país. Segundo Ada Pellegrini Grinover,

Ao lado desses esforços, desenvolvidos na vertente jurisdicional, visando à superação da crise estrutural do Judiciário, abre-se caminho, na vertente extrajudicial, para a revisitação de equivalentes jurisdicionais, como a auto e heterocomposição, na busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo. Trata-se do que se denominou de deformalização das controvérsias. Aqui também, os esforços dos juristas inserem-se dentro de um conceito mais abrangente de política judiciária, pelo que se deixam de lado os aspectos negociais da transação ou as características não jurisdicionais da arbitragem, para ver a esta, assim como à conciliação, mesmo quando pré-processual, como técnicas utilizadas para o adequado acesso à Justiça e à ordem jurídica justa.⁶¹

É nesse sentido que ganha força e importância a aplicação das novas formas de resolução de conflitos: muitas delas podem ser utilizadas antecipadamente ao Poder Judiciário. Tais instrumentos buscam demonstrar que a própria sociedade pode e deve, anteriormente ao Poder Judiciário, buscar meios para resolver suas disputas. Há, porém, que se notar a garantia de que o judiciário estará observando essas formas alternativas, contudo sem interferir, para que exista maior valorização e credibilidade desses instrumentos, na busca de oferecer aos cidadãos acesso pleno à Justiça.

Carlos Alberto Carmona destaca assim que,

⁵⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p.28-9.

⁶⁰ TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder judiciário. 1990, p. 14-15.

(...) ganha terreno a afirmação de que a distribuição da justiça pode ser propiciada não só através do Estado com sua direta intervenção, mas também pelas vias conciliativas e arbitral, ambas incluídas no conceito amplo de jurisdição.⁶²

Unindo forças, a sociedade e o poder público dão um passo importante com vistas à transformação do Direito e da Justiça. Resgatando-se o respeito ao pluralismo das relações sociais e aos anseios da sociedade, garantindo a ela acesso pleno à Justiça, o Governo passa a ser visto mais presente e próximo da realidade que se apresenta. Por outro lado, repassando-se à sociedade parcela de responsabilidade na resolução dos seus conflitos sociais, garantem-se também formas para se buscar a paz e o desenvolvimento social tão almejado por todos. O que se vislumbra afinal, é que o acesso à Justiça, em nosso país, seja realmente defendido e buscado por todos. Seja através do Poder Judiciário, como meio estatal garantidor e efetivador do acesso à Justiça; seja através das formas alternativas extrajudiciais e prévias de resolução de disputas, utilizadas pela própria sociedade.

⁶² CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a resolução de controvérsias. 1989, p. 93.

CAPÍTULO II

2. A MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL COMO FORMA PRÉVIA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JUSTIÇA MAIS PRÓXIMA DO CIDADÃO

Destacamos anteriormente a necessidade de uma nova aproximação entre o Direito proveniente do Estado e o ideal de Justiça almejado por todos.

Essa necessidade torna-se ainda mais evidente nesse segundo capítulo quando demonstraremos claramente que a pluralidade de fatores presentes na sociedade devem ser verificados e analisados para a resolução dos conflitos que permeiam as relações sociais. Tais fatores revestem-se de relevância na busca do Direito próximo ao ideal da Justiça, onde a resolução de conflitos é buscada pela própria sociedade até mesmo extrajudicialmente.

O Poder Judiciário continua presente como poder garantidor de direitos porém atuando conjuntamente com os métodos prévios e alternativos de resolução de disputas principalmente a mediação, sempre em prol de uma solução mais humana dos conflitos.

A mediação seria então aplicada como colaboradora do Poder Judiciário na resolução das disputas, podendo ser utilizada em diversas situações, apta assim a resgatar o ideal de Justiça, oferecendo suporte para a pacificação social.

2.1 O Pluralismo jurídico e as formas prévias e extrajudiciais de resolução de conflitos

A ciência jurídica, principalmente no campo do Direito Constitucional, da Filosofia Jurídica e da Hermenêutica Jurídica, tem, modernamente, voltado sua atenção aos princípios e valores fundamentais e também à ânsia da sociedade, objetivando um Direito que seja acima de tudo mais acessível e humano. É através desse anseio, que brota do desejo da própria sociedade, que surge a idéia do Pluralismo Jurídico, cuja principal característica é

designar uma grande quantidade de fenômenos heterogêneos entre si. O significado real desse substantivo é o uso de normas diferentes das instituídas pelo Estado.

Pluralidade segundo o dicionário Aurélio é a multiplicidade, o maior número, o geral, sendo o pluralismo a “doutrina que atribui aos fenômenos cosmológicos e aos históricos uma pluralidade de causas”.⁶³

Nesse sentido é correto afirmar que a sociedade por si só é um fenômeno repleto de pluralidades - pluralidade de interesses, de culturas, de valores -, devendo assim, respeitando e aceitando a individualidade de cada um de seus cidadãos, estar apta a assumir a resolução de seus conflitos de maneira também pluralista, sempre sob os auspícios do Estado.

Conforme palavras de Miguel Reale,

A rigor, admitida a sociedade civil como uma pluralidade descentralizada de formas de produção, também o Direito, como superestrutura, deveria se desenvolver segundo experiências múltiplas e abertas, sem a necessidade de sujeição às leis do Estado.⁶⁴

A concepção individualista do Direito não mais se adapta às várias relações jurídicas entre sujeitos coletivos como os sindicatos, associações, organizações não-governamentais e outros. Os conflitos intercoletivos ou de massa, e os direitos coletivos que surgem atualmente - derivados principalmente das novas categorias de direitos como os direitos humanos, direitos coletivos, direitos sociais, direitos difusos, direitos individuais homogêneos ou direitos transindividuais e outros que estão por vir – e criam a nova relação jurídica com peculiaridades próprias diferentes daquelas das relações interindividuais, exigindo-se que haja uma superação do modelo privatístico/individualista.

Assim, podemos verificar que o Pluralismo Jurídico pode ser considerado um sistema de decisão complexa envolvendo um “cruzamento multidisciplinar” entre a normatividade (Direito) e o poder social (Sociedade), obviamente, considerando a interação do “jurídico” com outros campos do conhecimento e buscando, acima de tudo, a proteção aos direitos fundamentais de toda a sociedade.

⁶³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1348.

⁶⁴ REALE, Miguel. **Direito natural/ direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52.

Esse pluralismo relaciona-se diretamente às formas alternativas de resolução de conflitos. Segundo Dora Fried Schnitman,

A consciência crescente da trama plural da cultura contemporânea, da diversidade, da sobreposição de linguagens, tempos e projetos, impõe uma necessidade cada vez maior de encontrar métodos que detectem as ligações, as articulações, não só como uma receita técnica para resolver conflitos, mas também como um princípio orientador – um paradigma – que outorgue tanta força à articulação e à integração como à distinção e à oposição. As metodologias para a resolução de conflitos tornam-se um instrumento para repensar a própria cultura, a transformação dos discursos institucionais e culturais.

As realidades e práticas sociais nas quais predominam o confronto e a luta coexistem com outras realidades sociais em que indivíduos, famílias, instituições, empresas, comunidades – e até nações – tenham construído espaços sociais de diálogo sem por isso deixar de lado seus traços distintivos ou suas diferenças.

As práticas que fazem parte da resolução alternativa de conflitos consistem em destrezas e habilidades transversais que operam na diversidade, à margem, nas interconexões. Sua proposta orientadora considera que o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento. Superando lógicas binárias, essas práticas se interessam pelas possibilidades criativas que brindam as diferenças, a diversidade e a complexidade.⁶⁵

Pluralismo esse que na atualidade ganha ainda mais importância pelo nascimento de situações inovadoras que adquirem dinâmica própria e que estão permeadas de diferentes conteúdos mais complexos e em constante transformação. Assim, destaca Carlos Maria Cárcova que,

As situações de pluralismo jurídico oferecem, hoje, naturalmente, uma quantidade de alternativas e variantes que eram simplesmente impensáveis nas primeiras décadas deste século, quando começaram a ser discutidas. As categorias teóricas, por sua vez, a partir das quais é possível fazer uma leitura passaram por grandes transformações. Por esta razão, é prudente ter cautela, em vista de interpolações fáceis e fatalmente redutivas. Imaginemos, só a título de exemplo, os modelos epistêmicos utilizados pelas ciências sociais nos anos 20 comparando-os com as matrizes atuais multi e transdisciplinares; imaginemos o predomínio, nas ciências jurídicas dos meados deste século, do esquema explicativo causalidade-imputação, ser-dever/ser comparando-o com a multiplicidade de alternativas lingüísticas, hermenêuticas, compreensivas, críticas, semióticas, sistêmicas etc., que formam a produção especializada deste momento, as quais, de uma forma ou de outra, põem em crise aquele predomínio paradigmático.⁶⁶

⁶⁵ SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos Paradigmas em mediação**. Trad. Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 20.

⁶⁶ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. 1998, p. 63.

Nesse sentido, salientamos o trabalho de Antonio Carlos Wolkmer⁶⁷ que defende o pluralismo jurídico como forma de aproximar, novamente, o Direito dos anseios sociais, fazendo assim renascer a idéia de Justiça.

Segundo Wolkmer,

(...) pluralismo jurídico pode consistir na globalidade do direito de uma dada sociedade, possibilidade não muito freqüente, ou tão-somente num único ou em alguns ramos do Direito, hipótese mais comum. Pode-se ainda consignar que sua intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. Deste modo, o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semi-autônomas, com relação ao poder estatal, como também prática normativas oficiais/formais e práticas não-oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas distintas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado. Naturalmente que o pluralismo jurídico tem o mérito de demonstrar de modo abrangente, de um lado a força e a autenticidade prático-teórico de múltiplas manifestações normativas não-estatais originadas dos mais diferentes setores da estrutura societária, de outro, a revelação de toda uma rica produção legal informal e insurgente a partir de condições materiais, lutas sociais e contradições classistas ou interclassistas. Num determinado espaço social periférico marcado por conflitos, privações, necessidades fundamentais e reivindicações, o pluralismo jurídico pode ter como objetivo a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de "novos" Direitos.⁶⁸

O Direito não precisa necessariamente nascer do Estado para ter validade; pelo contrário, o Direito pode e, muitas vezes, deve nascer da sociedade e atingir a própria sociedade - respeitado e assegurado pelo Estado - como forma de unir definitivamente o Direito ao ideal de Justiça.

É de se destacar que o pluralismo justifica-se como um novo paradigma na medida em que os anseios, os problemas e os direitos de toda a coletividade não estão em real sintonia com as leis emanadas do poder estatal. Direitos não são protegidos nem efetivados, problemas não são resolvidos, anseios da sociedade tornam-se utopias, inimagináveis de serem alcançadas pela cultura jurídica dominante. Assim, segundo Wolkmer,

(...) a cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista de forte influxo kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-

⁶⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 2ª. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997, passim.

⁶⁸ Id., *ibid.*, 1997, p. 198-199.

burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas. Esta mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos coletivos específicos (...). Assim, o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais. A estrutura legal tem procurado historicamente minimizar e desqualificar a relevância de toda e qualquer manifestação normativa não-estatal, consagradoras da resolução de conflitos por meio de instâncias não-oficiais ou não reconhecidas institucionalmente.⁶⁹

Corroborando com esse pensamento, Dora Fried Schnitman destaca que,

De acordo com a visão dos paradigmas anteriores, a ciência podia conduzir à certeza, ao previsível; por isso, impulsionou-se a busca de marcos universais unificadores, regularidades, visões inclusivas, sem espaço para os desenvolvimentos espontâneos, inesperados. Tudo o que acontecia devia, em princípio, ser explicável em termos de leis gerais e imutáveis. Nosso próprio conhecimento era um reflexo da realidade preexistente. (...)

O papel do tempo e seu papel inovador-criativo, o caos como fonte unificadora, a aleatoriedade, o interesse pelos processos emergentes e a novidade, a complexidade como um mundo aberto de possibilidades, a oportunidade de construir nosso lugar ativamente, o conhecimento como um processo construtivo-gerador, todos são recursos com os quais os novos paradigmas permitem que nos desloquemos de visões ligadas a leis gerais e a modelos normativos que configuram um mundo ordenado e previsível, para outras visões em que as turbulências, as oscilações e a novidade fazem parte do cotidiano, e a inovação faz parte da construção da mudança para um futuro aberto.

A partir dessa perspectiva, o mundo é um evento emergente que envolve uma abertura ao novo, ao inesperado. A ciência, a pesquisa, o desenvolvimento de modelos e as práticas de implementação são agora diálogos, não monólogos que podem ser sustentados unilateralmente.

Em suma, a mudança crucial consiste no deslocamento que vai do crer em uma narrativa sem autores até o conceito de um universo plural, multidimensional, a cuja ecologia nos integramos, que está constituído – mais que representado – por nossos atos comunicativos.⁷⁰

Nesse sentido, torna-se correto afirmar que o direito ao acesso à Justiça está incluído nos direitos de dimensão social, mesmo que trate da solução de disputas entre pessoas individuais. Esse posicionamento torna-se ainda mais relevante quando tomamos por base a resolução dos conflitos entre seres humanos, pois, humanizando-se a disputa, trazemos à tona o almejado resgate do ser humano como núcleo central a ser defendido quando há um conflito, resgatando-se também

⁶⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 1997, p. 86-87.

⁷⁰ SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas na resolução de conflitos**. 1999, p. 22-23.

o direito fundamental e de dimensão social do respeito, acima de tudo, da dignidade humana. Defende-se, por conseguinte, a necessidade dos métodos alternativos de resolução de conflitos, destacando-se o uso da mediação como forma prévia ao Poder Judiciário para a resolução e humanização dos conflitos, principalmente quando verificamos que o acesso à Justiça não é plenamente efetivado pelo Estado.

Em momento algum a aceitação da mediação como forma prévia ao Poder Judiciário na resolução de conflitos tem o condão de substituir ou de tornar menos importante a instância estatal como responsável pela solução dos conflitos. Pelo contrário, desejamos com essa visão demonstrar a necessidade de um novo pensamento no qual a Justiça, acima até mesmo do direito, ganhe importância e onde o Estado, assumindo seu papel, em consonância com os anseios sociais, resguarde e aplique o Direito, sem deixar de lado, porém, a aceitação da idéia mais abrangente de Justiça.

Nesse sentido Wolkmer destaca o pluralismo como integrador, unindo indivíduos, sujeitos coletivos e grupos organizados em torno de interesses e necessidades comuns possuindo o desafio de construir uma nova hegemonia que equilibre o predomínio da vontade geral com a vontade individual sem negar o pluralismo dos interesses particulares envolvidos na questão.⁷¹

Isso denota um “pluralismo de sujeitos coletivos” que na produção das normas e resolução de conflitos não tem como objetivo substituir o Estado, mas sim redefinir as relações entre Estado e a sociedade. Segundo Wolkmer,

(...) a hegemonia do “pluralismo de sujeitos coletivos”, sedimentada nas bases de um largo processo de democratização, descentralização e participação, deve também resgatar alguns dos princípios da cultura política ocidental, como: o direito das minorias, o direito à diferença, à autonomia e à tolerância.

A percepção deste novo pluralismo - no âmbito da produção das normas e da resolução dos conflitos - passa, obrigatoriamente, pela redefinição das relações entre o poder de regulamentação do Estado e o esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais, grupos populares e associações profissionais. Tal pluralismo contempla também uma ampla gama de manifestações de normatividade paralela, institucionalizadas ou não, de cunho legislativo ou jurisdicional, “dentro” e “fora” do sistema estatal positivo.

Tendo presente uma longa tradição ético-cultural introjetada e sedimentada no inconsciente da coletividade e das instituições latino-americanas, é praticamente impossível projetar uma cultura jurídica com a ausência total e absoluta do Estado. Neste sentido, o pluralismo, enquanto novo referencial

⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: novo paradigma de legitimação**. Disponível URL http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=646, capturado em 14 de abril de 2006, p. 8.

do político e do jurídico, necessita contemplar a questão do Estado nacional, suas transformações e desdobramentos frente aos processos de globalização, principalmente de um Estado agora limitado pelo poder da sociedade civil e pressionado não só a reconhecer novos direitos, mas, sobretudo, diante da avalanche do “neoliberalismo”, de ter que garantir os direitos conquistados pelos cidadãos.”⁷²

Pelo exposto, torna-se necessário e até mesmo indispensável o respeito e a aceitação das formas alternativas e extrajudiciais de resolução dos conflitos para que consigamos, almejando o ideal maior de justiça, trazer novamente à sociedade condições para que ela possa buscar, de maneira real e concreta, a resolução efetiva dos seus próprios conflitos. A multiplicidade dos aspectos que envolve o convívio social, deve ser levada em consideração, pois somente assim, respeitando-se as diferenças marcantes que permeiam o ambiente social de nosso país, é que poderemos oferecer a todos uma verdadeira e adequada Justiça. O Poder Judiciário continuará tendo papel de extrema relevância como garantidor dos direitos dos cidadãos; porém, face às mudanças e transformações que ocorrem continuamente na sociedade, não pode ser considerado como o único local apropriado para a resolução dos conflitos que se apresentam.

Segundo Isabel Oliveira,

(...) estes meios alternativos de resolução de litígios permitem aliviar os Tribunais Judiciais, mas, sobretudo, tornar a resolução deste tipo específico de conflitos mais simples e flexível, mais próxima dos cidadãos, mais rápida e com menores custos, permitindo resolver aqueles litígios que, de alguma forma, não chegariam ao sistema judicial.

Essencial é, no entanto, não pretender que estes meios resolvam os problemas do sistema judicial ou sequer o substituam, ou mesmo criar uma “*justiça de segunda categoria*”, mais barata, para aqueles que não podem, por falta de recursos econômicos, recorrer ao sistema judicial.⁷³

Nesse sentido, aceitando o uso, por parte da sociedade, principalmente da mediação como forma prévia de resolução de conflitos, motivando a criação, fiscalizando e colaborando com a qualidade das instituições privadas que utilizam os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, o Estado brasileiro estaria mais próximo de oferecer o acesso à Justiça, almejado por todos.

⁷² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: novo paradigma de legitimação**. 2006, p. 8.

⁷³ OLIVEIRA, Isabel. Resolução de litígios emergentes de acidentes de viação. In: CUNHA, Pedro (Org.). **Actas do colóquio de mediação: uma forma de resolução alternativa de conflitos**. Portugal, Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004, p. 113.

2.2 Os meios alternativos de resolução de conflitos: características e sua importância para o acesso pleno à Justiça

A tutela diferenciada abrange os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a justiça interna das associações.

Antes de adentrarmos à mediação mais especificamente, é necessário fazermos, mesmo que brevemente, algumas considerações sobre os métodos alternativos de resolução de disputas. Nesse sentido, é importante destacar os aspectos gerais e a conceituação e diferenciação entre a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem pois cada um possui características próprias e não podem ser confundidos.

A negociação é o processo no qual as partes tentam solucionar o conflito real ou supostamente existente, encontrando soluções que agradem a ambos. Esse tipo de entendimento é, na verdade, uma troca de informações e dados entre as partes, de maneira direta, com o intuito de que cada um consiga o que almeja.

Segundo palavras de Christopher W. Moore,

A negociação é um relacionamento de barganha entre as partes que têm um conflito de interesses suposto ou real. Os participantes se unem voluntariamente em um relacionamento temporário destinado a informar um ao outro sobre suas necessidades e interesses, trocar informações específicas ou resolver questões menos tangíveis, tais como a forma que o seu relacionamento vai assumir no futuro ou o procedimento pelo qual os problemas devem ser resolvidos.⁷⁴

Para Lília Maia de Moraes Sales é importante destacar que a negociação é um procedimento muito comum no cotidiano, sendo um acontecimento natural é, antes de tudo, uma consequência da própria relação e comunicação do ser humano. Segundo a autora,

A negociação é um procedimento muito comum na vida do ser humano. As pessoas estão sempre negociando a qualquer tempo e lugar. Uma criança negocia com outra um brinquedo ou um postal; um professor ajusta com o coordenador a sala de aula que irá ocupar; o cantor negocia o tipo de *show* que apresentará, enfim, antes da negociação ser um fato jurídico ela é um acontecimento natural.

Na negociação as partes chegam à resolução do conflito satisfatoriamente por meio do método da autocomposição. Na negociação, não há qualquer

⁷⁴ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed., Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 22.

participação de terceiro, apenas as partes em conflito buscam, por elas mesmas, a solução da dissidência.⁷⁵

Diferenciando-se da negociação, a mediação se destaca por tentar solucionar o conflito buscando trazer às partes uma compreensão maior da disputa – que não se limita a simples caracteres jurídicos -, auxiliando-as, através de um terceiro que facilita a comunicação entre elas, a buscar a solução mais adequada para o problema que se apresenta.

Conforme palavras de Lília Maia de Moraes Sales,

A mediação (...), representa uma autocomposição assistida, o processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação entre as partes, almejando a solução e a prevenção de conflitos. O mediador é quem oferece, através de seus métodos próprios, maior solução satisfatória de conflitos. É autocomposição porque são as próprias partes que discutirão e comporão as controvérsias. É assistida, pois existe a presença do mediador durante todo o processo de mediação.⁷⁶

Juan Carlos Vezzulla destaca na mediação a importância das próprias partes buscarem uma compreensão mútua para melhor solução da controvérsia. Vezzulla também demonstra a importância do mediador, como terceiro facilitador dessa comunicação e compreensão entre as partes. Segundo ele,

A mediação é a técnica privada de solução de conflitos que tem demonstrado, no mundo, a sua grande eficácia nos conflitos interpessoais, pois, através dela, são as próprias partes que encontram as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios, os raciocínios que lhes permitirão um melhor entendimento. A mediação é uma técnica não contenciosa de resolução de conflitos que, sem imposição de sentenças ou decisões arbitrais e através de um profissional devidamente formado, auxilia as partes a buscarem os seus verdadeiros interesses e a preservarem-nos num acordo criativo, em que ambas ganhem.⁷⁷

Por outro lado, destaca-se a mediação como um aperfeiçoamento da própria negociação, mas com a presença de uma terceira pessoa. Para Moore,

A *mediação* é um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado e não-autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo

⁷⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 37.

⁷⁶ Id., *Ibid.*, p. 40.

⁷⁷ VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática: guia para utilizadores e profissionais**. 1. ed., Portugal, Lisboa: Agora Publicações, 2004, p.19-20.

mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões. A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças – ou resolvê-las. A mediação é, em geral, iniciada quando as partes não mais acreditam que elas possam lidar com o conflito por si próprias e quando o único meio de resolução parece envolver a ajuda imparcial de uma terceira pessoa.⁷⁸

Próxima à idéia de mediação, mas não podendo ser confundida com ela, temos a conciliação que também é uma forma consensual de resolução de conflitos. Embora muito utilizada dentro do processo judicial, trata do conflito apenas de maneira superficial, sem entrar nos pormenores psicológicos ou sociais que possam interferir e colaborar para a resolução do conflito que se apresenta.

Lília Maia de Moraes Sales destaca que,

A conciliação é uma forma consensual de resolução de conflitos semelhante à mediação, porém não se pode confundi-las, especialmente na cultura do povo brasileiro.

No Brasil, a conciliação é normalmente exercida por força de lei e obrigatoriamente por servidor público, que se adjudica do poder e autoridade conferidos legalmente ao seu cargo para facilitar a resolução do litígio. O conciliador privado aparece com o advento da Lei n. 9.958/00, que trouxe o conciliador, eleito pelos trabalhadores nas empresas, para compor as comissões de conciliação prévia, com os conciliadores indicados pela empresa, ou comissões intersindicais de conciliação, neste caso escolhidos pelos sindicatos dos trabalhadores.

(...) Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro.⁷⁹

A conciliação é tratada como mera formalidade do processo, resumindo-se, quando utilizada judicialmente, apenas a dar fim, quando isso, à demanda judicial que se apresenta, sem adentrar em questões subjetivas que têm relação direta com o conflito.

⁷⁸ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 1998, p. 22-23.

⁷⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. 2003, p. 37-38.

Por outro lado, mesmo que fosse extra ou pré-processual, a conciliação apresentaria uma grande limitação que deve ser destacada: como já visto, nela, o terceiro responsável por conciliar as partes não é mero facilitador da comunicação entre elas; pelo contrário, para realizar o acordo o terceiro/conciliador torna-se ativo e se manifesta dando opiniões e sugestões para as partes. Nesse sentido, a solução do conflito apresentado torna-se muitas vezes uma solução imposta pelo conciliador, sendo realizada, portanto, entre o terceiro e as partes, não podendo, assim, ser considerada como um acordo entre as partes que estão em conflito. A disputa continua, pois, a existir entre as partes que, em razão da interferência ativa de um terceiro neutro, solucionam apenas a parte aparente da questão.

Segundo José Osmir Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes,

(...), não interessa à conciliação buscar ou identificar as razões que levaram ao acidente, as questões pessoais dos envolvidos, seus interesses, etc.

Na conciliação, embora o terceiro seja um profissional independente, imparcial e sem poderes para decidir, ele pode e deve sugerir, recomendar soluções e alertar a respeito dos riscos da não aceitação de determinada proposta.

O conciliador é imparcial, mas envolve-se segundo sua visão do que é justo ou não é e, para bem da justiça, deve e pode interferir e questionar as partes. Ele faz o papel do juiz nas audiências de conciliação (ou, em outras palavras, o juiz utiliza a técnica da conciliação nessas audiências).

Na conciliação, pelo fato de não se trabalhar os conteúdos ocultos que subjazem ao conflito, as pessoas não têm oportunidade de se dar conta deles, de compreender como contribuíram para o conflito e a natureza e a extensão de suas responsabilidades.

Nesse contexto, o ganho conceitual e operacional torna-se limitado. Por mais educativo que possa ser o processo, ele não contribui decisivamente para que os envolvidos possam generalizar o que aprenderam com ele para outras situações. As partes, focalizadas na questão objetiva (por exemplo, o acidente de trânsito), não perceberão outros aspectos relacionados a ela.⁸⁰

Assim como a conciliação, que já é aceita e está tipificada no sistema jurídico nacional – Lei 9.099/95 (Juizados Especiais), Lei 9.958/00 (Comissões de conciliação prévia), Lei 5.869/73 (Código de Processo Civil) entre outras -, a arbitragem possui lei específica que a regulamenta no Brasil. Segundo a Lei 9.307/96 a arbitragem pode ser utilizada por todas as pessoas capazes de contratar, servindo para dirimir conflitos sobre direitos disponíveis.

⁸⁰ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais**. São Paulo: LTr, 2004, p.50.

Moore destaca com relação à arbitragem que,

A *arbitragem* é termo genérico para um processo voluntário em que as pessoas em conflito solicitam a ajuda de uma terceira parte imparcial e neutra para tomar uma decisão por elas com relação a questões contestadas. O resultado pode ser consultivo ou compulsório. A arbitragem pode ser conduzida por uma pessoa ou por um conselho de terceiras partes. O fato crítico é que elas sejam externas ao relacionamento em conflito.

A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos, e frequentemente o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a sua natureza privada e também porque ela é mais informal, menos dispendiosa e mais rápida que um processo judicial. Na arbitragem, as partes quase sempre podem escolher seu próprio árbitro ou conselho de árbitros, o que lhes dá mais controle sobre a decisão do que se a terceira parte fosse indicada por uma autoridade ou agência externa.⁸¹

Complementando o exposto entende Lília Maia de Moraes Sales que,

O árbitro é juiz de fato e de direito e sua decisão arbitral não é sujeita a homologação ou passível de recurso no Poder Judiciário. O cumprimento da decisão é obrigatório. O árbitro deverá ser um técnico ou especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. Ao árbitro é atribuído o poder de um juiz de Direito e a sua decisão é soberana.⁸²

Segundo John W. Cooley, a mediação e a arbitragem são, na atualidade, os dois principais processos no amplo espectro dos meios para resolver disputas, os chamados meios de resolução alternativa de disputas ou, em inglês, *alternative dispute resolution* (ADR)⁸³. Devem, contudo, ser diferenciados, pois não se confundem.

Para Cooley,

A mediação pode ser definida como um processo em que um terceiro desinteressado (ou parte neutra) ajuda os contendores na consecução de um acerto voluntário quanto a suas diferenças por meio de um acordo que pauta seu comportamento futuro. Os ingredientes essenciais da mediação clássica eram (1) seu caráter voluntário – uma parte pode rejeitar o processo ou seus resultados sem que haja repercussões – e (2) a neutralidade do mediador, ou sua total falta de interesse no deslinde. A arbitragem, por outro lado, pode ser definida como um processo em que

⁸¹ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 1998, p. 23.

⁸² SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. 2003, p. 42.

⁸³ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Trad. René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 24.

uma ou mais partes neutras chegam a uma decisão após ouvir argumentações e examinar provas. A distinção essencial entre os dois processos reside em *quem* toma a decisão que promove a resolução da disputa para as partes. Na mediação, as partes participam de um processo conjunto de tomada de decisão. Na arbitragem, as partes abrem mão de seu direito à tomada de decisão em favor da parte neutra, que toma a decisão por elas.⁸⁴

Através dos conceitos colacionados acima, alguns pontos podem ser destacados.

Iniciando pela negociação, observamos um aspecto crescente da intervenção de uma terceira parte no conflito que se apresenta. É fácil, todavia, observar que, enquanto na negociação as partes trocam informações, visando a um acordo que interesse a ambas as partes, na arbitragem acontece uma verdadeira sentença extrajudicial que vinculará os contendores. Enquanto na mediação o formalismo e a legalidade são deixadas em segundo plano para se entender o núcleo do conflito, na conciliação e principalmente na arbitragem, como utilizadas no Brasil, existem leis próprias que devem ser seguidas.

Observa-se, ainda, que a negociação, a mediação e a arbitragem são meios extrajudiciais de resolução de conflitos, podendo ser utilizados também na esfera judiciária; a conciliação, por sua vez é um modo judiciário e alternativo de resolução de conflito, chegando a ser utilizada também extrajudicialmente.

Com relação ao cumprimento dos acordos e decisões, tanto na negociação como na mediação, não são obrigatórios, porém, como as partes voluntariamente conseguiram entrar em diálogo e resolver o conflito de maneira satisfatória, a consequência natural é que cumpram o que foi acordado. Ressalte-se que, se as decisões estiverem permeadas de aspectos jurídicos, o não cumprimento do acordo poderá ser questionado judicialmente; já na conciliação é necessária a homologação do acordo pelo poder judiciário, o que torna o acordo realizado obrigatório. Na arbitragem, mesmo não existindo a necessidade de homologação pelo poder judiciário, a decisão arbitral tem força de título executivo judicial e o não cumprimento do acordo ou determinação estipulada pode ocasionar responsabilização perante o Poder Judiciário.

⁸⁴ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. 2001, p. 24-25.

2.3 A importância da mediação extraprocessual como forma prévia de resolução de conflitos: a Justiça antes mesmo do Poder Judiciário

Destacando agora mais precisamente a mediação, como tema central de nosso trabalho, devemos considerar que a mediação é descrita como um indício de maturidade das sociedades, porque, de momento, é patente o enfoque do ser humano novamente como o centro da reflexão sobre conflitos, trabalhando a mediação de conflitos neste âmbito.

Segundo Alan Scott Rau citado por Sérgio Rodrigo Martinez,

A mediação acompanha a prática jurídica há tempos na evolução da humanidade, não se tratando de novidade a sua realização para a solução de conflitos.

A concepção da mediação foi verificada em Confúcio, na China, por séculos antes do início do calendário cristão, como meio mais adequado para a solução dos conflitos.⁸⁵

Segundo Aloísio Surgik, sua concepção, confundida com a da conciliação, teve origem, no mundo ocidental, com o direito canônico repercutindo desde o direito romano até as Ordenações Filipinas.⁸⁶

Aleix Ripol-Millet destaca que a mediação é muito antiga estando amplamente difundida no mundo. Conforme o autor, um exemplo dessa difusão do uso da mediação é a prática desse modo de resolução de conflitos até mesmo entre tribos africanas. Nesse sentido segundo suas palavras,

Entre as tribos do baixo Zaire, os conflitos são vividos mais como uma crise de grupo do que como pessoais ou individuais. Eles entendem que os desajustes entre pessoas ou clãs debilitam a solidariedade e solidez das comunidades sendo um tema de todos.

A tribo participa na resolução do conflito por meio de assembléias onde todos podem expor seu pontos de vista. O chefe da tribo ou seu representante costumam reter seu juízo com o propósito de agir de acordo com o critério comum. O acordo final consensuado ou imposto é ritualizado por meio de ações visíveis (comida, festa, orações, etc.).⁸⁷

⁸⁵ RAU, Alan Scott et al. The classical Chinese viewed the used of mediation as superior recourse to law for settlement on disputes. In *Mediation and other non-binding ADR processes*, p. 2 apud MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Manual de educação jurídica**. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 83.

⁸⁶ SURGIK, Aloísio. **A origem da conciliação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Curso de Pós-Graduação em Direito, 1984. Tese de Doutorado. p. 285-330.

⁸⁷ RIPOL-MILLET, Aleix. **Familias, trabalho social y mediación**. Barcelona: Paidós, 2001, p 33-34, tradução nossa. (Entre las tribus del bajo Zaire, los conflictos son vividos más como una crisis de grupo que como temas personales o individuales. Entienden que los desajustes entre personas o clanes debilitan la solidaridad y solidez de las comunidades y son un tema de todos. La tribu participa

Na atualidade a mediação vem ganhando espaço como método alternativo de resolução de disputas. Na União Européia, destaca-se as discussões sobre a criação de uma Diretiva Comunitária a respeito da Mediação de Conflitos, sendo que em Portugal, os efeitos de tal discussão foram antecipados com a criação dos “Julgados de Paz” que, inspirados nos Juizados Especiais Cíveis do Brasil, têm como principal inovação privilegiar a mediação como método de resolução de conflitos.⁸⁸

Segundo Jean-François Six, na França o período entre os anos 1980-1990 pode ser chamado de a “década da mediação”, caracterizada pela explosão do uso e a valorização que o termo mediação ganhou em todas as áreas e direções.⁸⁹

Nos Estados Unidos da América, segundo Lília Maia de Moraes Sales, a mediação encontra expressiva aceitação e efetividade, sendo que nos últimos trinta anos ela deixou de ser encarada como simples forma de barganha, ganhando respeito como método alternativo de resolução de conflitos em sede de processos nas cortes americanas, nos programas comunitários de resolução de conflitos, nos centros de comércio e nas disputas entre indivíduos particulares.⁹⁰

No Brasil, em nenhum momento estipulou-se diretamente a figura da mediação. Assim, indiretamente sua primeira regulamentação ocorreu na Constituição Política do Império de 25 de março de 1824, que no seu título VI destacava o Poder Judicial. Esse título, mais precisamente nos artigos 161 e 162 indicava a necessidade de se tentar, previamente ao processo, a reconciliação entre as partes através da atuação dos Juizes de Paz.

Após esse período a mediação caiu em desuso, em face principalmente do domínio tecnicista predominante nos séculos XIX e XX⁹¹, ganhando força novamente com a Lei 7.244/84 que instituiu os Juizados Especiais de Pequenas Causas e também com a Constituição de 1988 que destacou como uma de suas premissas o acesso pleno à Justiça.

en la resolución del conflicto mediante asambleas en las que todos pueden exponer sus puntos de vista. El jefe de la tribu o su representante acostumbran a retener su juicio con el fin de actuar de acuerdo con el criterio común. El acuerdo final, consensuado o impuesto, es ritualizado mediante acciones visibles (comida, fiesta, plegarias, etc.).)

⁸⁸ Cf. MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Manual de educação jurídica**. 2004, p. 83-84.

⁸⁹ SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Trad. Ágida Arruda Barbosa; Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.11.

⁹⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. 2004, p. 125.

⁹¹ Cf. MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Manual de educação jurídica**. 2004, p. 83.

No Código de Processo Civil, principalmente após a reforma de 1994 surgiu a figura das audiências de conciliação prévia. Essa audiência prévia também é destacada pela Lei 9.099/95 que revogou a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (L. 7.244/84) porém, conforme já salientado, em nenhum momento a figura da mediação é destaca diretamente.

Atualmente, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 4.827 de 1998 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra que possui importância fundamental por ser o primeiro projeto que destaca os ditames gerais da mediação a ser utilizada judicial ou extrajudicialmente visando implementá-la e regulá-la em nosso país.

O breve histórico apresentado traz à tona a idéia geral de mediação, tanto a utilizada pré-processualmente como também a implantada dentro do próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, se a mediação como prática adotada nos Juizados Especiais e no Código de Processo Civil aproxima-se, e muito, da idéia de conciliação, entendemos que a mediação como instância prévia do Poder Judiciário possui um caráter diferenciado e já era defendida anteriormente à nova lei dos Juizados Especiais.

Segundo a Lei 7.244/84, os Juizados Especiais de Pequenas Causas poderiam ser criados nos Estados, para processamento e julgamento das causas de reduzido valor econômico. Na referida lei, havia também o estabelecimento da figura do árbitro, dos conciliadores e o engajamento das partes e demais participantes do processo - advogados, funcionários e membros do Poder Judiciário - para que os atos processuais fossem os mais informais possíveis, além da necessidade, para serem criados, de que os Estados tivessem condições plenas de oferecer a todos assessoria judiciária.⁹²

⁹² Para melhor esclarecer o assunto é importante destacarmos alguns artigos da Lei 7.244/84, revogados depois pela Lei 9.099/90:

Art. 1º - Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de deduzido valor econômico;

Art 2º - O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes;

Art 7º - Os árbitros serão escolhidos dentre advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil;

Art 22 - Aberta a sessão, o Juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 2º do art. 3º desta Lei;

Art 25 - Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na

Destacamos a Lei 7.244/84 como embrionária, na medida em que defendia a voluntariedade e a busca, acima de tudo, do acordo negociado entre as partes, extrajudicialmente, como fator fundamental de sua existência. Nesse sentido, estimulava o entendimento, direto ou através de um terceiro, entre as partes que depois, para ter validade, deveria ser homologado, destacando uma preocupação com a resolução de conflitos de maneira mais humana e menos formalista. Ao contrário do que poderia parecer, tal procedimento especial dentro do Poder Judiciário não obteve o êxito que parecia prometer, sendo a Lei 7.244/84, que instituía os Juizados Especiais de Pequenas Causas, revogada, para dar lugar à Lei 9.099/95 que, juntamente com a Lei 10.259/2001, estabelece as normas dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual e federal.

A revogação da Lei 7.244/84 aconteceu porque a voluntariedade, que deveria ficar adstrita apenas às partes em conflito, foi também oportunizada para os Estados que, assim, não estavam obrigados à criação dos próprios Juizados Especiais de Pequenas Causas, o que tornou o instituto “natimorto”. Somente com a promulgação de uma nova Constituição, em 1988, é que foi estabelecida a obrigatoriedade dos Estados em instituir os Juizados Especiais, vindo a Lei 9.099/95 estabelecer os ditames desse novo juizado.

A previsão constitucional dos Juizados Especiais indica a importância dessa instância judiciária. Sem dúvida alguma, um instituto que tenha uma proteção positivada pela Constituição torna-se muito mais eficaz, ainda mais em nosso país, onde já é difícil respeitarmos o que é lei. Assim, após ser destacada, no artigo 98 da Constituição Federal de 1988, a necessidade de serem criados os Juizados Especiais nos Estados brasileiros, entendeu-se por bem, que seria necessário revogar a lei já existente sobre juizados especiais.

forma prevista nesta Lei.

Parágrafo único - O Juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes, fazendo o Juiz, caso não esteja o mesmo presente, sua convocação e a imediata designação de data para a audiência de instrução;

Art 26 - O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 4º e 5º desta Lei, podendo decidir por equidade;

Art 27 - Ao término da instrução, ou nos 5 (cinco) dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz para homologação por sentença irrecorrível;

Art 54 - Não se instituirá o Juizado de Pequenas Causas sem a correspondente implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária;

Art 55 - O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

Parágrafo único - Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

Esse posicionamento não pareceu o mais apropriado, já que a Lei de 1984 estabelecia a existência de um tribunal informal e voluntário que, se existisse ainda hoje, seria o local apropriado para implementarmos a mediação como forma prévia ao Poder Judiciário para a resolução dos conflitos. Esse pensamento é defendido por J. E. Carreira Alvim que assim destaca,

Sob este aspecto, merece relevo a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, pela Lei n. 7.244/84, que vieram a ser substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pela Lei n. 9.099/95, embora tivessem podido conviver, por não existir entre ambos qualquer incompatibilidade. Recentemente, foram instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, facilitando o acesso à Justiça, em face dos entes públicos.⁹³

Mesmo com a instituição dos juizados especiais, atualmente as formas alternativas de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação vêm progredindo no Brasil como consequência da crise da administração da Justiça, seja na figura dos conciliadores ou juízes leigos dos juizados especiais, seja através do trabalho de árbitros e mediadores das instituições privadas de arbitragem e mediação. O sucesso e a credibilidade desses mecanismos, voluntários ou compulsórios, dependerão fundamentalmente da sua competência e aptidão de gerar soluções que satisfaçam as partes do conflito.

O enquadramento do papel da mediação no quadro geral da Justiça não é fácil. O Estado, ao ver na mediação uma forma de obstar conflitos sociais de forma diferenciada e pré-processual, pode ter a impressão de estar lidando com um “poder paralelo” em que não é necessária a intervenção estatal.

Na verdade, o que a mediação demonstra é que existem situações e conflitos que a própria sociedade pode resolver por si, não necessitando, portanto, de que o Estado mova a máquina judiciária, que continua tendo um papel protetivo, mas, que, ainda hoje, possui falhas e se mantém um tanto quanto afastada dos reais problemas sociais.

Segundo Gonzalo Serrano,

A mediação é rápida e econômica, algo especialmente importante quando se deseja afrontar e resolver um conflito e suas consequências, máxime se a pessoa tem em que conta que a via judicial em nosso ambiente cultural

⁹³ ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>. Acesso em: 07 mai. 2006, p. 9.

resulta desesperadamente lenta e tediosa. A mediação é voluntária, o que permite que as partes envolvidas no conflito decidam o começo e a continuidade do processo, ao mesmo tempo esse mesmo caráter voluntário possibilita a responsabilização das partes implicando na elaboração de acordos que interessem muito mais de perto os litigantes.

Também, e de um modo muito especial, quando há a utilização da mediação para resolver conflitos, os resultados alcançados são globalmente positivos; a mediação foi percebido como uma técnica, um instrumento ou até mesmo incluída como importante meio para uma vivência satisfatória. Porém, esta experiência não tem que ser necessariamente direta; quer dizer, ao longo destes últimos anos aconteceram mediações socialmente relevantes, isso ocupou a atenção da sociedade, gerando como consequência uma imagem muito positiva da mediação.

Alcançar, pois, soluções que satisfaçam as partes, geradas pelos mesmos participantes, que podem constatar o cumprimento de acordos razoáveis e justos, explica em grande medida o auge e a difusão do uso da mediação.⁹⁴

Destacamos também que a idéia da mediação como forma de resolução de conflitos a ser utilizada de forma prévia ao Poder Judiciário é importante na medida em que aproxima a sociedade civil e o Estado porque, compartilhando responsabilidades, tornam-se parceiros em prol da resolução dos conflitos que continuam sendo vistos como inerentes às relações humanas sendo, então, valorizados como processo social que tem caráter humano e fundamental, que não podem ser vistos e resolvidos apenas superficialmente, sem qualquer preocupação com os valores humanos envolvidos na disputa.

Lidando com situações em que existe uma pluralidade de fatores - interesses, culturas, vontades - a mediação busca reconhecer, aceitar e compreender as diferenças, entendendo-as como necessárias para a construção da diversidade que serve de motivação indispensável para produzir, transformar, aperfeiçoar a própria vida.

⁹⁴ SERRANO, Gonzalo. Problemas y perspectivas de la mediación. In: CUNHA, Pedro (Org.). **Actas do colóquio mediação: uma forma de resolução alternativa de conflitos**. Portugal, Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004, p. 14-15, tradução nossa. (La mediación es rápida y económica, algo especialmente importante cuando se desea afrontar y resolver un conflicto y sus consecuencias, máxime si se tiene en cuenta que la vía judicial em nuestro entorno cultural resulta desesperadamente lenta y tediosa. La mediación es voluntária, lo que permite que las partes involucradas em el conflicto decidan el comienzo y la permanência em el proceso, pero a la vez esse mismo carácter voluntário posibilita que la responsabilidad e implicación com los acuerdos concierna mucho más de cerca a los litigantes. Además, y de manera muy especial, cuando se ha utilizado la mediación para resolver conflictos, los resultados han sido globalmente positivos; la mediación, pues, ha sido percibida como una técnica, un instrumento o incluso como una vivencia satisfactoria. Sin embargo, esta experiencia no tiene que ser necesariamente directa; es decir, a lo largo de estos últimos años han tenido lugar mediaciones muy relevantes socialmente, que han ocupado la atención de los médios y que han generado como consecuencia una imagen de la mediación muy positiva. Alcanzar, pues, soluciones que satisfacen, generadas por los mismos participantes, que han podido constatar el cumplimiento de unos acuerdos razonables y justos, explica em gran medida este auge y esta difusión.)

Segundo Helena Neves Almeida,

O exercício da mediação social inscreve-se no quadro de uma intervenção para a mudança no plano das relações familiares, sociais ou institucionais. Uma mudança que pressupõe a articulação de esforços entre parceiros diversos numa partilha de responsabilidades entre Estado e sociedade civil. Neste domínio, a mediação é ela própria uma resposta inovadora da oferta social, que articula diversos processos adaptativos entre a normalização social e a valorização da cidadania e que possibilita a sinalização de problemas sociais e a elaboração de propostas que tenham em consideração o seu carácter estrutural e que ao mesmo tempo valorizem o capital humano e institucional.⁹⁵

É necessário também salientar que a mediação como forma prévia ao judiciário, aplicada na resolução de conflitos, não surge como ameaça ou como suplantação do Poder Judiciário; pelo contrário, assim utilizada virá ao encontro dos anseios da sociedade e servirá como instância colaboradora do próprio Judiciário.

Sob os auspícios do Poder Judiciário, a decisão acordada entre as partes na mediação extraprocessual, com a ajuda de um terceiro, é garantida, não ficando vinculada a qualquer determinação desse poder estatal porque conseguida num acordo mediado entre as partes que, normalmente, a respeitam, mesmo sem qualquer coerção.

Salienta-se aqui, conforme ensinamentos de Jean-François Six, que a mediação hoje não é utilizada nem aplicada de modo homogêneo; está caracterizada por duas correntes diferentes: a mediação institucional e a mediação cidadã.⁹⁶

A mediação institucional, como o próprio nome já esclarece, buscou, desde o início, formalizar a sua aplicação, partindo de um poder estabelecido. Nesse caso, os mediadores devem ser profissionais especializados, cumprindo, ao mesmo tempo, um trabalho a serviço de sua instituição e dos clientes desta. Os mediadores institucionais seriam, portanto, segundo Six, “(...) os “Senhores Bons Ofícios”, prolongamento dos diretores da comunicação e das relações públicas.”⁹⁷

Trazendo essa conceituação para o Brasil, poderíamos considerar sem dúvida, a mediação realizada por instituições públicas e privadas como

⁹⁵ ALMEIDA, Helena Neves. A recomposição dos laços sociais – uma mediação expressiva e instrumental na luta contra a exclusão social. In: CUNHA, Pedro (Org.). **Actas do colóquio mediação: uma forma de resolução alternativa de conflitos**. Portugal, Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004, p. 57.

⁹⁶ SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. 2001, p. 28.

⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 29.

baseadas no conceito de mediação institucional. Assim, possíveis de serem utilizadas por prefeituras municipais, pelo próprio Poder Judiciário, por associações comerciais, por pessoas jurídicas, entre outros.

Jean-François Six, destaca que na França,

A própria justiça quis instituir mediadores que atenuassem o congestionamento dos tribunais, tentando que tal ou qual litígio não chegasse justamente a esses tribunais, sendo prévia e amigavelmente regulado, sob o controle de um mediador “penal” e do juiz. As cidades recorrem, mesmo por meio de pequenos anúncios a mediadores voluntários, que venham a ser mediadores municipais, para ajudar a solucionar problemas que surgem, particularmente nos bairros perigosos.⁹⁸

Essa visão, mesmo que atribuída a um país de primeiro mundo, demonstra claramente a importância da mediação como um canal de comunicação dos poderes do Estado e da sociedade. Os mediadores tornam-se, assim, intermediários entre os anseios de cada ser humano e as instituições, sejam elas quais forem.

Segundo Six,

(...) na evolução de nossa época, em que o anonimato cresce, em que tudo tende a tornar-se mais e mais dual, os que estão de um lado e de outro de uma barreira, de uma grade ou guichê, todas as instituições começam por si próprias a compreender a necessidade de estabelecer intermediários. Resta, dentro desta óptica, um problema difícil para as instituições: seu modo de tratar os problemas institucionais traz o risco de fazê-las criar serviços de mediação que sejam ainda lugares em que se administram negócios de maneira impessoal, e isto apesar de seus papéis se tornarem conhecidos e as demandas afluírem. É assim que o mediador da cidade de Paris exprimia sua preocupação diante do número crescente de processos e esperava que o próximo prefeito consagrasse maiores recursos para atendê-los.⁹⁹

Em seus ensinamentos, Jean-François Six destaca um grande problema quanto à mediação institucional. Segundo Six, mesmo em instituições que não sejam vinculadas ao Poder Judiciário existe a possibilidade, que deve sempre ser combatida, de a mediação tornar-se impessoal e não atingir os objetivos de resolver os conflitos que lhe são apresentados, sendo ainda mais grave a burocratização que acontecerá se ela estiver vinculada ao Poder Judiciário.¹⁰⁰

Ao lado da mediação institucional há também a mediação cidadã.

⁹⁸ SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. 2001, p. 29.

⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 30.

¹⁰⁰ Id. *ibid.*, p. 30.

Com relação aos mediadores cidadãos e à própria mediação cidadã, Jean-François Six destaca que,

Eles não são fabricados pelas instituições, são mediadores “naturais”, que nascem nos grupos sociais; são como que secretados por eles para as necessidades da comunidade. Eles não têm poder como tal, não são juízes que vão sentenciar nem árbitros aos quais se delega a conclusão de uma contenda; eles não têm mais que autoridade moral. Se alguém se dirige a eles é porque considera que são, não gurus que decidem, mas, ao contrário, sábios que sugerem. Eles abrem uma via nova em relação ao impasse em que alguém se perdeu, a um dilema do qual se quer sair, envolvendo a si mesmo ou aos outros.¹⁰¹

Conforme destacado a mediação cidadã não é um procedimento formalizado. É a solução do conflito buscada pela comunidade, através de pessoas que possuem credibilidade perante o grupo social. Nesse sentido, o mediador cidadão pode ser qualquer pessoa que orientada de maneira apropriada pode facilitar a comunicação e a compreensão entre as partes em conflito.

Ambos os tipos de mediação devem ser defendidos como formas eficazes de resolução de conflitos a serem utilizadas principalmente como vias alternativas e prévias ao Poder Judiciário, mostrando que a sociedade, seja através de instituições privadas ou públicas, através de organizações não-governamentais, das Universidades ou das Associações de Bairro, possui meios e deseja que a resolução dos seus problemas seja transformada também em resolução de conflitos entre seres humanos que, sendo diferentes e convivendo num mesmo ambiente social, devem ter o direito fundamental ao acesso pleno à Justiça.

2.4 Aspectos cruciais para a defesa da mediação como forma prévia ao Poder Judiciário para a resolução dos conflitos: em busca da pacificação social

Destacam-se dois aspectos cruciais para defendermos a aplicação da mediação em instâncias prévias ao Poder Judiciário. O primeiro aspecto relaciona-se ao fato do próprio conflito, analisado não apenas como conflito judicial, mas como conflito inerente à própria realidade humana; o segundo aspecto diz respeito à própria credibilidade do instituto da mediação que, relacionado, mesmo que indiretamente, ao Poder Judiciário, mas não estando a ele vinculado, seria

¹⁰¹ SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. 2001, p. 31-32.

melhor aceito por toda a sociedade. Note-se, porém, que apesar de todos os problemas já levantados sobre o Poder Judiciário, nunca deixamos de demonstrar a importância desse poder como fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito; pelo contrário, sempre defendemos sua importância como o poder que encontra maior aceitação e credibilidade ante toda a sociedade brasileira.

Sobre o primeiro aspecto, ou seja, sobre a solução e prevenção dos conflitos pela mediação, é importante destacar a conceituação do que seja conflito e, sem dúvida, a importância da mediação para uma maior compreensão desse conceito inerente às próprias relações humanas.

Segundo o dicionário Aurélio, conflito, do latim *conflictu*, traz a acepção de embate dos que lutam, discussão acompanhada de injúrias ou ameaças, desavença, luta, combate, choque, colisão ou ainda, o elemento básico da ação dramática, a qual se desenvolve em função de uma oposição e luta entre forças diferentes.¹⁰²

Nota-se, sem dúvida, que o conceito de conflito sempre está vinculado a questões negativas: é o combate, é a desavença, é a luta entre forças diferentes. Nem sempre, entretanto, o conflito deve ser visto apenas dessa forma; pelo contrário, muitas vezes é pelo próprio conflito que chegamos a uma evolução ou transformação.

Conforme palavras de Dante P. Martinelli e Ana Paula de Almeida, os conflitos podem ser encarados de duas maneiras,

(...) uma negativista, que encara o conflito como algo apenas prejudicial, devendo ser evitado a todo o custo e, não se podendo evitá-lo, pelo menos dever-se-ia buscar minimizar seus efeitos. A segunda alternativa é encarar o conflito de maneira positiva, procurando verificar aquilo que pode trazer de benéfico, em termos de opiniões e visões, bem como de possibilidades de aprendizagem e enriquecimento em termos pessoais e culturais. Nesse caso, já que existem também aspectos negativos, deve-se buscar minimizar seus efeitos, reforçando-se, por outro lado, todos os aspectos positivos que possam advir do conflito.¹⁰³

Normalmente o conflito, apresentado e, ao final, resolvido pelo Poder Judiciário, é apenas aparente, porque é visto unicamente sobre seu lado negativo, confundido assim com o próprio litígio. Nesse sentido, sempre é resolvido,

¹⁰² Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1986, p. 451.

¹⁰³ MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 46.

mostrando-se às partes qual é o melhor entendimento, segundo o juízo, do caso apresentado. Isso faz com que a parte A ou B, tendo melhor posicionamento, receba uma sentença favorável, decisão essa justificada pelo Direito.

Como já salientamos em diversas passagens do presente trabalho, a aplicação do Direito é um dos possíveis mecanismos a serem utilizados para a resolução dos conflitos, mas, sem dúvida, não é o único, nem muitas vezes o melhor. Corroborando com o exposto, apresentamos o pensamento defendido por Paulo César Santos Bezerra que assim destaca,

O direito é apenas um dos mecanismos tendentes à regulação dos conflitos. A solução ampla dos conflitos, porém, pode-se dar fora da aplicação do direito. Os próprios atores sociais podem solucionar seus conflitos. O que o direito resolve é a oposição de pretensões jurídicas, ou seja, o direito resolve litígios, que são limitados pelo objeto da demanda. Em outros termos: o litígio é a redução do conflito. É um momento, um episódio do conflito.

A vida em sociedade, em virtude da interação entre membros da coletividade, naturalmente gera conflitos, e, conseqüentemente, insatisfações. As condutas contrárias às pretensões de um ou de outro integrante da sociedade não se limitam a produzir um choque de interesses. Igualmente levam a uma situação na qual surge um sentimento de carência, que, em última análise, corresponde à fonte da qual se extrai a legitimidade do Estado moderno.¹⁰⁴

É por isso que defendemos o instituto da mediação como meio prévio ao Judiciário para a solução dos conflitos, porque, tal instituto, como já dissemos, por muitos considerado o aperfeiçoamento da negociação, não observa apenas o posicionamento das partes em relação ao conflito, nem resolve o simples litígio entre as partes; pelo contrário, adentra-se o conflito buscando encontrar o “real interesse” de ambas as partes.

É importante, nesse ponto, destacarmos a conceituação do que seria o “real interesse” de ambas as partes. Segundo Lília Maia de Moraes Sales,

Fala-se em “solução real” porque o fato de *dar ganho de causa* a uma das partes não significa obrigatoriamente que o conflito esteja resolvido. Muitas vezes resolve-se uma querela judicial e outras dezenas aparecem como conseqüência. Isso se dá comumente porque o impasse revelado, exposto, não é o real. Pouco adianta resolver o problema aparente, pois o real continuará a existir. No momento em que o mediador ajuda a solucionar efetivamente a controvérsia, ele faz ligações entre as pessoas, cria vínculos que não existiam.¹⁰⁵

¹⁰⁴ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2001, p. 34-35.

¹⁰⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. 2003, p. 30.

Para explicar melhor a diferença entre a posição das partes e os seus interesses em um conflito, trazemos o exemplo destacado por Roger Fischer que assim dispõe,

Consideremos a história de dois homens que discutem na biblioteca. Um deles quer a janela aberta e o outro quer a janela fechada. E ficam ambos e espicaçar-se acerca de quanto abri-la: uma fresta, metade ou três-quartos. Nenhuma solução satisfaz aos dois.

Entra a bibliotecária. Ela pergunta a um dos homens por que ele quer que a janela fique aberta: “Para que entre algum ar fresco”. Ela pergunta ao outro por que a quer fechada. “Para evitar a corrente de ar”. Depois de pensar por um minuto, a moça abre inteiramente a janela de um aposento ao lado, deixando entrar ar fresco sem correnteza.¹⁰⁶

Normalmente o que acontece nos conflitos é que as partes possuem posicionamentos diferentes sobre determinados assuntos, porém, na grande maioria dos casos, os interesses, mesmo não sendo idênticos, podem ser satisfeitos, sem a necessidade de que o conflito permaneça.

Segundo Karl A. Slaikeu,

Interesses subjacentes conduzem a conflitos e disputas. Motivos, desejos e necessidades, como dados anteriores, também são incluídos nessa categoria. O mediador tomará conhecimento dessa informação, apenas se ela for revelada pelas partes, ou se o mediador puder inferi-la a partir do seu comportamento. Partes em conflito, em geral, não falam sobre seus interesses. Ao contrário, elas os escondem ao formular demandas ou declarar posições. Frequentemente, elas não confiam na parte contrária o suficiente para trazer à tona essas questões, preferindo ocultar os seus verdadeiros interesses, por temerem que essa informação seja usada contra elas. A mediação oferece uma oportunidade para a discussão desses interesses com uma terceira parte em que confiem e que, por sua vez, poderá facilitar o processo de comunicação sobre interesses ou opções que as partes foram incapazes de alcançar até aquele momento.¹⁰⁷

Para Slaikeu, são comuns por trás das posições manifestas, os seguintes interesses padrões, trazidos à mediação: buscar a autopreservação; encerrar o assunto; evitar os custos (tempo e dinheiro) do litígio; evitar o estresse e preservar a saúde; receber um pedido de desculpas; proteger e preservar a reputação; estabelecer um precedente judicial; punir; ter sua pretensão reconhecida;

¹⁰⁶ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 58.

¹⁰⁷ SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. Trad. Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 45.

economizar tempo; honrar a justiça e a equidade¹⁰⁸. Porém, conforme destaca o autor, os interesses claramente apresentados ainda não constituem a integralidade dos fatores envolvidos numa disputa que pode ser mediada. O histórico da disputa, custos e despesas associadas à própria disputa, tentativas anteriores de resolução, características das partes, contexto da organização ou instituição em que a disputa está ocorrendo, além das próprias leis que podem regular a disputa são aspectos relevantes e indispensáveis para que o conflito mediado venha a ser resolvido da maneira mais adequada possível.¹⁰⁹

Nesse sentido, enquanto a mediação busca adentrar o conflito para chegar ao “real interesse das partes”, a justiça, vista aqui como Poder Judiciário, vai analisar o simples posicionamento de ambas as partes e verificar legalmente qual dos posicionamentos é o mais acertado, confundindo-se, portanto, o conflito, com o próprio posicionamento entre as partes, o que só o resolve superficialmente. Resolve-se, sim, o litígio entre as partes, porém o conflito continuará a existir.

A importância da mediação vai além da resolução do conflito. Ela se destaca pela possibilidade de ser utilizada até mesmo para a prevenção dos próprios conflitos e, conseqüentemente, de eventuais litígios entre as partes. Assim, Morais Sales salienta que,

O segundo objetivo da mediação é a prevenção de conflitos. A mediação, como um meio para facilitar a solução de controvérsias, deve ser entendida, em todo o seu procedimento, como prevenção, já que evita a má administração do problema e procura o *tratamento dos conflitos*, ou seja, durante o processo de mediação, o mediador, com sua visão de terceiro imparcial, deve aprofundar-se no problema exposto, possibilitando o encontro e a solução real do conflito.¹¹⁰

Buscando prevenir o embate defendemos a mediação como forma prévia ao judiciário para a resolução e prevenção das disputas, porque, se deixarmos o conflito chegar ao Poder Judiciário, ele já estará instaurado e nenhuma prevenção, portanto, poderá ocorrer.

Já destacamos a mediação como importante para a solução e prevenção dos conflitos, porém, até o momento, não demonstramos a importância de seu reconhecimento pelos Poderes Legislativo e Judiciário como forma legítima e

¹⁰⁸ SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. 2004, p. 46-47.

¹⁰⁹ Id., *Ibid.*, p. 47-49.

¹¹⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. 2003, p. 30.

pré-processual para a resolução dessas disputas, nem evidenciamos em quais áreas ela poderia ser utilizada com maiores garantias de sucesso. Nesse sentido, como forma prévia ao próprio judiciário para a solução de conflitos, ela deve ser implementada em instâncias prévias ao Poder Judiciário que, reconhecidas e garantidas pelo próprio Estado, sejam vistas sem preconceitos por uma sociedade como a brasileira.

A importância da mediação, como método alternativo de resolução de disputas, utilizado previamente ao Poder Judiciário, torna-se clara quando demonstrada a abrangência de setores em que o instituto é utilizado em todo o mundo com grande sucesso.

Segundo Six, a prática da mediação vem sendo utilizada no setor familiar, na escola, nas empresas, em questões municipais, na justiça, sendo relevante aqui salientar, simplificada, a razão do uso da mediação em alguns dos setores mencionados.

Com relação ao ambiente familiar é importante pontuar, no mundo atual, uma modificação incessante da célula familiar - conflitos nas relações entre os casais, entre pais e filhos, entre irmãos, divórcios, sucessão -, ocorrendo, portanto, diversos conflitos que podem ser solucionados pela mediação.¹¹¹

No setor de ensino, destacam-se os conflitos que ocorrem entre os alunos, entre os alunos e os professores, entre direção e alunado, entre funcionários, bem como diversos outros conflitos os quais, num ambiente pluralista como o escolar, não são raros. Six destaca, nesse caso, o exemplo americano, que, frise-se bem, funciona na cultura americana, de formar alunos com uma visão mediadora, para que sejam eles mesmos mediadores nos pátios de recreação, na cantina, como verdadeiros “administradores de conflitos”. Outro exemplo trazido por Six é o francês, em que a ação de mediadores do próprio Ministério da Educação, desenvolvida por assistentes sociais, visa principalmente ao combate do vandalismo e da violência nas escolas. Six não deixa porém de criticar o exemplo francês por ser uma mediação institucionalizada pelo Ministério da Educação que, muitas vezes, deixa a desejar em relação ao contato e solução dos problemas apresentados. Não sendo, conseqüentemente, um lugar que ofereça intermediação entre a família e a escola e entre a escola e o Governo. Segundo Six, a mediação deve também fornecer suporte para que os jovens se tornem, em suas vidas sociais, verdadeiros

¹¹¹ Cf. SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. 2001, p. 53-73.

artesãos da paz, sendo então utilizada como uma posição de reequilíbrio, ou uma terceira instância que facilite a comunicação entre todos os atores do ensino.¹¹²

Nas empresas, o uso da mediação vem se acentuando principalmente como forma de resolução de conflitos entre a empresa e seus clientes ou usuários, através de uma terceira pessoa neutra e imparcial, que não esteja necessariamente vinculada à empresa. Outro caso comum em que a mediação se faz presente, diz respeito aos conflitos internos ocorrentes na própria empresa, quando poderá ser realizada pelo diretor de comunicação, pelo secretário geral, pelo responsável pela segurança, em razão de que essas pessoas são as responsáveis, mais diretamente, pela comunicação entre os funcionários.¹¹³

Segundo Jean-François Six,

Um mediador para a empresa, quando é chamado por ela para ajudar a criar passarelas ou a gerenciar um conflito, sabe bem que seu trabalho será antes o de um especialista que não terá “petróleo”, recursos materiais, mas idéias que virá a propor para arrumar tecnicamente as coisas. Sua tarefa consistirá em colocar seres humanos, sejam quais forem e em quais postos estiverem, em face deles mesmos e incitá-los, sem moralizar, a se colocarem simplesmente em face de suas responsabilidades, a empreenderem, eles mesmos por eles mesmos, sobre eles mesmos, um verdadeiro trabalho pessoal a propósito de suas atitudes quanto aos laços sociais, às leis e ao outro.¹¹⁴

Com relação à mediação utilizada na justiça, Jean-François Six destaca o exemplo da legislação francesa. A promulgação da Lei n.93-2, de 4 de janeiro de 1993, consagrou a prática da mediação, e a Lei n. 95-125, de 8 de fevereiro de 1995 - relativa às organizações das jurisdições e do processo penal, civil e administrativo, muito criticada por desejar apenas desobstruir os tribunais e não definir nem diferenciar a conciliação da mediação - confirmou a utilização de tal prática. Six também esclarece que o Ministério Público francês já fazia uso da mediação de forma experimental há mais de quinze anos, retomando a antiga tradição mediativa que consiste em procurar a paz social por meio do acordo entre as partes e critica acidamente a Lei promulgada, por entender que ela traz consigo, a mesma idéia fixa de desafogar os tribunais, utilizando-se muitas vezes de um

¹¹² Cf. SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. 2001, p. 75-101.

¹¹³ Id., Ibid., p. 103-119.

¹¹⁴ Id., Ibid., p. 118-119.

terceiro incompetente para coordenar o trabalho de mediação.¹¹⁵ Nesse sentido o autor destaca que,

(...) A mediação pede uma formação específica; o desejo que têm as pessoas incompetentes em direito ou a segurança que têm as pessoas muito competentes em direito não fazem delas, como por magia, mediadores. Dir-se-á que as formações em mediação são dadas. Sim, três dias aqui ou cinco dias ali: isto é sério? E qual programa de conjunto, qual conteúdo é dado nestas pseudoformações? Como não desejar que os juízes se dirijam a verdadeiros mediadores que tenham recebido uma verdadeira formação? Mas sabe um juiz, de pronto, o que é a função de mediação? Sabe ele reconhecer, de imediato, aqueles que são aptos? Pensa ele que suas escolhas pessoais e a unção que dará são suficientes para garantir o valor real de um mediador, digno deste nome?¹¹⁶

A crítica de Jean-François Six, não se limita à Lei francesa, critica à própria justiça, vista aqui como Poder Judiciário e a vinculação de uma mediação concreta no ambiente judicial. Segundo Six,

Os magistrados não podem ser senão muito sensíveis ao assalto desta “jurisdição de emoções” que colocam as mídias em busca de um necessário “processo de simbolização” e “de uma certa ética da colocação em narrativa”. Eles podem, então, compreender que a mediação que propõem a duas partes deve, para existir, ter mesmo um espaço-tempo. Um tempo: um lugar de mediação, a qual por definição é independente, ou ainda, deve ser independente; não pode ser um anexo do tribunal, nem o sótão ou o porão de um Palácio da Justiça. Um tempo: este deve ser medido também pelas duas partes e pelo mediador. Como podemos conceber que um juiz vá “fixar” de antemão a “duração da missão de mediação ou conciliação” (...) E se certos mediadores aceitam este determinismo, é que não são mediadores, mas sim técnicos que vão, em dois ou três golpes de código penal, concluir o mais rapidamente possível, como um boxeador conclui, com o menor número de rounds possível.

Onde está então a mediação? Onde se coloca a possibilidade, para as duas partes, de uma tomada de consciência lenta, progressiva, carnal, se podemos dizer, do conjunto de seu problema? Não existe, então, mais do que um caso abstrato a resolver. Nenhum processo de responsabilização pessoal daqueles que estão presentes. E vai-se reduzir os mediadores a ser como certos médicos que devem “agir no ato”? Pode-se compreender, então, que isto é estritamente contraditório como a verdadeira mediação. Todo o mundo o diz, o Ministério da Justiça, os cidadãos comuns: “a lentidão atual da justiça é inaceitável.”¹¹⁷

O pensamento de Jean-François Six, trazido através da crítica ao exemplo francês de mediação atrelada ao Poder Judiciário, revela uma preocupação evidente ao tentarmos visualizar a mediação apenas como algo milagroso que será o remédio para os problemas enfrentados pelo judiciário. Nesse sentido é que

¹¹⁵ Cf. SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. 2001, p. 141-148.

¹¹⁶ Id., Ibid., p. 147-148.

¹¹⁷ Id., Ibid., p. 150.

defendemos o uso da mediação como forma de resolução de conflitos prévia e sem vínculos diretos com o Poder Judiciário porque, como em diversas passagens já se salientou, atualmente, no Brasil, o Poder Judiciário encontra-se afastado da realidade que se apresenta. O ambiente judiciário tornou-se extremamente burocrático e intimidador, porém, mesmo com tantos problemas, ainda é visto com grande credibilidade pela sociedade brasileira.

Servindo como poder garantidor dos direitos dos cidadãos, o Poder Judiciário possui credibilidade, mesmo com todos os problemas que enfrenta. Essa credibilidade, quando transmitida às instituições prévias públicas e privadas de resolução de conflitos, poderia ser essencial para que se fornecesse aos cidadãos o acesso pleno à Justiça. Não estamos aqui defendendo uma vinculação entre Poder Judiciário e essas instituições particulares ou públicas, o que defendemos é que, confirmando e colaborando com essas instituições, o judiciário poderia fiscalizar e promover a credibilidade necessária para que as instituições que oferecem os serviços de mediação e outras formas alternativas para a resolução de conflitos levem a bom termo esse serviço importantíssimo, em busca do acesso pleno à Justiça.

Por outro lado, o Poder Legislativo brasileiro poderia elaborar leis adequadas para a promoção do acesso pleno à Justiça, garantindo também, legalmente, a iniciativa da mediação, elaborando critérios gerais para que ela fosse utilizada de maneira mais adequada em nosso país.

O primeiro passo nesse sentido foi dado com a promulgação da Lei 9.307/96, que estipulou os critérios essenciais para a utilização da arbitragem no Brasil. A lei da arbitragem denota a evolução da legislação nacional ao oferecer aos cidadãos um novo meio para a solução de seus conflitos. Destacam-se na citada lei as características essenciais para a validade da convenção e da sentença arbitral, da competência das instituições arbitrais, as disposições gerais sobre o procedimento, disposições também gerais sobre a figura do árbitro, entre outras questões que possuem relevância e transmitem a segurança necessária aos cidadãos que desejem utilizar esse instituto.

No que concerne à mediação isso, entretanto, ainda não ocorreu. Passados mais de dez anos da promulgação da lei sobre a arbitragem, nenhuma lei específica sobre a mediação foi promulgada, deixando o instituto esquecido e sem

qualquer proteção. Mesmo com tantas dificuldades, é notório o aumento do uso e da criação de instituições que fornecem os serviços de mediação no Brasil.

Uma esperança que surge para que a mediação tenha total recepção em nosso ordenamento jurídico é o Projeto de Lei nº. 4.827 de 1998, de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que destaca os ditames gerais da mediação a ser utilizada judicial ou extrajudicialmente (Art. 3º), estendendo seu uso a toda a matéria que admita conciliação, transação, reconciliação tanto no âmbito civil como penal (Art. 1º, parágrafo único), destacando também que ela pode ser realizada por instituições que sejam criadas para tal fim (Art. 2º).

Para que tenhamos uma nova visão sobre a resolução dos conflitos sociais, que não devem ser compreendidos como simples disputas judiciais e também sobre os métodos alternativos e prévios ao Poder Judiciário para a solução dos conflitos, é necessário que o conceito de acesso pleno à Justiça seja objeto de reflexão e estudo a ser iniciado dentro das Academias de Direito espalhadas pelo Brasil. Nesse sentido a Universidade deve ser a principal fomentadora e incentivadora das formas alternativas e prévias de resolução de conflitos pois é ali que a pluralidade existente na sociedade se manifesta com maior vigor sendo necessário então um estudo mais aprofundado do próprio ambiente universitário e da sua importância como espaço ideal para a resolução de conflitos em busca do ideal pleno de Justiça.

CAPÍTULO III

3. O AMBIENTE UNIVERSITÁRIO E OS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA DAS FACULDADES DE DIREITO COMO ESPAÇOS PROPÍCIOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A SOCIEDADE CIVIL E A ACADEMIA JURÍDICA UNINDO FORÇAS EM BUSCA DA VERDADEIRA JUSTIÇA

Quando iniciamos o presente trabalho, tínhamos a intenção de caracterizar diversos pontos importantes para a defesa da mediação como instituto prévio ao Poder Judiciário para a resolução dos conflitos.

Nesse sentido, destacamos de maneira conceitual, através do posicionamento de diversos doutrinadores, a diferenciação entre Direito e Justiça, entre acesso à Justiça e acesso ao Judiciário, demonstrando que, atualmente, o Direito (entendido como o direito positivado ou o direito imposto) e o Poder Judiciário encontram-se afastados dos anseios da sociedade e incapazes de oferecer soluções à realidade diversificada que se apresenta. Num segundo momento, demonstramos, de passagem, a idéia inovadora do pluralismo jurídico que surge como proposta que substitui o tradicionalismo predominante na cultura jurídica de nosso país, apresentando-se como novo paradigma que adentra e ganha corpo no sistema jurídico nacional, defendendo a utilização das formas alternativas e extraprocessuais de resolução de conflitos, destacando, dentre elas, a mediação extraprocessual.

Defendendo a mediação, procuramos visualizá-la como método eficiente para a prevenção e solução dos conflitos e também registrar a importância de observá-la e utilizá-la como forma prévia ao Poder Judiciário na resolução dos conflitos. Nesse sentido defendemos o Projeto de Lei, ainda hoje não votado pelo Congresso Nacional, sobre a mediação, como maneira de oferecer maior credibilidade e garantias ao uso desse instituto pela população, lembrando sempre que foi isso que ocorreu com a arbitragem após a promulgação da Lei 9.307/96 que a instituiu de maneira sólida no Brasil.

Além do que já apresentamos, merece destaque a idéia de que o conceito de acesso pleno à Justiça deve ser fomentado desde a Faculdade de Direito, onde os alunos adquirem os conhecimentos necessários para a defesa dos direitos da sociedade e onde iniciam a reflexão crítica sobre o próprio Direito e sobre as formas de alcançarmos o ideal de Justiça.

Ganha destaque também a utilização atual da mediação em nosso país onde muitas instituições fundadas com base na Lei de Arbitragem também utilizam a mediação na tentativa de resolver os conflitos que lhes são apresentados. Mesmo não tendo as garantias que a lei deferiu à arbitragem, ganha força a utilização da mediação em nosso país, havendo, portanto, a necessidade de trazermos exemplos de instituições que utilizam a mediação e a arbitragem no Brasil, demonstrando assim o importante trabalho realizado por essas instituições e as possibilidades de convênios e da atuação social na resolução de seus conflitos.

3.1 O ambiente universitário como o ideal para a solução de conflitos: o ensino jurídico e a possibilidade de a sociedade ver-se no Estado

Um dos grandes obstáculos que se apresenta para a efetivação do acesso à Justiça é a distância existente entre a realidade vivida pelos necessitados e a apresentada pelo Poder Judiciário e pelo Governo.

A população, de longa data, vê-se à margem do Estado, considerando-o como um organismo distante, longe de sua realidade e nunca presente.

O atendimento prestado pelos entes públicos, que deveria buscar a integração entre o Governo e a população, não promove realmente a aproximação do cidadão com o Estado, mas sim os afasta, seja pelo atendimento burocrático e frio, seja pela imponência de suas repartições, nas quais o cidadão se sente constrangido para reclamar seus direitos, levando a impressão de que é o Estado que lhe presta um grande favor em atendê-lo.

Por seu lado, o ambiente universitário não parece tão amedrontador tendo em vista que os alunos se vêem como responsáveis por uma melhora na condição social do país. Nele o carente é tratado de modo mais humano, sentindo-se então mais seguro e confiante, de sorte que em uma simples conversa se consegue identificar as reais necessidades e problemas pelos quais passa aquela pessoa.

Segundo Elmara Lúcia de O. Bonini Corauci,

A universidade deve ser fonte de conhecimento, geradora de desenvolvimento regional, formadora de profissionais, mas, principalmente atuar como pólo de integração social da comunidade. Esta é uma das tarefas mais gratificantes entre as atividades realizadas diariamente por professores, estudantes, pesquisadores e gestores de uma instituição de ensino superior. Gratificante, pois nesta tarefa de prestação de serviços e responsabilidade social, os benefícios são visíveis e imediatos e comprovam que o compromisso social e a qualidade dos serviços prestados à população são recompensas obtidas por uma instituição que preza a valorização do ser humano em todas as suas dimensões.¹¹⁸

A transparência e a humanidade na forma do tratamento dado à comunidade que procura os atendimentos oferecidos pela Universidade fazem com que esse organismo, particular ou público, traga para perto da população os atendimentos que não encontram ou que encontram de maneira precária nos organismos estatais correspondentes.

Nesse sentido, quando ressaltamos a necessidade de um trabalho em conjunto - sociedade e Governo - e de um engajamento efetivo dessa sociedade, como ativa e participante nas transformações que a cada dia se apresentam, é necessário que seja destacada a importância do ambiente universitário no que tange à defesa e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. Inclusive, como já salientado, o direito fundamental de acesso pleno à Justiça que, mesmo estando determinado pelo preâmbulo e outras passagens de nossa Constituição, ainda hoje não tem real efetivação pelo Estado.

Para que esse direito fundamental possa ser realmente alcançado, é necessário, principalmente nos cursos de Direito, onde o estudo do Direito e da Justiça é mais evidente, que exista uma modificação ou transformação no ensino do Direito.

No curso de Direito, normalmente deixa-se de lado a crítica e exalta-se a posição tradicionalista de que o Direito é acima de tudo o aprendizado das leis. A formação para a cidadania, a formação humana do estudante do direito é, assim, relegada a segundo plano, ficando muito aquém do que a própria sociedade espera dos que escolheram tão importante carreira.

Segundo Celso Fernandes Campilongo,

As escolas de direito, na América Latina, assentam-se no trinômio “sala de aula – orador - código”. Tudo mesclado pela postura voluntarista, sacerdotal

¹¹⁸ CORAUCI, Elmara Lúcia de O. Bonini. **O papel social da universidade**. Jornal Interativo UNAERP. n. 37, abril de 2006. Ribeirão Preto, SP: UNAERP, p. 2.

e aristocrática de parcela significativa dos professores. Assim, ensino, pesquisa, extensão e crítica social – ou seja, funções elementares da Universidade – são substituídas, nas Faculdades de Direito, pela repetição a-crítica, retórica, a-histórica e excessivamente dogmática dos textos legais. Essa formação, supostamente técnica e centrada nas características gramaticais e estáticas das leis postas pelo Estado, menospreza as abordagens multidisciplinares. Não é sensível aos novos conflitos e movimentos sociais, às novas demandas por direito e justiça e, até mesmo, aos novos modelos de luta e organização jurídica da sociedade.¹¹⁹

Atualmente, mesmo com todas as dificuldades que se apresentam para a transformação dos cursos de Direito em todo o Brasil, novos pensamentos e ideais vêm ganhando força e já demonstram um novo caminho para o ensino do Direito no século XXI. Ganha força assim, a prática social, a interação faculdade de direito e sociedade, e se impõe à prática, voltada para a realidade social que bate às portas da academia, uma importância fundamental.

Nesse sentido, conforme palavras de Dalmo de Abreu Dallari,

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los.

A metodologia de ensino jurídico que prevalece na América Latina oscila entre dois vícios. Num extremo, o estudo limita-se à análise de doutrinas e doutrinadores, no plano das abstrações e do jogo intelectual, agredindo o estudante com uma profusão de autores e de teorias. E como o estudante não chega a perceber que utilidade tem esse conhecimento para o exercício de uma profissão jurídica, é natural que não tenha interesse e procure apenas memorizar, para uso a curto prazo, aquilo que é necessário para a conclusão do curso.

No extremo oposto, existem muitos professores que concebem e praticam o ensino jurídico como sendo a transmissão de informações sobre textos de códigos e leis. O professor lê o texto para os seus alunos, como se estes fossem analfabetos, e faz comentários breves e superficiais, que são pouco mais do que a releitura do texto por meio de sinônimos. Com esses tipos de preparo um aluno que opte, por exemplo, pela magistratura, terá grande dificuldade quando for obrigado a utilizar uma conceituação jurídica básica, para confrontar um texto de lei com os fatos e circunstâncias da realidade social, procurando a solução jurídica e justa para o conflito. E como são muitos os cursos que utilizam essa metodologia, existem boas razões para

¹¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia. **Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.127.

que se diga que cabe muita responsabilidade às escolas de Direito por deficiências de profissionais das áreas jurídicas, inclusive magistrados.¹²⁰

Ainda hoje, a preocupação maior dos professores que lecionam nos cursos de Direito, remete-se à vinculação do ensino apenas ao direito positivado, tornando seus alunos conhecedores de leis, mas incapazes de refletir sobre o conceito fundamental de Justiça.

A prática e a pesquisa são, na maioria dos casos, postas de lado, e trabalhos comunitários nem sempre são vistos com bons olhos pela Academia Jurídica. Urge destacar que o aprendizado de leis, afastado do olhar crítico voltado para a realidade social que se apresenta aos olhos dos alunos de Direito, não ocasiona um aprendizado completo.

Segundo André Macedo de Oliveira,

A submissão ao instituído no processo educativo é o ajustamento, uma adaptação àquilo que numa determinada sociedade se encontra na dimensão do instituído, no que está posto. No ensino jurídico é o caso de ficar preso ao conteúdo das normas e de transmiti-lo acriticamente, ou seja, passar aos discentes exatamente aquilo que interessa à manutenção do sistema e não problematizar o conteúdo do ensino bem como o sistema educacional, sócio-político e econômico. Conforme Agostinho Ramalho, “ensina-se de tal maneira que até pode levar a problematizar algumas coisas, menos o ensino que se faz enquanto tal.” Em suma, é subordinar o educando ao instituído, padrões de comportamento, que são padrões estéticos, visões de mundo, ideologias, modos de pensar, modos de sentir, estruturas mentais.¹²¹

O aluno que escolhe galgar os caminhos do Direito sem a visão crítica, submetido assim, ao padrão instituído e predominante do formalismo, cai no mercado de trabalho e na vida profissional alienado das dificuldades e entraves que se apresentam, das necessidades e anseios da população e não consegue senão tornar-se um positivista extremo que não percebe o quão importante e essencial é a profissão que escolheu.

Para Renata Malta Vilas-Bôas,

(...) o curso de Direito não é meramente um punhado de normas jurídicas que devem ser decoradas, mas sim, um conjunto de normas jurídicas que estão o tempo todo interagindo com as diversas ciências existentes, e muitas das normas existentes são criadas em razão dessas outras ciências, (...). Essa visão do Direito é primordial para que o estudante possa

¹²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 1996, p.28-29.

¹²¹ OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 102.

compreender o universo que o cerca e conseqüentemente o universo jurídico.¹²²

Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari, que demonstra a importância da pesquisa e da prática na vida do estudante de Direito,

A par disso, o curso de Direito deve propiciar ao estudante a possibilidade de efetuar estágios e pesquisas, a fim de que ele possa conhecer, através da prática, quais são as verdadeiras características de cada área profissional e que tipo de preparo se faz mais necessário para cada uma. O oferecimento dessa oportunidade aos estudantes não é difícil nem oneroso. Basta que as escolas de Direito celebrem convênios com entidades públicas da área jurídica ou que tenham um setor jurídico, para que elas recebam estagiários. Além do que, cada Faculdade de Direito deve manter um funcionário encarregado de ajudar o aluno a preparar e encaminhar pedidos de bolsa de pesquisa ou treinamento para iniciantes, as quais são concedidas por entidades como o Conselho Nacional de Pesquisas e as Fundações de Amparo à Pesquisa, que já existem em muitos Estados brasileiros.¹²³

Assim, destacamos a importância dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito como o ambiente mais apropriado para que a interação faculdade e sociedade seja realmente realizada. O ensino jurídico, indispensável para toda a comunidade, deve despertar no aluno de Direito a reflexão, buscando, acima de tudo, uma formação mais humanística do profissional do Direito, principalmente no que diz respeito ao acesso pleno à Justiça.

Segundo André Macedo de Oliveira,

Outro papel do Núcleo de Prática Jurídica é o seu espaço alternativo de construção de um direito crítico, que deve servir como instrumento de libertação e não de opressão e sua relação com as entidades e o movimento de direito humanos. A falta de informação é um dos grandes empecilhos para que as comunidades marginalizadas efetivem seus direitos. Dessa forma, surge a necessidade de construção de trabalhos de assessoria jurídica popular, que poderá ser realizada através dos Núcleos de Prática Jurídica, como forma de prestar à comunidade orientações sobre seus direitos. Estudantes, voluntários e professores poderão atuar diretamente na comunidade, sobretudo com demandas coletivas, desenvolvendo um trabalho cooperativo e solidário, que poderá despertar uma visão crítica do direito e da realidade social nos estudantes. O Núcleo tem também o papel de socializar o conhecimento jurídico através da educação para a cidadania e sua relação com a comunidade. Educar

¹²² VILAS-BÔAS, Renata Malta. O ensino jurídico e a resolução n. 9/04. **Revista Prática Jurídica**, ano V, n. 49, 30 de abril de 2006, Brasília: Consulex, p. 25.

¹²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 1996, p.29.

para a cidadania e o relacionamento com a comunidade na qual o Núcleo está instalado.¹²⁴

O Núcleo de Prática, que será analisado mais profundamente no próximo item, é o espaço para que a prática e a pesquisa em Direito aconteçam. Indispensável para o aluno, indispensável para toda a comunidade, visa demonstrar que apenas o engajamento solidário e a visão não restritamente teórica podem despertar no aluno o anseio de uma Justiça para todos.

3.2 Núcleos de Prática Jurídica - A dinâmica de uma justiça democrática: A importância do NPJ para o acesso pleno à Justiça

Com o advento da Portaria nº. 1886, de 30 de dezembro de 1994, revogada pela Resolução nº. 9, de 29 de setembro de 2004, do Ministério da Educação e do Desporto, foram fixadas as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos, passando o estágio de prática jurídica a integrar o currículo dos cursos de Direito nas faculdades. Pela nova Resolução, essas atividades práticas deverão ser desenvolvidas pelos próprios alunos, de forma simulada e real, com supervisão e orientação do Núcleo de Prática Jurídica de cada faculdade.

Segundo André Macedo de Oliveira, conforme o disposto no artigo 10, parágrafo primeiro, da portaria revogada, o Núcleo de Prática Jurídica, do qual faz parte o Escritório Modelo de Aplicação, deve ser caracterizado com instalações adequadas para desenvolver atividades referentes à advocacia, magistratura, ministério público e demais profissões jurídicas, além de atendimento ao público carente. Essas atividades, exclusivamente práticas, de acordo com o artigo 11, consistem em atuação em audiências e sessões, redação de peças processuais, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociação coletivas, arbitragens e conciliação. Todas elas controladas, orientadas e avaliadas pelos professores ligados ao Escritório Modelo de Aplicação do Núcleo de Prática Jurídica.¹²⁵

¹²⁴ OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. 2004, p. 136.

¹²⁵ Id., *Ibid.*, p.49-50.

Atualmente, com a entrada em vigor da nova Resolução, poderíamos imaginar que diversas alterações no que diz respeito aos Núcleos de Prática Jurídica pudessem ter acontecido, o que observamos, porém, foi o reforço na realização dos convênios com outras entidades públicas ou privadas, instituições de ensino ou escritórios de advocacia, para que os alunos possam realizar o estágio supervisionado, bem como a preocupação essencial de se implantar, dentro da própria Faculdade de Direito, serviços de assistência judiciária e de própria assistência jurídica. É importante salientar que a idéia do estágio supervisionado estende-se também a outros órgãos, como Ministério Público e Defensoria Pública, sendo possível que os alunos realizem o estágio, de maneira complementar, nessas instituições ou em outros órgãos responsáveis pela defesa dos direitos dos cidadãos.¹²⁶

Desde a vigência da Portaria nº. 1886, de 30 de dezembro de 1994, passando-se pela Resolução nº. 9, de 29 de setembro de 2004, do Ministério da Educação e do Desporto, objetivou-se, através de diálogos e debates entre a Comissão de Especialistas responsáveis pela transformação do ensino jurídico, delinear o perfil necessário para o novo bacharel em Direito. Nesse sentido, segundo André Macedo de Oliveira,

(...) o perfil desejado para o formando de direito segundo a Comissão funda-se numa formação geral e humanística, com capacidade de análise e articulação de conceitos e argumentos, de interpretação e valoração dos fenômenos jurídico-sociais, paralela a uma postura reflexiva e visão crítica que proporcione trabalho em equipe.

¹²⁶ Para melhor esclarecimento do tema, faz-se necessário considerarmos o artigo 7º da Resolução n.º 9, de 29 de setembro de 2004, que assim dispõe:

“Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

Parágrafo 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com a regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES, para a avaliação pertinente.

Parágrafo 2º As atividades de Estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considera-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.”

Desejou a Comissão ainda um perfil que desenvolvesse a aptidão para uma aprendizagem autônoma e dinâmica, qualificando o formando para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania. De acordo com a Comissão, o curso de direito deve proporcionar condições para que o formando possa, ao menos, atingir as seguintes características em sua futura vida profissional: (i) permanente formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais; (ii) conduta ética associada à responsabilidade social e profissional; (iii) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do direito a partir da constante pesquisa e investigação; (iv) capacidade para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as demandas individuais e sociais; (v) capacidade de desenvolver formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos; (vi) capacidade de atuação individual, associada e coletiva no processo comunicativo próprio ao seu exercício profissional; (vii) domínio da gênese, dos fundamentos, da evolução e do conteúdo do ordenamento jurídico vigente; e (viii) consciência dos problemas de seu tempo e seu espaço.

Num primeiro olhar, a Comissão foi fundo nos principais problemas apontados na crise do ensino jurídico fomentada a partir de 1950. A visão positivista dos fenômenos jurídicos, a aula magistral ou estilo coimbrã como ressaltam alguns autores, sem uma visão crítica e o resgate da autonomia do estudante foram esgotadas com a previsão desse perfil. As diretrizes apontadas pela Portaria do MEC e a partir do perfil delineado pela Comissão de Especialistas, os parâmetros para uma preparação do bacharel passaram a conter uma nova roupagem, com ênfase na capacidade de reflexão crítica e numa formação humanística.¹²⁷

Ante o exposto, nota-se claramente que os objetivos principais fixados pela antiga Portaria e os da nova Resolução confundem-se, na medida em que visam produzir no aluno, através da atividade realizada, uma visão crítica do fenômeno jurídico, com o fim de habilitá-lo ao raciocínio jurídico adequado à aplicação do Direito à realidade social. É daí que se observa a importância do Núcleo de Prática Jurídica e de seus órgãos - Núcleo de Pesquisa e Extensão e o Escritório Modelo de Aplicação - como fundamentais para o aprendizado geral e completo do aluno de Direito.

Essa visão de uma aprendizagem completa do aluno de Direito, demonstra a importância da reflexão e da construção crítica do Direito. Indo além da sala de aula, onde os conhecimentos teóricos essenciais são oportunizados, chega ao Núcleo de Prática Jurídica, Pesquisa e Extensão que oferece aos alunos a prática simulada e a real, propiciando o engajamento social através do Escritório Modelo de Aplicação e dos Projetos de Extensão vinculados ao Núcleo de Prática e Pesquisa Jurídica.

¹²⁷ OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. 2004, p.50-51.

Segundo André Macedo de Oliveira, em referência a sua experiência prática no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Brasília,

(...) objetiva o Núcleo da Faculdade (i) proporcionar aos alunos de graduação a visão crítica do direito, a partir de múltiplas práticas relacionadas à sua área de formação acadêmica, assegurando a abordagem multidisciplinar; (ii) qualificar o aluno do curso de Direito para o exercício profissional, propiciando-lhe o aprendizado das práticas jurídicas e ética; (iii) desenvolver atividades, junto à comunidade, de orientação para o exercício da cidadania e educação para os direitos humanos; (iv) exercer a negociação e a arbitragem como técnicas de resolução de conflitos; (v) atender demandas coletivas, propiciando o surgimento e fortalecimento dos sujeitos coletivos de direito; e (vi) relacionar-se com entidades governamentais e não governamentais, facilitando a existência de convênio e parcerias que possam trazer benefício à comunidade em qualquer das perspectivas de atuação do NPJ.¹²⁸

Os princípios norteadores acima destacados dizem respeito ao Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Brasília, todos eles podem, entretanto, ser utilizados como princípios basilares de qualquer Núcleo de Prática Jurídica. Assim, há de se salientar a importância da realização de convênios com instituições governamentais e não governamentais e, também, a realização, dentro do próprio Núcleo, de técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos.

Mantendo a linha de nossa pesquisa, não buscaremos aqui determinar ou verificar qual a atuação específica dos Núcleos de Prática Jurídica, Pesquisa e Extensão e dos seus Escritórios Modelo de Aplicação, pois, conforme a instituição, conforme a região em que se encontram, pode haver uma variação. O principal objetivo é demonstrar o que é realizado pela universalidade de atuações, sem individualizá-las.

Visto isso, é importante analisarmos todos os órgãos que compõem o Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) das Faculdades de Direito, demonstrando a importância de cada um na formação jurídica e humanitária do aluno de Direito.

Iniciando pelo Escritório Modelo de Aplicação, poderíamos assinalar que a realização da prática processual e jurídica simulada ou real, através do atendimento às pessoas carentes, é indispensável para o ensino jurídico. O Escritório Modelo, que é um dos órgãos do Núcleo de Prática Jurídica, conforme lição de Luiz Marlo de Barros Silva, não tem a função de defender uma pessoa por simples defesa, mas esta deve se associar ao ensino jurídico. Ele é fundamental e

¹²⁸ OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. 2004, p. 148.

sua existência é necessária, porque a teoria dada em sala de aula não deve ser dissociada da prática, que tem seu lugar próprio no Escritório Modelo. Deve-se ter em mente que a experiência teórica é muito importante, porém a prática ensina como se utilizar da teoria para alcançar os objetivos de construção de uma sociedade melhor e de uma Justiça voltada para o contexto social.¹²⁹

Além de dar ao estudante do curso de Direito a oportunidade de pôr em prática seus conhecimentos jurídicos, os Escritórios Modelo também prestam assistência jurídica aos economicamente carentes, e viabiliza conhecimento prático jurídico ao acadêmico, ao mesmo tempo que dá retorno à sociedade, de forma que esta seja amparada, em sua camada mais carente, nas necessidades jurídicas que a afligem.

Esse retorno à sociedade é reflexo da interação que deve existir entre o curso jurídico e a comunidade que o cerca. Pode-se dizer que há uma interdependência entre sociedade e aluno, pois ao mesmo tempo em que aquela recebe atendimento jurídico qualificado, o estudante amadurece com o trato dos problemas sócio-jurídicos. O bacharel em Direito não pode ficar distante da realidade social: há que nele se fazer presente a consciência crítica da sociedade da qual o bacharel participa.

O atendimento ao público realizado pelo Núcleo de Prática Jurídica, através do Escritório Modelo de Aplicação, por ser direcionado às pessoas carentes, leva necessariamente os estudantes a observar não apenas a causa jurídica apresentada, mas também todos os fatores que possam influir na situação pessoal do atendido. Assim, o olhar do aluno vai além da separação, do divórcio, da reclamação trabalhista, chegando, sobretudo, aos problemas humanos e ao quadro social do necessitado. Nesse sentido, de forma a combater e a encontrar alternativas para a omissão do Estado quanto à implantação dos meios necessários para a efetivação do acesso à Justiça, ganha força, e é indispensável o diálogo com a comunidade que, acima de qualquer visão individual do atendimento, se encontra na base do trabalho realizado pelo Escritório Modelo de Aplicação.

¹²⁹ SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O Escritório Modelo como instrumento de efetivação da garantia constitucional da assistência jurídica gratuita.** Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito, 2000. Tese de Doutorado, p. 202.

Esse conjunto de situações faz o estudante de Direito ter maior noção da sociedade em que vive, sobretudo no que se refere às mazelas da classe economicamente carente de nossa sociedade.

Ao longo dos anos, e ao largo das transformações que se impõem pela própria vontade social, os Escritórios Modelo de Aplicação das Faculdades de Direito têm tido um papel fundamental para a concretização do princípio constitucional do acesso efetivo à Justiça por parte dos necessitados.

Os Núcleos de Prática Jurídica, Pesquisa e Extensão oferecem ao aluno de Direito um ensino completo preocupando-se não só com o aprendizado de questões jurídicas, mas também com o aprendizado para a vida.

Os Escritórios Modelo das Faculdades de Direito, órgãos vinculados ao Núcleo, já atenderam milhares de pessoas. Esse atendimento abrange, em sua grande maioria, as áreas do Direito Civil (principalmente em relação ao direito de família e das sucessões) e do Direito Penal. Na atualidade, outras áreas também começam a ganhar corpo no atendimento dos Escritórios Modelo, tais como as áreas do Direito Previdenciário, da Infância e Juventude, Trabalhista, entre outras.

O atendimento nos Núcleos de Prática Jurídica, conduzido pelo Escritório Modelo de Aplicação, começa na orientação jurídica e somente se encerra com o trânsito em julgado da sentença, estendendo-se, caso necessário, até a fase recursal.

Os clientes são todos cadastrados e passam por uma triagem. A grande maioria dos que recorrem aos Núcleos sentem-se plenamente satisfeitas com os serviços prestados e se têm outro problema, não hesitam em novamente procurar os Escritórios Modelo para sua defesa.

Comumente poderíamos levantar a hipótese de que o atendimento realizado no âmbito dos Escritórios Modelo de Aplicação seria um atendimento precário, tendo em vista a utilização de universitários, principalmente do curso de Direito, como responsáveis pelo atendimento.

Discordamos dessa postura: os alunos do curso de Direito que fazem o atendimento estão comprometidos e preocupados com a qualidade de suas ações, tanto por terem ciência da responsabilidade e importância do serviço prestado, quanto, por estarem atuando de maneira voluntária e, ainda, por não trabalharem sozinhos. Cada estudante ou grupo de estudantes conta com o auxílio de um professor orientador, que é responsável por determinada área, nunca

deixando de verificar e orientar cada trabalho realizado pelos alunos, quando do atendimento aos carentes.

Ao atendimento processual prestado aos carentes, somam-se o serviço de orientação e de mediações extrajudiciais. A importância desses atendimentos pré-judiciais evidencia-se em razão de que, muitas vezes, o problema apresentado pode ser resolvido sem que se necessite da tutela jurisdicional do Estado.

Cabe ressaltar ainda que no Escritório Modelo, a par do atendimento das necessidades jurídicas do cidadão, existe o acompanhamento prestado por profissionais de outras áreas, como psicologia e assistência social, que tem por função fornecer ao carente um atendimento paralelo no campo social, uma vez que, em certos casos, o usuário demonstra a necessidade de um amparo mais amplo, que poderá ir da verificação periódica da sua vida social à situação familiar e, até mesmo a psicológica.

O Escritório Modelo funciona como instrumento não só de efetivação da garantia constitucional da assistência jurídica gratuita, mas, também, como instrumento de conscientização dos setores sociais menos favorecidos de seus direitos, a fim de que tenham o conhecimento necessário para reclamá-los.

Além dessas vantagens que são presentes no trabalho realizado pelo Escritório Modelo, outras mais devem ser levantadas. A primeira é a existência dentro da própria Universidade, dependendo da instituição, de profissionais com condições para efetuar perícias em processos judiciais, sem qualquer custo ao carente. Outra vantagem seria a proximidade entre a faculdade e o meio social do carente, pois o ambiente universitário é popular e menos formal do que qualquer ambiente estatal.

O grande problema enfrentado pelos Núcleos de Prática Jurídica é, sem dúvida, o grande número de pessoas que procuram os seus serviços em razão da ausência de atendimento em outros órgãos públicos. Muitas deixam de ser atendidas porque esses Núcleos não possuem estrutura suficiente para atender demandas que, muitas vezes, deixam de ser apenas locais e se transformam em demandas regionais, e também por existir a preocupação de o atendimento estar relacionado diretamente com o ensino jurídico, devendo primar não pela quantidade e, sim, pela qualidade do atendimento que é prestado.

É importante verificar que a existência do atendimento prestado aos necessitados pelos Núcleos de Prática Jurídica não exime o Estado de seu dever constitucional de oferecer à população carente as condições necessárias para que tenha acesso efetivo à Justiça. O atendimento prestado pelos Escritórios Modelo não tem e não deve ter a pretensão de substituir os órgãos públicos (no caso a Defensoria Pública, INSS, entre outros) que têm o ônus de prestar assistência aos economicamente carentes. Tendo uma função supletiva aos órgãos públicos, têm também a função principal de dar ensino prático ao estudante de Direito, fazendo com que este saia da faculdade como um profissional mais qualificado e certamente mais preocupado e atento às questões relacionadas às classes menos favorecidas.

Apesar de prestarem um importante serviço, esses Núcleos ainda hoje não conseguem atender a demanda crescente de usuários, principalmente por não estarem presentes em todos os municípios do Brasil, e por não receber, muitas vezes, qualquer subsídio do Estado.

Com o intuito de solidificar a aplicação do ensino e pesquisa para contribuir com a melhora da qualidade de vida da população, a Resolução nº. 09/2004 implementou a possibilidade de convênios complementares que propiciem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica. Assim, oferece à população economicamente carente os benefícios resultantes da pesquisa científica, tecnológica e cultural gerados no curso jurídico, ao mesmo tempo em que treina os futuros profissionais da área jurídica para identificar, na realidade, o desempenho profissional atual, diverso do antigo pensamento que enfatizava a teoria em detrimento da prática.

Essa Resolução do Ministério da Educação e do Desporto determina, em seu artigo 7º, parágrafo primeiro, que as atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas judiciárias e sindicais, que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria instituição de ensino superior.

É importante salientar, porém, que, um trabalho em conjunto entre entidades públicas e privadas e a Universidade, somente poderá ser realizado quando existir uma troca de experiências entre os seus participantes. Um dos meios de se realizar plenamente esse objetivo seria aglutinar, em um mesmo local, o

atendimento da Defensoria Pública e do Escritório Modelo. Assim, o Defensor Público atuaria em parte no judiciário, como advogado dos carentes; em parte no Núcleo de Prática Jurídica, como coordenador das atividades, juntamente com outros professores orientadores, remunerados de forma complementar pelo Estado. Poderia contar também com a participação de Organizações da Sociedade Civil, Mediadores e Árbitros, Ministério Público, com a possibilidade de se criar nesses Núcleos, Centros de Mediação Comunitária, Centros de Prestação de Serviços Assistenciais e através de convênios com o Tribunal de Justiça, Varas especializadas da justiça, como para atendimento previdenciário, do consumidor, da família, da criança e do adolescente, oportunizando um atendimento mais completo ao cidadão. Deveria ainda contar com o apoio governamental, tendo em vista que apenas com o benefício de subsídios de ordem financeira e organizacional poder-se-ia realizar o objetivo primordial de oferecer a um maior número de pessoas a oportunidade efetiva de acesso à Justiça.

A proximidade do Núcleo com a realidade social das partes também contribui para a qualidade do atendimento prestado pois traz toda a estrutura do judiciário para um ambiente menos formal, dando às partes uma maior segurança, fazendo assim com que elas realmente se sintam mais próximas da Justiça. Como já foi dito, um dos grandes entraves ao acesso efetivo à Justiça diz respeito aos ambientes intimidadores dos Fóruns e Tribunais, onde a figura dos juízes, promotores e advogados sempre são vistas como opressoras, o que faz com que as pessoas pobres, que normalmente têm certa dificuldade de aproximação dos ambientes que lhes parecem distanciados de suas realidades, sintam-se constrangidas e sem um mínimo de confiança, perdidas em um mundo que parece não ser o delas.

Ressalte-se ainda a importância da criação das varas universitárias, centros de mediação e arbitragem e grupos de pesquisa em várias áreas jurídicas dentro dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, pois, trabalhando em conjunto com o Estado, através de instituições públicas essenciais como a Defensoria Pública, o Ministério Público, e também com a sociedade, através de organizações não-governamentais, sindicatos, conselhos comunitários, poderemos criar uma nova concepção de Direito e de Justiça, de Poder Judiciário, de assistência jurídica aos carentes e de Universidade, favorecendo sem dúvida o acesso pleno à Justiça neste país. Essa é uma nova realidade e os exemplos

apresentados podem muito auxiliar na criação de novas experiências, semelhantes ou não, que busquem ser alternativas viáveis à efetividade do acesso pleno à Justiça.

Por outro lado, visualizam-se também, como atividades relevantes do Núcleo de Prática, Pesquisa e Extensão, as pesquisas e os trabalhos críticos que devem ser motivados, trazendo ao aluno de Direito importantes verificações sobre a essência do seu curso, a necessidade de seu comprometimento, a crítica construtiva, para que mudanças sociais, em busca do acesso pleno à Justiça, possam ocorrer.

Destaca-se aqui que o estímulo dos professores da área jurídica para motivar o seu alunado a pesquisar é indispensável e essencial. Segundo Deisy Ventura,

No plano da motivação, cabe ao professor despertar no aluno a paixão pelo aprofundamento de seus conhecimentos através da pesquisa, pelo contato construtivo e solidário com a realidade através da extensão, e pela aplicação prática de seus conhecimentos por meio de atividades reais e simuladas de prática judiciária.¹³⁰

Como já mencionamos, os convênios realizados entre a Faculdade de Direito, as instituições públicas e as privadas, com o advento da Resolução n. 9, apresentam-se como de extrema importância para o aprimoramento e complementação dos conhecimentos dos alunos de Direito. Esses convênios, como possibilidade de trabalhos de extensão, objetivam, acima de tudo o aprendizado dos alunos, que não devem, portanto, serem transformados em simples estagiários, afastados de discussões reflexivas, burocratizados pelo sistema judiciário. Os estágios extracurriculares continuam tendo importância, mas é indispensável que eles tragam aos futuros profissionais do Direito uma visão ampla do fenômeno jurídico que permeia as relações sociais.

Para Deisy Ventura,

Assim, a escola deve disputar com ardor o tempo extraclasse de seu aluno com a tendência que este possui de procurar estágios extra-curriculares não-remunerados junto a diversos tipos de profissionais do Direito, especialmente do Poder Judiciário.

O aluno torna-se mão-de-obra barata e raramente recebe daquele que o acolhe uma formação adequada, especialmente do ponto de vista pedagógico.

¹³⁰ VENTURA, Deisy. **Ensinar direito**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 85.

A ânsia por experiências deve ser trabalhada pela escola e canalizada para as atividades oferecidas, devidamente contextualizadas e acompanhadas no quadro pedagógico construído para esse fim.¹³¹

Assim, é necessário que a faculdade forneça aos alunos de Direito, através de seu Núcleo de Prática Jurídica, possibilidades para que a pesquisa se torne motivadora, despertando nos alunos o desafio de repensar o Direito, sabendo eles que, suas vidas como profissionais, serão repletas de constantes e renovados desafios.

3.3 A mediação extraprocessual aplicada ao NPJ

Como já especificado, o Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades de Direito possui enorme importância destacando-se como ambiente propício para o aprendizado crítico e prático do aluno de Direito.

Resgatando o humanismo e oferecendo possibilidades de um diálogo entre o aprendizado das teorias e a realidade social, o Núcleo fomenta o nascimento de um vínculo crescente entre o estudante de Direito e a comunidade. O contato com a realidade social transforma o aluno em propagador de novas idéias, em defensor dos anseios de sua comunidade, tornando-o um defensor do acesso pleno à justiça.

Com o apoio dos professores o aluno é motivado a refletir sobre os problemas sociais que se apresentam, em um ambiente onde a crítica construtiva é estimulada: novas formas de proteção e efetivação dos direitos fundamentais são buscadas, o acesso pleno à justiça ganha importância e o Núcleo de Prática Jurídica aparece como de extrema importância como formador de uma consciência cidadã não só nos alunos de Direito a qual deve ser passada a toda a comunidade.

Segundo André Macedo de Oliveira,

(...), o Núcleo tem como papel formar quadros para o movimento social, relacionar-se com ele, incluindo organizações não governamentais, sindicatos e associações de bairro e fomentar o vínculo entre o estudante de direito e a comunidade. Esse vínculo poderá proporcionar a humanização e sensibilização dos estudantes para as questões sociais,

¹³¹ VENTURA, Deisy. **Ensinar direito**. 2004, p. 86.

saindo, assim, dos muros da Universidade e um olhar para o direito como um dado da realidade.¹³²

Até aqui destacamos a necessidade de buscar meios que possam efetivar o acesso pleno à Justiça por parte da população brasileira, principalmente dos mais necessitados, e defendemos os meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente a mediação extraprocessual, como os mais adequados para essa efetivação. Ainda demonstramos a importância dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, relacionamos a necessidade de realização de convênios entre o NPJ e instituições das mais variadas e destacamos que, através da reflexão dos alunos, que tem como ambiente apropriado o Núcleo, poderemos aproximar o Direito da realidade que se apresenta, buscando, assim, resgatar o ideal de uma Justiça plena e para todos.

Através dessa reflexão, trazemos agora, para a discussão, a possibilidade de transformar o Núcleo de Prática Jurídica num dos espaços mais apropriados para implementarmos as formas alternativas (extraprocessuais) de resolução de conflitos.

Como já se ressaltou, a Resolução n.9, de setembro de 2004, confirmou a onda de inovação e transformação, planejada e delineada pela Comissão de Especialistas, responsável pela transformação do ensino jurídico, a partir dos trabalhos para a elaboração da Portaria nº. 1886, de 30 de dezembro de 1994, objetivando, através de diálogos e debates, o delineamento do perfil necessário para o novo bacharel em Direito.

A partir dali, destacaram-se inovações interessantes na parte de convênios das faculdades com instituições públicas ou privadas. Motivou-se a prática, a pesquisa e a extensão e, com a nova resolução de 2004, novas disciplinas despontaram como importantes no eixo de formação fundamental do curso do Direito.

Uma das novas disciplinas destacadas como relevantes para o aprendizado completo do aluno de Direito é, conforme artigo 5º, inciso I, da Resolução n.9, a Psicologia, mais precisamente a Psicologia Forense.

Sem dúvida nenhuma, o aluno de Direito que estará tratando de problemas surgidos nas relações humanas, deve possuir, ao menos basicamente,

¹³² OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. 2004, p. 137.

conhecimentos essenciais sobre o pensamento, sobre o sentimento, sobre as relações conflitivas que são comuns ao ser humano.

Segundo Renata Malta Vilas-Bôas,

A terceira disciplina que veio a inovar o eixo de formação fundamental é a Psicologia, e precisamente a psicologia jurídica ou forense. O Conselho Federal de Psicologia reconhecendo a importância dessa vertente transformou essa disciplina em especialização, definindo como aquele profissional que irá exercer suas atividades no âmbito da Justiça, seja planejando ou executando políticas públicas bem como interagindo nos diversos ramos jurídicos conforme a necessidade, levando sempre em conta os aspectos psicológicos de cada um dos envolvidos, como por exemplo, auxiliando na avaliação e assistência aos menores e seus familiares, atendimento aos detentos etc.

Se eu tenho um profissional formado em psicologia que irá realizar essas atividades, precisamos ter um profissional da área jurídica capaz de compreender essa função e a sua forma de atuação para que juntos possam desenvolver e atingir o fim maior que é buscar realizar a justiça.

Ao analisar os elementos da psique humana o estudante de Direito terá mais ferramentas para analisar as pessoas envolvidas, poderá dispor de um número maior de informações acerca daquele indivíduo utilizando os elementos da Psicologia jurídica, como por exemplo se dominar a técnica da linguagem corporal.

Com isso vislumbramos que o Conselho Nacional de Educação – MEC, pretende que o estudante de Direito possa ter um conjunto de conhecimento diverso que o permite a transitar entre os diversos ramos do Direito, mas mais do que isso que permite que ele faça a interação entre o homem e o Direito, com suas diversas nuances e aspectos.¹³³

Nesse sentido, o exemplo norte-americano pode ser bem aproveitado. Segundo Christopher W. Moore,

No final da década de 1980, vários colégios e universidades começaram a oferecer programas reconhecidos em administração de conflito e mediação. Neste contexto, o *reconhecimento* implica no cumprimento de um número prescrito de horas de freqüência aos cursos e não implica, necessariamente, um nível específico de competência como mediador. Os professores destes programas podem ser mediadores da comunidade local, que ensinam em tempo parcial, mas em vários cursos universitários e profissionalizantes os instrutores podem ser acadêmicos com pouca experiência na prática real da mediação.

As faculdades profissionais de direito, administração, assistência social e planejamento urbano também começaram a oferecer cursos sobre mediação e outros tipos de resolução de disputas (Savage, 1989). Alguns destes são seminários gerais informam os alunos sobre vários procedimentos de administração de conflitos, enquanto outros concentram-se especificamente na mediação. Estes programas acadêmicos proporcionam um estudo profundo do processo de mediação. Algumas faculdades têm instituído clínicas de mediação ou se associado aos centros de mediação da comunidade local como um modo de integrar a teoria coma prática.

¹³³ VILAS-BÔAS, Renata Malta. O ensino jurídico e a resolução n. 9/04. 2006, p. 26.

Um número significativo de colégios e universidades têm começado a oferecer cursos sobre resolução de disputas e mediação, e poucos têm programas de grau especializado em análises ou administração de conflito. Um estudo realizado pela *George Mason University* identificou centenas de instituições de ensino superior que ofereciam cursos de administração de conflitos, estudos de paz e mediação. A maior parte destes cursos proporciona boas informações teóricas. Em geral, é necessário mais treinamento e prática além desses seminários para que os participantes estejam prontos para atuar com capacitação profissional.

Os programas oficiais, tanto no nível técnico quanto no nível de graduação, combinando teoria e prática, são ainda poucos em número. A maior parte dos programas ensina vários procedimentos de resolução de disputas, dos quais a mediação é um deles. Os programas que parecem melhor preparar os participantes para o trabalho no campo são aqueles que têm um componente ativo de prática clínica. Destaca-se nesta área o *Institute for Conflict Analysis and Resolution* da *George Mason University* que oferece programas abrangentes de mestrado e doutoramento e um consórcio de universidades na área de Boston, informalmente associadas com o Programa de Negociação de Harvard que oferece vários cursos regulares e programas oficiais em temas tradicionais com uma ênfase na resolução de disputas.¹³⁴

O exemplo norte-americano demonstra claramente a importância e o destaque que as clínicas de resolução de disputas possuem no ambiente das Universidades. Além de seminários e pesquisas sobre o assunto, principalmente sobre a mediação, atualmente encontra-se também presente, nas Universidades e colégios norte-americanos, a prática da resolução alternativa de conflitos.

Nesse mesmo sentido, são as palavras de William C. Warters,

Uma extensão interessante das iniciativas de resolução de disputas no campus universitário foi o desenvolvimento de uma série de projetos que se expandem e fornecem serviços às comunidades em torno da universidade. Alguns desses programas concentram-se em disputas entre proprietários/inquilinos, sendo afiliados aos departamentos de moradia fora do campus universitário, como o Conselho de Arbitragem na área da Moradia na *Brigham Young University*, enquanto outros são patrocinados conjuntamente pelas prefeituras locais, como os Serviços de Mediação na área de Moradia patrocinados pela *University of Western Ontário, Fanshawe College* e a Cidade de Londres; e o Instituto de Justiça Comunitária, co-patrocinado pelo Serviço de Mediação Universitária Estadual Stockton e a prefeitura municipal. Outros projetos funcionam para abrandar as relações entre cidade/universidade por meio de intervenções de mediação e resolução de problemas. Exemplos desses tipos de projeto incluem o Conselho de Coordenação da Comunidade Universitária na *North Adams State College*, o Serviço de Reconciliação da Faculdade de Manchester e o projeto de intervenção de resolução de disputa multicultural patrocinado pela UCLA.

Um outro modelo cada vez mais comum são as clínicas de mediação nas faculdades de direito onde trabalham estagiários de direito. Um cadastro elaborado recentemente pela Associação Americana da Seção para RAD em Faculdades de Direito (McDonald, 1994) lista mais de 30 faculdades de

¹³⁴ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 1998, p. 309-310.

direito que atualmente possuem ou estão desenvolvendo clínicas de mediação que medeiam casos encaminhados por tribunais locais ou pela polícia. Embora a maioria destes programas trabalhe com casos encaminhados pelos tribunais locais, alguns programas, como o da Faculdade de Direito de SUNY, Albany, estão oferecendo seus serviços para conflitos que surgem em projetos de moradia na cidade.¹³⁵

No Brasil, com relação às Faculdades de Direito, como já demonstrado, a pesquisa e a prática têm como local o Núcleo de Prática Jurídica. Assim, seguindo o exemplo norte-americano, poderíamos realizar, naquele local de reflexão e realização da prática e da crítica ao Direito, toda espécie de pesquisa e de elaboração, seja doutrinária ou prática, a respeito das formas alternativas de resolução de conflitos, incluindo-se aqui a idéia da mediação como instância prévia do Poder Judiciário.

Dentro do Núcleo, através do seu Escritório Modelo, poderíamos realizar a prática mediativa e de outras formas alternativas de resolução de conflitos. Por outro lado, a parte de pesquisas e aprofundamento no assunto, com palestras, cursos básicos e treinamento de alunos e cidadãos, poderia ser realizada através dos grupos de estudos e pesquisa, que também estão presentes dentro do mesmo Núcleo de Prática Jurídica, buscando-se assim, unindo teoria e prática, oferecer à sociedade o acesso pleno à Justiça.

A aplicação da mediação dentro do ambiente universitário não desempenha um papel relevante apenas em relação à sociedade; a presença de pesquisas e estudos sobre a mediação e sua aplicação através de práticas reais e simuladas pode também oferecer à Universidade um novo ambiente em que seus próprios conflitos possam ser resolvidos.

O ambiente universitário apresenta-se como pluralista em vários aspectos. É nele que existe um encontro entre culturas, opiniões, religiões, valores, posições políticas, diferentes entre si. Nem por isso a intolerância se faz necessariamente presente. Um ambiente assim é, sem dúvida, o mais propício para que a sociedade compreenda como as soluções alternativas podem ser essenciais na resolução dos conflitos que, ao contrário de estarem resumidos a simples posicionamentos legais, são mais abrangentes, trabalhando inclusive com sentimentos humanos.

¹³⁵ WARTERS, William C. Mediação no ensino superior: uma abordagem da resolução de problemas para "anarquias organizadas". In: SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Trad. Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 137.

Segundo William C. Warters,

Há uma série de outros argumentos de por que a mediação faz sentido nos campus universitários. Por exemplo, os *campi* universitários frequentemente buscam promover e apoiar um sentido definível de comunidade que tenha algumas fronteiras relativamente claras e muitas normas sociais compartilhadas. Os membros da comunidade são encorajados a ter orgulho de sua instituição e frequentemente há rituais anuais distintivos que podem prestar um caráter especial a cada escola. Essa situação de comunidade em pequena escala é semelhante de forma bastante singular aos contextos tribais e rurais onde a mediação foi estudada pela primeira vez por antropólogos nas décadas de 50 e 60 (Felstiner, 1974; Gulliver, 1979). Como descobriram esses pesquisadores, em sociedades de pequena escala ou onde há uma estreita ligação entre seus membros, o simples fato de abandonar a comunidade ou de ignorar a outra parte quando surge um conflito não acontece de forma fácil. Assim, encontrar maneiras informais e não-destrutivas de resolver o conflito torna-se importante. Um outro fator importante é que a maioria das salas de aula tem excesso de alunos e isso leva a um problema de falta de espaço para alunos e funcionários. Isso quase que invariavelmente cria numerosas situações nas quais uma alta densidade de pessoas, frequentemente de origens muito diferentes (urbana e rural, ricos e pobres, etc.) têm de interagir frequentemente (como colegas de quarto, colegas de escritório, colega de classe, etc.) e interdependentemente, criando, dessa forma, situações de conflito e a necessidade de resolvê-las de maneira produtiva.¹³⁶

A mediação poderia, assim, ser aplicada no ambiente universitário para tentar solucionar diversos tipos de conflitos que possam existir. Para Warters, a mediação poderia ser aplicada para a resolução de disputas dos alunos, do corpo docente e de funcionários.¹³⁷

É importante destacar que os exemplos acima expostos funcionaram e ainda funcionam bem nos Estados Unidos e em outros países, principalmente nos de tradição inglesa. Nesse sentido, ao defendermos a realização de uma prática mediatória nas Universidades brasileiras, em especial nos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, é necessário que se leve em consideração a presente realidade de nosso país.

Segundo Warters,

Parece, (...), que uma série de características diferenciam as universidades latino-americanas das universidades dos Estados Unidos e que essas diferenças podem influenciar o êxito ou o fracasso da mediação nos *campi*. Acredito que a mediação pode ser bastante valiosa para o ensino superior na América Latina, mas que terá de assumir novas formas para obter êxito.

¹³⁶ WARTERS, William C. Mediação no ensino superior: uma abordagem da resolução de problemas para "anarquias organizadas". 1999, p. 132.

¹³⁷ Id., *Ibid.*, p. 134-137.

Uma distinção importante é que a maioria das universidades na América Latina não possui grandes populações de alunos que moram nos *campi* devido a uma falta de tradição de alunos que moram permanentemente em casas de estudante nos *campi*. A maioria dos alunos nas universidades latino-americanas vai todos os dias à universidade e mora e trabalha em outros lugares. Ao contrário, nos Estados Unidos, uma das maiores áreas de crescimento dos programas de mediação nos *campi* tem sido a área de moradia ou vida no campus, onde a mediação é utilizada para tratar de disputas em colegas de quarto. Os programas de mediação orientados aos alunos na América Latina provavelmente terão de enfatizar outros tipos de serviços para outros tipos de disputa para fazer com que os alunos utilizem os programas. Os problemas com colegas de quarto podem, ainda, constituir uma preocupação, mas outras áreas, como disputas entre proprietário/inquilino, disputas entre alunos/funcionários, disputas entre alunos/administração ou conflitos em relacionamentos (disputas entre namorado/namorada ou com a família), podem constituir uma preocupação muito maior.

Uma outra área de diferença é a ênfase muito maior sobre os cursos com ênfase profissionalizante na América Latina. Isso sugere que programas de mediação e resolução de conflitos devem enfatizar o valor de se ensinar habilidades de mediação em geral para os alunos, para que estes possam utilizá-las em seu futuro emprego, ao invés de serem simplesmente uma espécie de ferramenta para resolver seus conflitos pessoais. O desenvolvimento de “clínicas” de mediação onde trabalham alunos também pode ser mais viável em universidades latino-americanas do que nos Estados Unidos, onde já há uma comunidade forte de mediadores fora da universidade.¹³⁸

Além dos fatores já apresentados, seria de extrema importância a aplicação da mediação e seu aprendizado dentro do Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades de Direito para a formação profissional e humana do aluno, o que, sem dúvida alguma é indispensável, criando no aluno a oportunidade de uma formação mais completa do Direito e da Justiça.

Nesse sentido, é necessário o estímulo à pesquisa e à prática da mediação nas Universidades brasileiras, principalmente nos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito. Primeiro, para que exista o conhecimento e fortalecimento da mediação como forma alternativa de resolução de conflitos; segundo, para que a reflexão e a crítica construtiva unam-se à prática jurídica, acima da simples prática judiciária, fomentando nos futuros profissionais do Direito uma visão muito mais humana das relações e conflitos que sempre irão existir no seio social.

Por outro lado, torna-se relevante também que os convênios com instituições públicas e privadas sejam motivados e a idéia de multidisciplinariedade esteja presente no Núcleo de Prática Jurídica, para que a mediação extraprocessual

¹³⁸ WARTERS, William C. Mediação no ensino superior: uma abordagem da resolução de problemas para “anarquias organizadas”. 1999, p. 138-139.

seja corretamente implantada. Nesse sentido é necessário que outros cursos como pedagogia, psicologia, antropologia, administração, entre tantos outros, estejam representados nos grupos de pesquisa, nos projetos de extensão e nas próprias mediações realizadas pelos Núcleos das Faculdades de Direito, seja através de projetos de pesquisa e extensão da própria instituição, seja na realização de convênios com instituições públicas e privadas que estimulem ou apliquem a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos.

A mediação poderia ser exercitada de diversas maneiras dentro do Núcleo. Através da aplicação da mediação institucional, viabilizada por convênios com instituições que trabalham com essa forma específica de resolução de conflitos, poderíamos fomentar a utilização e o aprendizado das noções básicas do instituto, a toda a comunidade que busca o auxílio dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito. Ainda, após o treinamento dado aos alunos pelas Instituições que realizam a prática da mediação em nosso país, poder-se-ia realizar um trabalho de mediação comunitária, através de agentes preparados, que serviriam como estimuladores para que pessoas da comunidade se tornassem mediadores cidadãos.

Convênios poderiam ser firmados com Organizações Não-Governamentais, que teriam uma contribuição relevante, principalmente no que diz respeito à pesquisa e a extensão. Os alunos de Direito e de outros cursos poderiam realizar projetos de extensão nos locais onde existe a atuação dessas ONG's, apresentando palestras, criando grupos de debates e levando para aquelas comunidades a visão de um Direito mais próximo da realidade que se apresenta. Dessa forma poderíamos estimular, nesses locais, o uso das formas alternativas de resolução de conflitos e resgatar, através de um trabalho em conjunto com outros cursos universitários, a cidadania de pessoas que, mesmo fazendo parte da sociedade, são marginalizadas e excluídas.

A transformação tão almejada por toda a sociedade pode ser realizada através do engajamento dessa própria sociedade, que deve lutar sempre para que os direitos fundamentais dos seres humanos sejam respeitados. Esse trabalho, realizado em conjunto com o Estado torna-se essencial para o resgate da cidadania e para a efetivação do direito fundamental do acesso pleno à Justiça, lembrando sempre que a Justiça não é apenas a oferecida pelo Estado, mas,

principalmente, é o sentimento humano de respeito e dignidade que deve permear todas as relações sociais.

3.4 Exemplos atuais de aplicação da mediação extraprocessual no Brasil: em busca do acesso pleno à Justiça

O aumento, visualizado cotidianamente no Brasil, do uso da mediação como forma extrajudicial de resolução de conflitos estimula-nos a defender tal instituto, trazendo, agora, para isso, exemplos atuais da aplicação da mediação extraprocessual no país. Mesmo longe de serem dados científicos a respeito do assunto, demonstraremos, a seguir, como a idéia da mediação vem ganhando força, sendo aplicada e defendida por diversas instituições desse nosso imenso país.

Para que fosse possível essa exemplificação, enviamos, por e-mail, para diversas instituições um pequeno questionário com sete perguntas, solicitando as seguintes informações: 1) Data de fundação da instituição; 2) Área de abrangência dos atendimentos (âmbito municipal, estadual ou nacional) e as áreas do direito abrangidas pelo atendimento (Família, Comercial, Civil, Penal, etc.); 3) Número de atendimentos realizados (utilizando a arbitragem e a mediação); 4) O percentual de resolução de conflitos efetivamente conseguido; 5) Os convênios firmados pela Instituição; 6) Grau de satisfação dos usuários do serviço; 7) O percentual de resolução que é levado depois para o poder judiciário. Em alguns casos, uma oitava pergunta sobre o tempo médio gasto para a resolução dos conflitos foi inserida, deixando-se também espaço para que as Instituições se manifestassem livremente sobre o uso da mediação e da arbitragem no Brasil.

É oportuno destacar que tais informações não possuem qualquer validade em termos científicos, visando apenas apresentar, como exemplos, dados reais fornecidos por instituições que defendem, oportunizam, pesquisam e utilizam a arbitragem e a mediação no Brasil.

No Rio Grande do Sul encontramos diversas instituições que oferecem serviços de mediação e arbitragem, possibilitando a toda a população o acesso à Justiça através do uso de formas alternativas de resolução de conflitos de maneira pré-processual. Nesse sentido, trazemos como exemplos, o Tribunal de

Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS) e a MEDIAR – Mediadores e Árbitros Associados Ltda.

O Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS) é uma instituição civil com sede administrativa em Porto Alegre - RS, que surgiu como resultado de uma ampla mobilização comunitária que teve origem em meados de 1999, iniciando suas atividades após a criação de Seccionais, em setembro de 2000. Com abrangência estadual, atua como órgão coordenador e normatizador da aplicação da Lei Federal 9.307/96, coordenando Fóruns de mediação e justiça comunitária em mais de 50 municípios do Estado do Rio Grande do Sul.

Através de informações prestadas pelo Presidente do TMA/RS, o Sr. Roque Noli Bakof, é importante destacar que, no TMA/RS, seguindo os ditames da Lei 9.307/96, podem utilizar os serviços de mediação e arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (excluindo-se, portanto, os indisponíveis como questões penais ou de família), as pessoas capazes de contratar.

Ainda conforme informações prestadas, por ter uma filosofia diferenciada, o TMA/RS busca, em seu rito procedimental, fundir os institutos da mediação e da arbitragem. Assim, quando o processo é instaurado, nas primeiras audiências busca-se conciliar os interesses divergentes, o que é possível em 95% dos conflitos, sendo tal acordo declarado em uma sentença arbitral proferida por um juiz mediador. Por outro lado, caso não se obtenha o acordo, uma Câmara, composta por um colegiado de 3 juízes mediadores analisará o mérito e proferirá a sentença arbitral. Com a fusão dos institutos da mediação e da arbitragem, quando instaurado o rito processual do TMA/RS, 100% dos casos são resolvidos, seja através do acordo mediado e homologado entre as partes, seja pela decisão arbitral da Câmara.

Sendo uma instituição que busca acima de tudo exercer a Justiça, na qual a isenção é fator determinante, não existe qualquer tipo de convênio com empresas ou entidades classistas. Conforme Bakof, numa visão diferenciada, o TMA/RS utiliza a Lei da Arbitragem, entendendo-a e praticando-a como verdadeiro instrumento de promoção de Justiça em comunidade.

Utilizando um rito onde mesmo o acordo mediado é homologado e transformado em sentença arbitral, o TMA/RS oportuniza às partes interessadas, se

não houver cumprimento do que fora acordado, os meios necessários para que ela possa exercitar seu direito e levar a efeito a execução da sentença arbitral no Poder Judiciário, procedimento esse que o TMA/RS não toma para si, porque limita sua atuação apenas até a elaboração da sentença arbitral.

Segundo informações do seu site institucional, salientamos que o TMA/RS é visto como verdadeiro aliado do Poder Judiciário. Sendo importante destacar que,

Pela sua atuação, onde são atendidos os princípios e garantias constitucionais, as Seccionais do TMA/RS constituem-se como verdadeiros Fóruns de Justiça Comunitária, prestando inequívoco serviço à sociedade, em particular nas comunidades onde estão constituídas, não só agilizando na solução de litígios, neste caso funcionando como verdadeiro aliado do Judiciário Estatal, mas também e principalmente, pela adoção de um Rito Processual simplificado, e pela forma como são conduzidas as Audiências e o Procedimento Arbitral, conseguem um expressivo número de acordos nos litígios que lhe são apresentados. Está é, portanto, não só uma solução legal, como sociologicamente adequada, que promove um novo estado de consciência e pleno exercício da cidadania.¹³⁹

Outra importante instituição do Rio Grande do Sul que utiliza os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos é a MEDIAR – Mediadores e Árbitros Associados Ltda.. Também com sede administrativa na capital do Estado, é uma organização de direito privado e com fins lucrativos, criada com base na Lei 9307/96 denominada de Lei de Arbitragem, com vistas a ser um novo foro de Justiça. Os serviços da MEDIAR podem ser utilizados por pessoas físicas e jurídicas, para a resolução dos litígios que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, sendo a instituição, um eficiente auxiliar do Poder Judiciário.

Conforme as informações do seu Diretor Odonir Barboza Prates, fundada em 17 de março de 2000, a MEDIAR nasceu como Organização de Mediação e Arbitragem S/S Ltda., passando a utilizar a identificação atual em meados de 2005. Mesmo tendo sido fundada em 2000, a MEDIAR, desde meados de 1997, vem se dedicando aos estudos dos institutos da mediação e arbitragem, através de um trabalho criterioso e profundo de planejamento e estruturação, para oferecer aos seus clientes um serviço mais adequado e de credibilidade. Nesse sentido preocupou-se em se filiar ao CONIMA – Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem. Está igualmente conveniada à Câmara Brasileira de

¹³⁹ TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO RIO GRANDE DO SUL – TMA/RS. **Seccionais**. Disponível <http://www.tmars.org.br/seccionais.html>, capturado em 10 de maio de 2006.

Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE), sucessora do Projeto BID/CACB/SEBRAE, iniciado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento com a participação das Associações Comerciais do Brasil e do SEBRAE, e que visa fortalecer a aplicação dos institutos da mediação e da arbitragem e consolidar as entidades que, para esse fim, já existem ou estão em criação em nosso país.

A MEDIAR oferece às partes que dela se valem, além do procedimento da arbitragem, a possibilidade da opção por outros institutos como a mediação, a conciliação e a negociação, buscando resolver o conflito através da forma mais indicada. Dispõe também de um cadastro próprio de conciliadores, mediadores e árbitros, das mais diversas especialidades e com profundo conhecimento das matérias objetos dos conflitos.

Segundo Prates,

com a implantação e utilização destas novas formas de resolução de litígios, estamos introduzindo um novo paradigma na arte de dizer o direito e, inevitavelmente, estaremos introduzindo uma nova cultura no meio social e jurídico, cujo fundamento a priorizar é a consensualidade, trazendo assim, mais paz e harmonia nas relações interpessoais.¹⁴⁰

Pelas informações prestadas, ressalta-se que através do uso das formas alternativas de resolução de conflito, 95% dos casos apresentados à MEDIAR são efetivamente resolvidos. Desse percentual, apenas 1% é depois levado ao judiciário para discussão.

Tais informações mostram ainda que de 2003 até 2006, cerca de 132 casos foram solucionados através da arbitragem e da mediação, sendo que na ampla maioria dos conflitos solucionados pela MEDIAR foi utilizada a prática da arbitragem (130 casos).

Do Estado de Santa Catarina, trazemos como exemplo o Tribunal de Mediação e Arbitragem de São José – TMA SJ, pessoa jurídica fundada em 22 de agosto de 2002, com atuação municipal e filiada à Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem.

Segundo dados obtidos diretamente da Instituição, o número de atendimentos realizados até abril de 2006 foi de 626 casos, sendo que em 623 deles utilizou-se a mediação e nos outros 3 utilizou-se da arbitragem. Desses casos, cerca

¹⁴⁰ Informações transmitidas via e-mail pelo diretor da MEDIAR.

de 60% foram efetivamente resolvidos, e menos de 20% deles foram levados depois para discussão no Poder Judiciário.

Segundo seu site institucional,

O TMSJ é composto por profissionais, especialmente preparados para atuarem como mediadores ou árbitros, com formação nas áreas do direito, engenharia e arquitetura, contabilidade, administração, medicina, odontologia, psicologia, pedagogia, sociologia, meio ambiente entre outras especialidades.

Amparado pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 e regulamentos próprios, o Tribunal utiliza a mediação e a arbitragem na resolução de conflitos colocados a sua apreciação, tanto no plano nacional, quanto internacional.¹⁴¹

Outro exemplo que merece ser destacado, agora do Estado de São Paulo, diz respeito ao INAMA/BR – Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem de São Paulo, entidade civil, sem fins lucrativos, de abrangência nacional, fundada em 5 de novembro de 1991, tendo apoio técnico da “AAA” – American Arbitration Association, a mais antiga entidade arbitral dos Estados Unidos e da FMCS – Federal Mediation and Conciliation Service, órgão do Ministério do Trabalho dos Estados Unidos.

Segundo informações de Neuza M. Souza, secretária da INAMA/BR, a entidade foi fundada com abrangência nacional. Após a sua fundação e com o surgimento de suas seccionais, foram criadas entidades com base municipal e regional, sempre com autorização/permissão e de acordo com as regras/normas da entidade *mater*.

O atendimento prestado pelo INAMA/BR se dá nas áreas civil, comercial, internacional e trabalhista, já na área penal, não há qualquer previsão legal específica, salvo quando envolver direito patrimonial disponível.

O Instituto oferece aos seus clientes um quadro próprio de árbitros e mediadores, e possui convênios apenas voltados para programas de treinamento sobre mediação e arbitragem. Segundo informações enviadas pela Instituição, mais de 4.500 alunos já passaram pelos programas de treinamento do INAMA, nos quinze anos de sua atuação.

¹⁴¹ TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO JOSÉ – SC. **Tribunal de mediação e arbitragem de São José – TMSJ**. Disponível em <http://www.tmasj.com.br/>, capturado em 15 de maio de 2006.

Todos os casos que foram submetidos ao Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem até o presente momento foram solucionados, ressaltando-se que a grande maioria foi solucionada através da mediação, existindo casos em que foi proferida sentença arbitral nos moldes da Lei 9.307/96.

Ainda em São Paulo, destacamos também, como exemplo, o Tribunal Arbitral de São Paulo - TASP, instituição fundada em 3 de junho de 1998, tendo seu âmbito e sua abrangência de atuação regulados pela Lei 9.307/96, com competência de resolução de conflitos que possam ocorrer nos contratos em que está eleita como foro, não possuindo, portanto uma área de atendimento fixa.

Segundo Marilisa Martins, membro do TASP, até 2006, cerca de 12.000 casos foram atendidos pela Instituição, sendo que a média de resoluções efetivamente conseguida é de 93%. Em 94% dos casos apresentados, ou seja, na ampla maioria, utilizou-se do instituto da mediação para a resolução do conflito e, dos casos solucionados, menos de 1% foram levados ao Poder Judiciário para reclamação, sendo que o tempo médio para a resolução do conflito apresentado é de 30 dias.

Com o intuito de não macular as decisões oriundas da instituição, o TASP somente firma convênios com fins culturais e sociais, estando hoje conveniado com a UNISciesp - Universidade Corporativa Sciesp, com o CRECI – Conselho Regional de Corretores de Imóveis, realizando também o Projeto Construindo o Futuro – projeto sócio-educacional administrado pelo Círculo de Trabalhadores da Vila Prudente que atende 210 crianças e adolescentes em período complementar ao da escola, tendo como objetivo oferecer às crianças acesso à promoção social, ao desenvolvimento global, à ações sócio-educacionais que contribuam em caráter preventivo para sua proteção integral, valorizando a diversidade, a multiplicidade, a pluralidade, num processo de aprendizagem multidisciplinar, desenvolvidas sob a forma de projetos e oficinas.¹⁴²

Dos exemplos acima expostos, verificamos que o uso da mediação e da arbitragem no Brasil vem aumentando a cada dia, sendo hoje, sem dúvida, um meio eficiente e dinâmico para a resolução dos conflitos que se apresentam cotidianamente.

¹⁴² Cf. TRIBUNAL ARBITRAL DE SÃO PAULO. **TASP: procurando cumprir sua função social.** Disponível em <http://www.arbitragem.com.br/>, capturado em 15 de maio de 2006.

Todos os exemplos até agora apresentados dizem respeito ao uso da mediação institucional, deixando claro, porém, através das informações prestadas pelas instituições nacionais, que se vislumbra um engajamento social dessas instituições para a formação de medidores cidadãos. Nesse sentido, trazemos como último exemplo prático do uso da mediação atualmente no Brasil, o Projeto Balcão de Direitos, que leva às favelas cariocas essa iniciativa de solução de conflitos através da mediação, oferecendo a uma população, normalmente esquecida por nossa sociedade, a oportunidade de um acesso pleno à Justiça.

Para que conheçamos o Projeto Balcão de Direitos, projeto esse vinculado à Organização Não Governamental Viva Rio, é importante a lição de Paulo Jorge Ribeiro e Pedro Strozenberg,

O Balcão de Direitos é resultado da solicitação de 25 líderes comunitários junto ao Viva Rio em 1996, onde foi ressaltada a necessidade da efetivação de projetos de assistência jurídica às áreas de favelas do Rio de Janeiro. A assistência jurídica seria, conforme demonstrado naquele momento, o mecanismo mais adequado e urgente para a constituição de uma malha de proteção legal do Estado – e paradoxalmente também ao Estado – sobre as populações desprotegidas da égide do *estado democrático de direito*. Daí ter sido desenvolvida toda uma metodologia e confeccionados instrumentos pedagógicos e jurídico-formais adequados para as conjunturas socioculturais destas localidades, levando-se em consideração sua distribuição de poder, percepção dos direitos e deveres e, fundamentalmente, as relações, envolvimento e carências destas comunidades para com o Estado.

Estas metodologias e instrumentos foram produzidos, conforme visto acima, a partir de formas e naturezas diversas, para que se constitua nestas localidades uma cultura de conciliação e mediação de conflitos, ou ainda providenciar documentação necessária para que estes *proto-cidadãos* pudessem regularizar suas situações sociais e assim ampliassem a esfera do acesso à justiça naquelas localidades. Para que estes objetivos fossem conquistados, o projeto buscou como forma de atuação a integração de suas equipes – os Núcleos de Atendimento – ao cotidiano destas comunidades. Somente fazendo-se presente no cotidiano destas comunidades, participando de seus dilemas, problemas, demandas e linguagens, é que as equipes dos núcleos poderiam compreender a dinâmica particular destas localidades, como também atuarem como um ator social.¹⁴³

Denota-se claramente que uma iniciativa que tinha como objetivo prestar uma assistência jurídica aos carentes em favelas do Rio de Janeiro tornou-se algo maior: visando resgatar a própria cidadania desses esquecidos, buscando

¹⁴³ RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. Mais do que um acerto de contas – teorias, práticas e avaliações da trajetória do balcão de direitos. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). **Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 9-10.

uma compreensão do ambiente em que foi implantado, o projeto vem alcançando os anseios da população e oferecendo, não apenas acesso ao judiciário, mas também, um acesso pleno à Justiça, através da conciliação e principalmente da mediação.

Valorizando-se os recursos locais e priorizando a participação dos moradores, busca-se compreender o ambiente e os atores sociais envolvidos, o que é elemento fundamental para a efetivação dos direitos civis e sociais nessas comunidades marginalizadas, oportunizando uma mudança interessante nas suas relações com a esfera pública. Por outro lado, a difusão da orientação jurídica em termos claros e diretos, aumenta a auto-estima da população, que se vê como participante da sociedade política de sua cidade e de seu país.¹⁴⁴

Outro ponto interessante do projeto é o engajamento da sociedade civil e a realização de parcerias. Segundo Ribeiro e Strozenberg,

Reforçar redes de apoio e parcerias é outro ponto de destaque do trabalho. O projeto não possui uma rede de apoios para seu total financiamento e ainda mais para todas as expectativas societárias nele depositadas. Torna-se desta forma necessária a aproximação de outras iniciativas de trabalhos comunitários, sejam eles técnicos (como psicólogos, médicos, educadores, etc.) ou genéricos (associações diversas, ONG's, igrejas, etc.). Esta mobilidade de demandas e expectativas leva até mesmo o Balcão, em várias oportunidades, exercer a função de fiscalização de serviços públicos, exigindo eficiência e tratamento de qualidade em conformidade com a lei. (...) O compromisso de resgate da cidadania torna moradores e equipe técnica (advogados e estudantes de direito) cúmplices num processo de mudança e integração social.¹⁴⁵

Essa integração destacada pelos autores entre a equipe técnica e as comunidades carentes só é possível com a participação ativa de homens e mulheres que moram na comunidade. São os chamados agentes de cidadania, pois auxiliam os núcleos de atendimento tanto na parte operacional como na comunicação entre as localidades atingidas. Além de serem também responsáveis pela aproximação do projeto com as demais lideranças comunitárias, são responsáveis por levar ao projeto as demandas comunitárias existentes.¹⁴⁶ Esse comprometimento torna-se essencial na medida em que somente um trabalho conjunto entre a população local com o projeto pode ter força e credibilidade suficiente para realizar uma transformação social.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. Mais do que um acerto de contas – teorias, práticas e avaliações da trajetória do balcão de direitos. 2001, p.10-11.

¹⁴⁵ Id., Ibid., p. 9-10.

¹⁴⁶ Id., Ibid., p. 11-12.

É nesse ambiente que se evidencia ainda mais a importância da experiência do pluralismo jurídico e das formas alternativas para a resolução dos conflitos que podem ser utilizadas por se inserirem na realidade local, valorizando os fatores sociais e humanos que se apresentam.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto,

Nas comunidades carentes do Rio de Janeiro – áreas de atuação prioritária do Balcão de Direitos – o direito produzido pelo estado não tem se mostrado capaz de satisfazer grande parte das pretensões normativas que emergem espontaneamente do processo de interação social. Nessas regiões, surgem expectativas de direito que não estão garantidas pelo ordenamento jurídico estatal. (...)

Para que o operador jurídico atuante nesses locais possa contribuir satisfatoriamente no processo de resolução de conflitos, ele tem de operar normas e valores plurais que emergem de forma bastante complexa no espaço comunitário. A metodologia jurídica tradicional tem se mostrado insuficiente para operar essa situação de pluralidade de fontes de produção normativa e com essa complexa rede axiológica. Para o paradigma jurídico tradicional, levada uma questão à apreciação judicial, conforme a descrição das partes e provas produzidas, deve o juiz qualificar os fatos, ou seja, subsumi-los aos termos da lei, e, após isso, impor a consequência jurídica prescrita no texto legal. Não se concebe, portanto, que a interpretação opere construtivamente, devendo o intérprete se ater a declarar a vontade do legislador. Esta concepção do direito leva a uma atividade jurisdicional extremamente verticalizada. É o magistrado que impõe a solução do caso concreto aos jurisdicionados. Para isso, no entanto, o direito passa a ter de contar de forma indispensável com a coação, a ponto de a mesma ser considerada o aspecto essencial do direito. No entanto, como os casos concretos levados ao Balcão de Direitos muitas vezes não encontram solução razoável no ordenamento jurídico estatal, não se poderá, para a resolução desses casos, contar com a forma verticalizada de solução de conflitos que caracteriza o poder judiciário. Não se poderá, por conseguinte, contar com o aparato repressivo do estado para fazer cumprir as decisões judiciais.

Por isso, a adesão dos jurisdicionados às decisões será requerida, nessas situações, com muito mais intensidade. Nestas hipóteses, a mediação se mostrará um forma muito mais adequada de resolução de conflitos. Ao invés de uma aplicação verticalizada de um direito pré-constituído, ter-se-á a construção da decisão do caso concreto através da interação entre as partes, mediada pelo Balcão. A mediação valorizará o compromisso e o convencimento, como formas de garantir o cumprimento do acordo.¹⁴⁷

Assim, tornou-se indispensável a apresentação, mesmo que simplificada, desse projeto que até hoje busca oferecer a diversas comunidades carentes do Rio de Janeiro condições melhores de vida, resgatando a cidadania dessa população marginalizada e excluída, resguardando seus direitos

¹⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Balcão de direitos, retórica e mediação: notas sobre a possibilidade de uma metodologia jurídica própria. In RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). **Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 82-83.

elementares, entre eles o direito fundamental que todo o ser humano tem de acesso pleno à Justiça.

Ressalte-se que, se no seu início, o projeto, estimulado pela ONG Viva Rio e financiado em grande parte pelo Ministério da Justiça, havia poucas parcerias, desde janeiro de 1998, conta com financiamento da Fundação FORD e, mais atualmente, conta também com diversos parceiros como: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Instituto Nacional de Seguridade Social do Rio de Janeiro (INSS), Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro (OAB-RJ), Vara de Execuções Penais (VEP-RJ), Instituto de Psiquiatria da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Clínica da Violência, Conselho Tutelar Zona Sul, diversas Escolas de Ciências Jurídicas, Escritório-Modelo das Escolas Jurídicas do Rio de Janeiro, Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, programas como Mutirão da Paz, Disque Defesa Homossexual, além de parcerias com Associações de Moradores, Centros Comunitários, Igrejas e ONG's.¹⁴⁸

O exemplo do projeto Balcão de Direitos e as parcerias destacadas acima evidenciam a necessidade de um trabalho em conjunto entre Governo e sociedade, com a utilização dos métodos alternativos e extrajudiciais de resolução de conflitos, principalmente a mediação, ganhando importância também para o nosso trabalho as parcerias realizadas com as Faculdades de Direito e seus Escritórios-Modelo de Aplicação em busca do acesso pleno à Justiça.

¹⁴⁸ Cf. NOVAES, Regina; MAFRA, Clara. Balcão de direitos uma experiência de profissionalização e interlocução social. In RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). **Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p.201-202.

CONCLUSÃO

O desafio que foi apresentado com a escolha do tema é complexo e muito atual. A reflexão trazida demonstrou a importância de uma nova visão do direito fundamental do acesso pleno à Justiça que não deve se resumir ao simples acesso ao Poder Judiciário.

Fundamentado em pesquisa teórica pôde-se constatar que os conceitos de Direito e Justiça não se confundem. Nesse sentido, no primeiro capítulo destacou-se a diferenciação entre acesso à Justiça e acesso ao Judiciário observando-se a evolução do conceito que nos dias atuais não se resume à defesa processual dos direitos e interesses de todos os seres humanos.

No mesmo capítulo observou-se a inadequação do Direito, das Leis e do próprio Poder Judiciário como meios exclusivos de defesa dos direitos da sociedade. Atualmente comprova-se claramente que esses meios estão afastados da realidade que se apresenta não alcançando os anseios da população por Justiça.

O segundo capítulo apresentou o pluralismo jurídico como novo paradigma de Justiça onde a sociedade, com suas transformações, tem importância ativa na elaboração do Direito. Tal Direito, partindo do seio social, encontra-se mais próximo das relações humanas cotidianas e dos seus conflitos estando apto juntamente com as formas prévias e alternativas de resolução de conflitos a oportunizar uma Justiça que se aproxime da ideal. Nesse capítulo demonstrou-se também que o respeito à pluralidade de fatores que está presente nas relações entre seres humanos é indispensável para que tenhamos uma solução adequada e justa dos conflitos que se apresentam e fazem parte da vida em sociedade. Para a solução adequada desses conflitos inerentes as próprias relações humanas apresentou-se a mediação como instância prévia e colaboradora do Poder Judiciário para a resolução de disputas.

A mediação como destacada nesse segundo capítulo deve ser defendida como método ideal para a solução de disputas podendo ser utilizada em diversos casos, tratando o conflito de maneira não apenas superficial, oportunizando uma solução que se aproxima do ideal de Justiça. Infelizmente ainda hoje no Brasil, não há qualquer estipulação legislativa que defenda ou estimule a sua utilização seja no âmbito judicial ou extrajudicialmente. Nesse sentido destacou-se que a Constituição do Império de 1824 trazia em seu texto de maneira indireta a

possibilidade da mediação ao estipular a necessidade de uma tentativa de reconciliação prévia entre as partes como requisito indispensável para o início de qualquer processo, depois desse período somente com a Lei 7.244/84, que estipulava a possibilidade de criação nos Estados dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, é que a mediação, indiretamente, poderia ser utilizada. Essa lei oportunizava às partes um ambiente mais informal para a solução das controvérsias, porém, como muitos Estados sequer instituíram os Juizados e com a promulgação da Constituição de 1988, tal Lei foi revogada. Atualmente o Projeto de Lei n. 4.827 de 1998 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra é a esperança que surge por ser o primeiro projeto que destaca os ditames gerais da mediação a ser utilizada judicial ou extrajudicialmente visando implementá-la e regulá-la em nosso país.

No terceiro capítulo pôde-se verificar que essa nova visão do acesso à Justiça deve ser defendida dentro do ambiente universitário como forma de atingir toda a sociedade. Foi destacado nesse capítulo o ambiente universitário como o mais propício para levarmos adiante esse ideal de Justiça plena. Tal possibilidade se apresenta como possível na medida em que a Universidade se apresenta como ambiente pluralista por natureza, onde as diferenças, na ampla maioria das vezes, são vistas como indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido através da reflexão construtiva, da pesquisa e do estímulo à utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos no ambiente universitário, poder-se-á estimular e defender perante a sociedade o uso desses institutos prévios ao Poder Judiciário para a solução de disputas.

Ainda nesse capítulo observou-se a importância dos Núcleos de Prática e Pesquisa Jurídica das Faculdades de Direito como local indispensável para o estudo e utilização da mediação extraprocessual apto a estimular no aluno do curso de Direito e também nos alunos de outros cursos que devem também participar das atividades do Núcleo, a idéia de uma Justiça mais humana e apta a solucionar os conflitos que cotidianamente se apresentam, seja através do estímulo à reflexão crítica, seja através de convênios com instituições públicas ou privadas, organizações não-governamentais, com vistas a unir forças em prol da plena e efetiva Justiça.

Apesar de todas as dificuldades que foram levantadas no decorrer do presente trabalho para instituir a mediação como instância prévia e colaboradora do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos é importante salientar o esforço e

a existência de Instituições que já utilizam desse valioso instituto no Brasil. Vale lembrar também que o uso da mediação por essas instituições privadas e por organizações sociais ou pelos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito só poderá ser realizado se o Estado assumir seu papel de colaborador e de garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos. É a idéia de transformação do papel do Estado aproximando-o da sociedade.

Como demonstrado no decorrer da presente dissertação o acesso à Justiça como direito fundamental deve ser pensado cotidianamente como forma de todos os seres humanos terem possibilidade de resolver seus conflitos e seus anseios, pacificamente, sempre protegidos pelo Estado.

É nesse sentido que se defende o uso das formas alternativas de resolução de conflitos que, previamente ao Poder Judiciário, podem solucionar grande parte dos problemas ocorrentes nas relações sociais, outrossim, estando mais perto da realidade que se apresenta, tem o poder de estimular e resgatar nas pessoas a sua importância como cidadãos. A idéia principal é estimular a sociedade a buscar os melhores caminhos para resolver os seus conflitos através do diálogo, conduzidos principalmente pela mediação que proporciona um espaço para que os lados envolvidos encontrem, por si mesmos, um acordo mutuamente aceitável, através de indagações, pedidos de explicação e muito diálogo.

Resolver os pequenos conflitos, numa esfera pré-processual, pode ajudar o Poder Judiciário, evitando um aumento ainda maior na longa fila de processos a serem apreciados e julgados. Ao mesmo tempo, isso pode criar na população um sentimento de que os problemas podem ser resolvidos e, o melhor, através do diálogo, construindo-se, portanto, uma cidadania mais forte, mais efetiva, equipando a comunidade com os meios necessários para a proteção dos direitos fundamentais e para o pleno exercício da cidadania.

O trabalho de conscientização, orientação e mediação contribui para impedir o aparecimento dos conflitos, gerando como resultado a mudança da imagem da Justiça, mostrando como a população pode utilizá-la e como se prevenir para não precisar usá-la.

Por fim, salienta-se, também, que o Poder Judiciário, no século XXI, há de exercer suas atribuições de acordo com a necessidade do cidadão, em um regime democrático, visando à proteção de seus direitos fundamentais, com absoluto respeito aos seus desejos de valorização da paz nas relações humanas, e

da sua dignidade. Para isso, as estruturas processuais devem ser modernizadas, novos meios de resolução de conflitos devem ser buscados, o Judiciário deve se aproximar da sociedade, respeitando e convocando, além das instituições privadas de arbitragem e mediação, a Igreja, os Sindicatos, as Organizações sociais e, principalmente, as Universidades, para que, em sistema de colaboração a ser definido legalmente, prestem assistência de natureza conciliatória, arbitral e mediatória, tendo força para a resolução dos conflitos sociais que se apresentam no seio da sociedade.

Nesse sentido, cabe à população brasileira juntamente com o Governo, o papel de contribuir para um debate permanente em busca de um país mais justo e fiel ao projeto constitucional de garantia dos direitos fundamentais entre eles o acesso pleno à Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Helena Neves. A recomposição dos laços sociais – uma mediação expressiva e instrumental na luta contra a exclusão social. In: CUNHA, Pedro (Org.). **Actas do colóquio mediação: uma forma de resolução alternativa de conflitos**. Portugal, Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004, p. 33-61.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>. Acesso em: 07 mai. 2006.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Constituição Política do Império (de 25 de março de 1824)**. In: **Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 11-58.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indicadores sociais mínimos**. Disponível: <http://www.ibge.gov.br/ibge/default.php>. Acessado em novembro de 2005.

_____. Ministério da Educação e do Desporto. **Portaria Ministerial n.º 1.886**, de 30 de dezembro de 1994. Brasília, 1994.

_____. Ministério da Educação e do Desporto. **Resolução n.º 9**, de 29 de setembro de 2004. Brasília, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro – A Constituição de 18 de setembro de 1946**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1951.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia. **Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.125-140.

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

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. Tradução Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a resolução de controvérsias. In **Revista de Processo**, n. 56, ano 1989, p. 91 a 99.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Líder, 2003.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **O direito e os direitos**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

CORAUCI, Elmara Lúcia de O. Bonini. O papel social da universidade. **Jornal Interativo UNAERP**. n. 37, abril de 2006. Ribeirão Preto, SP: UNAERP.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos**. São Paulo: LTr, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Campinas: LZN, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1986.

FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais**. São Paulo: LTr, 2004.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder judiciário. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, dezembro de 1990, p. 11-25.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 10. reimpr. da 17. ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo**. São Paulo: Atlas, 1998.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Manual de educação jurídica**. 1. ed., 2. tir., Curitiba: Juruá, 2004.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1988.

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

NOVAES, Regina; MAFRA, Clara. Balcão de direitos uma experiência de profissionalização e interlocução social. In RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). **Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 197-244.

OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. Porto Alegre: SAFE, 2004.

OLIVEIRA, Ângela. **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

OLIVEIRA, Isabel. Resolução de litígios emergentes de acidentes de viação. In CUNHA, Pedro (Org.). **Actas do colóquio de mediação: uma forma de resolução alternativa de conflitos**. Portugal, Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004, p. 103-114.

RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil, In: **Cadernos Adenauer 3: Acesso à justiça e cidadania**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, maio 2000, p.31-52.

REALE, Miguel. **Direito natural/ direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Filosofia do direito**. 19. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. Mais do que um acerto de contas – teorias, práticas e avaliações da trajetória do balcão de direitos. In RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). **Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 9-13.

RIPOL-MILLET, Aleix. **Familias, trabalho social y mediación**. Espanha, Barcelona: Paidós, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A assistência jurídica como instrumento de garantia dos direitos urbanos e cidadania. In DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia. **DIREITO, CIDADANIA e JUSTIÇA: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas – vários colaboradores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 157-164.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen. **Novos Paradigmas em mediação**. Tradução Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 18-27.

SERRANO, Gonzalo. Problemas y perspectivas de la mediación. In CUNHA, Pedro (Org.). **Actas do colóquio mediação: uma forma de resolução alternativa de conflitos**. Portugal, Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004, p. 13-31.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O Escritório Modelo como instrumento de efetivação da garantia constitucional da assistência jurídica gratuita**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito, 2000. Tese de Doutorado.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução Águida Arruda Barbosa; Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. Tradução Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Balcão de direitos, retórica e mediação: notas sobre a possibilidade de uma metodologia jurídica própria. In RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). **Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 81-98.

SURGIK, Aloísio. **A origem da conciliação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Curso de Pós-Graduação em Direito, 1984. Tese de Doutorado.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO RIO GRANDE DO SUL – TMA/RS. **Seccionais**. Disponível <http://www.tmars.org.br/seccionais.html>, capturado em 10 de maio de 2006.

TRIBUNAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO JOSÉ – SC. **Tribunal de mediação e arbitragem de São José – TMA SJ**. Disponível em <http://www.tmasj.com.br/>, capturado em 15 de maio de 2006.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SÃO PAULO. **TASP: procurando cumprir sua função social**. Disponível em <http://www.arbitragem.com.br/>, capturado em 15 de maio de 2006.

VENTURA, Deisy. **Ensinar direito**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática; guia para utilizadores e professores**. Portugal, Lisboa: Ágora, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. O ensino jurídico e a resolução n. 9/04. **Revista Prática Jurídica**, ano V, n. 49, 30 de abril de 2006, Brasília: Consulex, p. 25.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARTERS, William C. Mediação no ensino superior: uma abordagem da resolução de problemas para “anarquias organizadas”. In SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 127-142.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

_____. **Pluralismo Jurídico: novo paradigma de legitimação**. Disponível URL http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=646, capturado em 14 de abril de 2006.