



A CRISE DO JUDICIÁRIO COMO JUSTIFICATIVA PARA O EMPODERAMENTO DOS ATORES SOCIAIS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Viviane Teixeira Dotto Coitinho¹

Luciane de Freitas Mazzardo²

RESUMO

As mudanças ocorridas no referencial contemporâneo das relações sociais, econômicas e jurídicas, somadas ao enfraquecimento e desprestígio da tutela do Estado têm permeado as discussões acerca do colapso que atinge o modelo tradicional de jurisdição, deflagrado, entre outros relevantes fatores, pelo número incessante de demandas que desembocam no Poder Judiciário. O aparelho estatal não consegue dar vazão ao expressivo volume de ações peculiares à cultura da beligerância, restando claro o descompasso da prestação jurisdicional, que se torna morosa e, por consequência, ineficaz. Percorrendo tal caminho, tendo presente que o acesso à justiça é um direito social fundamental, consignado na Carta Cidadã, especula-se a efetividade do processo como instrumento de atuação do poder estatal e o seu papel na distribuição da justiça. Nesse contexto, vem à baila o instituto da mediação enquanto prática alternativa de tratamento de conflitos que se insurge na busca pela consolidação do paradigma da autocomposição, como método que imprime maior eficiência e celeridade no deslinde das controvérsias a partir do (re)estabelecimento da relação dialógica e empoderamento dos atores sociais envolvidos. Assim, abrem-se espaços para o pleno exercício da cidadania, com maior aproximação a um ideal de justiça que atenda aos anseios de democratização e pacificação social.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça - Crise do Judiciário - Empoderamento – Mediação – Resolução de Conflitos

ABSTRACT

The changes in the referential of contemporary social relations economic and legal, added to the weakening and discrediting of guardianship of the State have permeated the discussions about the collapse that reaches the traditional model of jurisdiction, deflagrated, among other relevant factors, by the number incessant demands flowing into the judiciary. The state apparatus is unable to

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC. Professora da Fapas e Fadisma. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. E-mail: vividotto@bol.com.br

² Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Luterana do Brasil. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduada em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Imaculada Conceição. Especialista em Fundamentos da Educação pelo Centro Universitário Franciscano. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Advogada e professora. E-mail: luciane.mazzardo@terra.com.br

give vent to the significant volume action peculiar to the culture of belligerence, it became clear the imbalance of jurisdictional service, which becomes lengthy and therefore ineffective. Walking along this path, bearing in mind that access to justice is a fundamental social right, enshrined in the Charter Citizen speculated the effectiveness of process as an instrument of performance of state power and its role in the distribution of justice. In this context, comes up the institute of mediation while alternative practice of handling conflicts that rebels in search of the consolidation autocomposição, paradigm as a method that prints greater efficiency and speed in disentangling the controversies from the (re) establishment of dialogic and empowerment of social actors involved. So, open up spaces for the exercise of citizenship, with closest approach to an ideal of justice that meets the aspirations of democracy and social peace.

Key-words: Access to Justice - Judicial Crisis - Empowerment - Mediation - Conflict Resolution

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O contexto pátrio apresenta inúmeros quadros de carência, situações que retratam a fragilidade das políticas públicas e estratégias de operacionalização dos direitos sociais, cuja obrigação primeira compete ao Estado.

Ainda que revestidos com o status de garantias constitucionais estabelecidas em prol de todos os cidadãos, os direitos sociais carecem de efetivação, eis que grande parcela da população encontra-se excluída, em situação de vulnerabilidade, engrossando os indicativos da precariedade no atendimento às necessidades básicas dos cidadãos e insuficiência na promoção de tais benefícios.

Na esteira da crescente afronta aos direitos constitucionalmente instituídos, ampliam-se as mazelas que corrompem o tecido social, gerando um alto nível de insatisfação pessoal e, por consequência, o acirramento das espirais conflitivas nos entornos sociais. Nesta extensa moldura, dimensionam-se em volume e natureza as demandas que irrompem as portas do Judiciário, engendradas pela cultura da litigiosidade.

Eis que o cidadão, imbuído pelo desejo de fazer valer seus direitos, busca guarida na força da lei. O aparato estatal, por sua vez, imerso em emblemáticas questões de gerenciamento e problemas estruturais, apresenta-se desprovido de recursos humanos e materiais, restando comprometida sobremaneira a prestação jurisdicional. Ocorre que o acesso à ordem jurídica

justa é uma prerrogativa cidadã, logo, as limitações do sistema judiciário não podem impedir que o cidadão desfrute seus direitos.

Nesse compasso, com o intuito de atender a demanda sociojurídica reprimida, ocorreram nos últimos tempos substanciais reformas no ordenamento jurídico brasileiro, voltadas para a premente necessidade de desembaraço da via judicial e maior celeridade dos trâmites processuais. Na trilha de tais construções legislativas, configura-se o movimento de desjudicialização, impulsionado pela inserção dos procedimentos extrajudiciais na legislação pátria – conciliação, mediação e arbitragem - com o fito de ampliar as possibilidades de tratamento dos conflitos e efetivação dos direitos para além do precário e congestionado aparato estatal.

Importa destacar que as práticas conciliatórias e mediativas têm permeado o trato das controvérsias no plano judicial, com ensejo na formulação de acordos em processos já instaurados, como corolário das modificações ocorridas no referencial jurídico contemporâneo.

Perpassando pelas complexas questões que envolvem a crise da jurisdição, viabilizam-se meios alternativos para solver as controvérsias de forma consensual e abreviada, merecendo destaque o instituto da mediação, concebido com o intuito de oferecer maior salvaguarda aos interesses das partes, na medida em que confere voz e vez aos sujeitos envolvidos diretamente no conflito, valendo-se de uma abordagem dirigida aos aspectos subjetivos do caso.

Dessa forma, reclamam os tempos atuais maiores reflexões quanto ao verdadeiro sentido do direito fundamental de acesso à justiça, porquanto ainda arraigada a perspectiva do monopólio estatal, ora abrindo espaço para o emergente paradigma da mediação, que se traduz numa justiça mais humanizada, com maior aderência aos anseios das partes, questões pontuadas no presente estudo, conforme se examina na sequência.

1. A CRISE DO JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um sistema pelo qual as pessoas buscam através do Poder Judiciário reivindicar seus direitos e, sobretudo resolver suas

demandas, sendo que a Carta Magna de 1988 prevê em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, cabendo aqueles que sofrem violação de seus direitos buscar a sua reparação, pois é dever do Estado garantir a todos o acesso à justiça. Nesse sentido Kazuo Watanabe:

Acesso à Justiça deve significar o acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal, a garantia de acesso a uma Justiça imparcial; a uma Justiça igual, contraditória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do Juiz. E mais: deve significar acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos³.

A evolução da sociedade faz com que a demanda judicial se eleve, o que intensifica a crise estrutural que congestionava o Poder Judiciário, fazendo com que não de conta de resolver os conflitos trazendo a morosidade e alto custo processual, e com isto surge a necessidade de meios alternativos de resolução de conflitos, para que haja uma demanda mais eficiente. Nessa senda, Morais e Spengler:

O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais² e, paralelamente, a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para democracia⁴.

É sob o império da lei que se realiza a legalidade democrática e se extraem os conceitos de igualdade e de justiça social, sobretudo na busca da “igualização das condições dos socialmente desiguais”. E essa lei não pode ser interpretada como aquela que configurava o Estado de Direito puro, na esfera puramente normativa. A própria lei deve-se abrir para a realidade das transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, bem como para a necessidade de buscar uma alteração na situação da comunidade, manifestada através de um sistema de direitos fundamentais, que compreendem os direitos individuais, os coletivos, os sociais e os culturais.

³ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, pg.19.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.81.

Como ensina José Alfredo de Oliveira Baracho:

O direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretenda algo de outra, sendo que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através de processo onde são reconhecidas as garantias mínimas. O acesso dos cidadãos aos tribunais de justiça, à procura de uma resposta jurídica fundamentada a uma pretensão ou interesse determinado, realiza-se pela interposição perante órgãos jurisdicionais, cuja missão exclusiva é conhecer e decidir as pretensões, que são submetidas ao conhecimento do órgão judicante, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa.⁵

Essa visão é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através de seu estilo decisório jurisprudencial, pois a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes.

Essa essência da prestação jurisdicional assume maior relevância quando se observa que, ao particular, foi vedada a realização da justiça "com as próprias mãos" (autotutela), já que tal função passou a figurar como dever do Estado. É o que se denomina de função jurisdicional ou simplesmente jurisdição. Disso decorre a indeclinabilidade da prestação jurisdicional, que é o princípio básico que rege a jurisdição. Segundo Grinover, Cintra e Dinamarco, o instituto:

É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)⁶.

O mecanismo pelo qual esta função, dita jurisdicional, ganha corpo é o processo, ou seja, um conjunto de atos interdependentes através dos quais se busca a realização pragmática do direito material. Contudo, dentro dessa ideia de inafastabilidade do controle jurisdicional, faz parte não apenas o acesso à

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Aspectos Contemporâneos. Rio de Janeiro. Forense, 2006, p.462.

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; PELEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002,pg.131.

justiça, mas o direito a uma prestação jurisdicional rápida (dentro da razoabilidade) e efetiva. Assim esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

A ideia síntese que está a base dessa moderna visão metodológica, consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e igualdade, que afinal, são manifestações de algo dotado de maior aspecto e significado transcendente: o valor justiça. Conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo, interpreta as suas palavras, sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo⁷.

Essa garantia de acesso aos juízes e tribunais consiste, pois, num direito público subjetivo, universalmente consagrado e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da justiça: é conferido ao membro da comunhão social (inclusive, à evidência, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito de invocar a prestação jurisdicional, relativamente a determinado interesse em conflito com o de outrem.

Mas o que se observa hodiernamente é uma prestação jurisdicional falha, sendo marcada dessa forma pelo enfraquecimento do Estado, e conseqüentemente o seu desprestígio, pois o que se busca no processo é a celeridade, em que uma decisão atrasada pode tornar-se ineficaz. Nessa senda, dizem Moraes e Spengler:

Conforme já constatado, enfrentamos, atualmente, crescentes falhas na direção de condutas que, desde o surgimento do Estado, sempre foram de sua competência por exercício e imposição do direito. É aqui, portanto, que se fala em crise da Justiça e em suas prováveis causas, como também na busca de subsídios para a obtenção de soluções factíveis que, pelo menos, possam amenizá-la⁸.

O acesso à Justiça tem sofrido uma transformação importante. A partir do momento em que as ações e relações assumiam caráter mais coletivo que individual, era necessário deixar para trás a visão individualista dos direitos, pois estes não representam a maioria dos conflitos hodiernamente existentes.

O acesso à Justiça é requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir os

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001,pg.24-25.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.106.

direitos de todos. Por isso, não é apenas um direito social fundamental; é também o ponto central da moderna processualística, necessitando de medidas urgentes, pois os instrumentos jurisdicionais existentes se mostram insuficientes para atender as demandas sociais.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

Ao visualizarmos o Direito Processual Civil por meio de lente do acesso à Justiça, temos que fazer aflorar toda uma problemática inserida num contexto social e econômico. Daí a necessidade de o processualista socorrer-se de outras ciências, bem como de dados estatísticos, a fazer refletir as causas de expansão da litigiosidade, bem como os modos de sua solução e acomodação. O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social. E, mais, se bem que indissociavelmente ligada à noção de acesso, aquele que trabalha com o Direito tem o dever de incumbir-se da mentalidade instrumentalista do processo.⁹

Logo, a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional, o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal.

Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. Diz-se daí que o conjunto de garantias constitucionais não serve apenas ao interesse das partes, como direito público subjetivo (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas configura, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Nessa esteira, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação da gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável. Responsável pela história própria (individual), do país e da coletividade e nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo de tomar a palavra, e ser escutado. É necessário, portanto,

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000,pg.27.

que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins.

É chegado o momento de se indagar se o processo como instrumento de atuação do poder do Estado, tem cumprido efetivamente seu papel na distribuição da justiça. Essa pergunta, embora seja tão antiga quanto a origem do próprio processo, é sempre atual, bem como a resposta que se tem dado repetidas vezes para criticar a morosidade na solução dos feitos.

Com o passar do tempo, isso se revelou incapaz de outorgar a adequada proteção aos novos direitos. Os direitos da personalidade, o meio ambiente, as práticas concorrenciais, entre outros, demonstram a necessidade de novos paradigmas de atuação da expressão jurisdicional do Estado, e demonstram que o sistema processual atual passa por uma crise interna de efetivação dos direitos, o que ocorre por consequência do modelo europeu-continental adotado, em que o processo encontra-se dividido em três segmentos, do conhecimento, da cautelar e da execução.

Da mesma forma que a execução era limitada, o processo de cognição se apresentava meramente com a função de declarar o direito, e o cautelar, de assegurar a possibilidade prática da ação, se procedente. Ressalve-se que a execução (salvo no caso da execução provisória, cujas hipóteses sempre foram exaustivas) era passível de produzir seus efeitos somente após a coisa julgada da fase de conhecimento, conseqüentemente limitada no tempo e no espaço.

Esse engessamento imposto pelo ordenamento jurídico, que imperava desde meados do século passado até aproximadamente o término da Segunda Guerra Mundial, transformou o processo em um aparelho ineficiente na produção e efetividade dos direitos tutelados pelo Estado. Conforme Arruda Alvim:

Entre nós, esse sistema repercutiu mais nitidamente como Código de Processo Civil de 1939, e, com transparência, no de 1973. A forma de execução praticamente predominante era a da tutela ressarcitória, o que equivale a dizer quase sempre execução por quantia certa, especialmente nas obrigações de fazer e de não fazer, que, inadimplidas, convertiam-se em perdas e danos¹⁰.

¹⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Manual de direito processual civil. 2v, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000,p.63.

As alterações ocorridas no âmbito da sociedade a partir da segunda metade do século passado, principalmente no campo social e na conjuntura econômica, exigem uma modificação da interpretação do escopo a que serve o processo, acentuando ainda mais seu caráter de instrumentalidade, através dos quais os direitos e garantias do cidadão, constitucionalmente previstos na Carta Magna, sejam garantidos. Tais modificações, assim como no direito, são dinâmicas e exigem um aprimoramento na forma de efetivação dos direitos, no próprio direito material e na interpretação do ordenamento jurídico como um todo, sob pena de ineficiência do aparelhamento judiciário e do Estado.

Para a busca, então, da maior correspondência possível da aplicação do acesso à justiça, surgem institutos como a mediação e a conciliação para, ao lado das formas tradicionais de resolver os litígios, desafogar o Judiciário e proporcionar realmente um acesso à jurisdição de forma paritária.

Refletem essas técnicas novos procedimentos, adotados a partir dos modelos já existentes, mas sempre buscando superá-los, facilitando o acesso dos cidadãos à justiça. Dessa forma a mediação desempenha um papel importante enquanto procedimento capaz de responder eficazmente aos conflitos emergentes nos mais diversos seguimentos socioeconômicos. A implantação de centros de mediação em comunidades de baixa renda pode ser um excelente meio para se promover e ampliar o acesso à justiça. Trata-se de uma forma eficaz que viabiliza o acesso a soluções rápidas e criativas, sendo, portanto, um elemento essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Para que a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos à tutela jurisdicional se cumpra, o provimento judicial terá de proporcionar ao titular do direito lesado ou ameaçado um resultado prático equivalente àquele que se obteria pelo cumprimento voluntário e oportuno da prestação assegurada pelo direito material.

Não há dúvida de que a ideia de processo prende-se à noção de tempo: resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o proceder tímido do fenômeno.

No processo, tal noção é de particular importância. Para ser justo, o processo há de ser efetivo; para ser efetivo, há de corresponder a real

necessidade do jurisdicionado, conferindo-lhe num prazo razoável o proveito do bem da vida disputado. Como a duração temporal do processo, em atenção à garantia de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, inc. LV), pode redundar em danos graves para a relação jurídica material discutida entre os litigantes, conclui-se que é possível o conflito entre duas garantias fundamentais: a do devido processo legal e do acesso à justiça. É nesse conflito que se impõe a mediação como tutela jurisdicional, como forma mais adequada hodiernamente para resolução do litígio ao tempo necessário. Nessa senda, Morais e Spengler:

(...) Os resultados atingidos pela reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensual possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.¹¹

Com o surgimento de novos conflitos o Estado de Direito tem seu dever de colocar em prática o ordenamento jurídico previsto por nossa legislação para que as demandas sejam resolvidas, trazendo ao sistema judiciário, vários tipos de litígios com isto, intensificando uma crise estrutural que congestionava o Poder Judiciário, fazendo com que ocorra morosidade e alto custo processual, sendo necessário trazer à baila novos institutos para a satisfação do acesso à justiça.

2. O (RE) ESTABELECIMENTO DO DIÁLOGO ATRAVÉS DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

A Mediação manifesta uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. O mediador, diferentemente do Juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O mediador fica no meio, não está nem de um lado e nem de outro, não adere a nenhuma das partes. É um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do conflito jurídico tradicional. Busca livremente soluções, que podem mesmo não estar

¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.106.

delimitadas pelo conflito, que podem ser criadas pelas partes, a partir de suas diferenças.

Não é apenas o lado objetivo do conflito que é analisado na mediação, mas também, e, sobretudo, o lado subjetivo. Essa é uma das bases da Mediação trabalhar a subjetividade do conflito, o lado oculto que todo conflito apresenta, o não verbal, o que se esconde no conteúdo latente do conflito, que, frequentemente, é diferente do conteúdo manifesto do conflito. A Mediação procura ir além das aparências explícitas, investigando os pressupostos implícitos do conflito. Assim definem Moraes e Spengler:

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais.¹²

O sistema de Mediação é aberto a qualquer aspecto que possa estar causando o conflito. O lado emocional e sensorial é extremamente importante na Mediação. Nesse sentido, diz Luis Alberto Warat:

Não é possível abordar um processo de mediação por meio de conceitos empíricos, empregando a linguagem da racionalidade lógica. Os conflitos reais, profundos, vitais, encontram-se no coração, no interior das pessoas. Por isto é preciso procurar acordos interiorizados.¹³

Na Mediação, é essencial a percepção do conflito como um todo, para que as partes sintam e respeitem suas diferenças. O sistema jurídico positivo procura mais estabelecer a uniformidade, eliminar os desvios, penalizar os culpados, obter a normalidade comportamental. A Mediação trabalha, também, com o potencial transformador dos desvios para integrá-los na formulação de uma nova solução.

A Mediação encara o poder emancipatório, que existe em todo sistema jurídico, como fator mais importante do que o poder normativo. Uma sociedade para ser justa precisa, sem dúvida, de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internalização --subjetiva dos valores éticos e morais. Sendo citada a mediação como exemplo de ética, pois é um modelo que está em moda e que procura satisfazer os anseios da sociedade moderna.

¹²MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.134.

¹³WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis, SC: Habitus, 2001, p.35.

Esse método alternativo de resolução de conflito está cada vez mais presente no mundo globalizado, sendo considerado, como um novo paradigma na resolução de conflitos, na medida em que é confidencial, mais econômico, célere, voluntário e preserva o poder das partes de decidirem qual o melhor acordo, uma vez que nem sempre uma decisão baseada no direito é a mais justa e o que consta dos autos, nem sempre é o real interesse das partes envolvidas.

A mediação é um processo extrajudicial de resolução de conflitos, no qual o mediador dá assistência às pessoas em conflito, com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo satisfatório. Permite que as partes encontrem uma saída original para seus conflitos; que trabalhem por si próprias na resolução do litígio; que sejam autoras e não meras expectadoras da decisão a ser tomada. Dizem José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler:

É fundamental que o mediador, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações que recebe das mesmas que o mediador poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis estratégias de tratamento de conflito.¹⁴

Então é necessário que o mediador compreenda as partes para que possa solucionar o conflito de maneira satisfatória, pois o mediador trabalha em função do procedimento. Neste caso o tratamento do conflito é realizado de forma consensual. Todavia, além disso, é necessário que o mediador realize sua própria tarefa de interpretação, com a hierarquização axiológica das normas-princípios, a fim de oferecer a mais adequada solução às partes envolvidas no conflito.

Ora, o estabelecimento da unidade e da coerência lógica do sistema normativo é feito por interpretação. É necessária a intervenção criativa do aplicador do Direito para concretizar o comando da norma: a norma não tem vontade própria nem satisfaz seu fetiche positivo a não ser pela atividade do intérprete.

A tarefa interpretativa cumpre, pois e antes de tudo, ao mediador, a fim de estabelecer os limites da tensão entre os participantes da mediação.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008,p.164.

Entretanto, tal atividade só pode ser feita adequadamente pelo mediador a partir de sua prévia compreensão em relação, não só ao objeto (norma a ser concretizada), mas também à própria forma de interpretação dele, o que se torna mais grave quando se trata da relação mediada com a Constituição. É que em tal circunstância cuida-se de buscar o fundamento máximo dentro do sistema, o que pressupõe a escolha da solução mais razoável na adequação da norma ao problema concreto.

A adequação feita pelo intérprete (que aqui é, em última análise, o mediador por inarredável autorização estabelecida na própria Constituição) ainda quando criativa, não pode ser arbitrária. Permeada por fundamentação cognoscível pelo destinatário dessa atividade, o que lhe permite aferir os valores sobrelevados na concretização da norma constitucional, deve observar ainda e mais uma vez os princípios ínsitos à ideia de Constituição, sob pena de aporia do sistema. Norberto Bobbio realça de modo considerável a importância dos princípios para a completude do sistema:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normais. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por CRISAFULLI. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que serem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?¹⁵

Os princípios são básicos ao sistema porque se trata de guias ao intérprete até para a solução de antinomias. Daí a necessidade de o mediador, antes e durante o desempenho de suas tarefas, dar-lhes como uma unidade valorativa. Afinal, o sistema jurídico deve abrigar valores homogêneos e compatíveis entre si, não significando, porém, que deva ser considerado como um monolito de valores agregados em torno de formulações literais que expressam comandos, positivados nas normas jurídicas. Não há unidade de valores na sociedade de modo a irradiar uma única tendência valorativa. O que

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: UnB -Universidade de Brasília, 2002,p.34.

deve ser preservada é a unidade do todo em si, reforçando a tarefa do intérprete para a solução das antinomias.

Outro ponto importante é a preservação da coerência teleológica do sistema. Como todas as normas têm caráter instrumental na busca de determinado fim político ou filosófico, é de esperar-se que as normas jurídicas de um dado sistema guardem alguma relação com esse fim.

O Direito é dinâmico e seus valores recebem nova dimensão e nova elaboração com o passar do tempo, ainda que a literalidade permaneça intacta. A unidade valorativa do sistema é garantida sob dois aspectos: estático e dinâmico. No primeiro, através da racionalização do texto legislativo, e no segundo - que nos interessa aqui, através da mediação.

Por tudo isso, diz-se que os princípios realizam três funções: informadora; normativa e interpretadora. A primeira atua no nível legislativo, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico. A função normativa é meio de integração do Direito, ou seja, supre suas lacunas. Por último, a função interpretadora, que baliza interpretação daquele que vai aplicá-lo ao caso concreto. Podem entrar em colisão entre si, não significando que venham a perder o seu lugar no ordenamento jurídico.

Justamente por isso, no caso concreto deverá ser feita a hierarquização em busca da solução mais razoável, com a intervenção do mediador (cada vez mais decisiva, em virtude da complexidade do mundo pós-moderno). Daí avulta de importância o conhecimento prévio do mediador acerca dos princípios aplicáveis ao caso, sem ranço de exclusividade, podendo mais de um princípio atuar na mesma relação jurídica. Isso se relaciona também à característica dinâmica do Direito, a possibilitar que o mesmo fato jurídico possa ser analisado e resolvido segundo diferentes perspectivas. Assim, fica garantido certo abrandamento na interpretação, libertando o intérprete-mediador da simples aplicação da lei através de silogismo lógico-formal.

A intervenção do mediador, informada às partes, encontra no diálogo o locus para constante correção e adequação das condutas, implicando instrumento próprio e adequado de acesso à Justiça, tomada aqui, não no sentido reduzido de Poder Judiciário, mas no sentido amplo de acesso a uma ordem jurídica justa, de que a pacificação social com a solução de conflitos representa a mais lídima expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por resultados em processos contenciosos, que no plano idealizado constituiria o meio mais hábil para a prestação de uma tutela célere e efetiva, se esvanece na precária e morosa via estatal, sendo inevitável e forçosa a evolução e a releitura que se opera no conceito de acesso à justiça.

Em que pese a tentativa de sumarização dos procedimentos e os ajustes nas fórmulas processuais tenham lançado suas sementes, passam ao largo da contingente demanda que se apresenta, ensejando uma renovação nas vias de expressão da justiça para que se efetive uma ordem jurídica justa, mediante promoção dos meios pacíficos de conflitos.

Hodiernamente, a prática de resolução de conflitos pela mediação se impõe como mecanismo que oportuniza maior satisfação e sentimento de justiça, eis que entrega o poder de gerir conflitos para os próprios atores sociais, conferindo a estes liberdade e autonomia para construir o acordo de forma que melhor atenda seus anseios. A redução da interferência estatal na vida privada dos cidadãos implica em maior correspondência a realidade que ora se apresenta, permeada por situações conflituosas que demandam um dinâmico e cuidadoso olhar.

O que se depreende da análise de tal procedimento é que há vantagens na descentralização dos atos jurisdicionais, com a intervenção de um terceiro envolvido, que não traz a solução imposta, meramente ditada pelos diplomas legais, mas assume a função de promover e empoderar os atores na estreita relação dialógica, interpretar a situação a partir de bases principiológicas, e então acomodar a solução pensada e construída pelas partes.

Distanciando-se do padrão que vinha embasando o cenário jurídico nacional, o desígnio das formas alternativas de resolução de conflitos democratiza e retira da solene e complexa esfera judicial as demandas que encontram em outras vias a sua solução, tendo por consequência o delineamento dos rumos de uma nova cultura jurídica. O instituto da mediação

se firma neste panorama como legítima ferramenta de transposição dos limites impostos pela judicância formal, afastando as conexões limitadoras do pleno exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 2v, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Aspectos Contemporâneos. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB - Universidade de Brasília, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; PELEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**, 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, SC: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.