

David Kelling de Souza

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO
COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof.^a Dr.^a Fabiana Marion Spengler
Orientadora

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico David Kelling de Souza adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 23 de novembro de 2017.

Prof.^a Dr.^a Fabiana Marion Spengler
Orientadora

*Às mulheres da minha vida, minha mãe Sheila, minha tia Sônia, minha avó Ivonir e
Jocasta (que além de tia é irmã), por terem, junto ou separadamente, cuidado de
mim. Amo vocês!*

*Eis o meu segredo. É muito simples: só se vê bem com o coração.
O essencial é invisível aos olhos.*

(SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. O pequeno príncipe, 1994).

AGRADECIMENTOS

À minha querida **mãe**, que divide comigo as angústias e alegrias da graduação (eu em direito, ela em pedagogia): o meu eterno obrigado pelos “colos” e abraços.

Aos meus colegas e amigos que tornaram mais alegre a minha graduação.

À minha orientadora **Fabiana Marion Spengler** (“profe”), coordenadora de projeto de pesquisa e de extensão e “mãe acadêmica”, os meus agradecimentos pela paciência, pelos puxões de orelha e pelo carinho. Ao professor **Théo Spengler**: obrigado por me fazer amar processo civil. Aos dois, digo que não há forma que me permita demonstrar a admiração que sinto por ambos!

RESUMO

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor consagrou os métodos autocompositivos para o tratamento das demandas. Busca-se, a partir do estudo, dar uma resposta a seguinte problemática: a mediação de conflitos prevista no atual Código de Processo Civil é política pública que fomenta o acesso à justiça no Brasil? Partindo de um marco teórico do conflito, o texto traz alguns fenômenos decorrentes das relações interpessoais, bem como abrange as especificidades da mediação inseridas no CPC e os princípios instrumentais do instituto. Como objetivo geral, quer-se discutir os conflitos sociojurídicos atuais e as diferentes formas do seu tratamento, investigando o Código de Processo Civil como política pública de acesso do cidadão à justiça. Não obstante, como objetivos específicos elencam-se: a) delimitar a temática referente aos conflitos sociojurídicos, bem como as suas consequências principais ante a crescente demanda social da população pela tutela do Poder Judiciário; b) descrever as diferentes formas de gestão de conflitos a partir de métodos alternativos/adequados; e c) analisar a mediação de conflitos sob a égide do Código de Processo Civil em vigor, precipuamente o caráter deste como instrumento de concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, política pública de acesso à justiça. Para cumprir os objetivos propostos, o presente trabalho conta como tipo de pesquisa a bibliográfica. Como método, utilizou-se o hermenêutico, forma como se dará a interpretação de textos base. Os resultados obtidos são capazes de concluir que a ressignificação da justiça e do exercício dos direitos fundamentais passa por um movimento de utilização de novas ferramentas que, aliadas à jurisdição, possam devolver aos cidadãos a racionalização da ideia de democracia e acesso à justiça, garantindo um processo célere e com uma resposta adequada. De mais a mais, é possível afirmar que o Código de Processo Civil inaugura, no ordenamento processual brasileiro, a concretização do intento de promover, a partir da mediação de conflitos, uma cultura pacificadora e viabilizadora do diálogo, forma como a população possui a garantia de acesso à justiça, no seu mais amplo significado e alcance.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; mediação; acesso à justiça.

ABSTRACT

The Procedural Civil Code (CPC) in force enshrined the self-assessment methods for dealing with claims. From the study, it seeks to answer the following problem: does the mediation of conflicts provided for in the current Code of Civil Procedure constitute public policie that fosters access to justice in Brazil? Starting from a theoretical framework of conflict, the text brings some phenomena arising from interpersonal relations, as well as covering the specificities of mediation inserted in the CPC and the instrumental principles of the institute. As a general objective, we want to discuss current socio-juridical conflicts and the different forms of their treatment, investigating the Procedural Civil Code as a public policie of citizen's access to justice. Nonetheless, specific objectives include: a) delimiting the issue of socio-legal conflicts, as well as their main consequences in view of the growing social demand of the population for the protection of the Judiciary; b) describe different forms of conflict management from alternative/appropriate methods; and c) to analyze the mediation of conflicts under the aegis of the Procedural Civil Code in force, rather the character of this as an instrument for the realization of fundamental rights and, consequently, public policy of access to justice. In order to fulfill the proposed objectives, as type of bibliographic research. As a method, the hermeneutic was used, as will be the interpretation of base texts. The results obtained are able to conclude that the re-signification of justice and the exercise of fundamental rights requires a movement to use new tools that, together with the jurisdiction, can return to citizens the rationalization of the idea of democracy and access to justice, guaranteeing a process with an appropriate response. Moreover, it is possible to affirm that the Procedural Civil Code inaugurates, in the Brazilian procedural order, the concretization of the attempt to promote, from the mediation of conflicts, a pacifying culture and viabilizing the dialogue, how the population has the guarantee access to justice in its broadest meaning and scope.

Key words: Procedural Civil Law Code; mediation; access to justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	O CONFLITO, O ESTADO, AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ACESSO À JUSTIÇA.....	11
2.1	Fenômenos do conflito: uma abordagem dos papéis sociais e da socialização.....	11
2.2	O Leviatã: o monopólio estatal no tratamento dos conflitos.....	17
2.3	Políticas públicas e acesso à justiça.....	24
3	MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO.....	31
3.1	Arbitragem.....	32
3.2	Conciliação.....	38
3.3	Mediação de conflitos.....	41
3.4	Princípios do terceiro mediador.....	44
4	O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS INSERIDA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	49
4.1	A (in)voluntariedade das partes e a sessão de mediação: interpretação do art. 334 do CPC.....	51
4.2	A indisponibilidade de direitos e os conflitos que admitem a transação.....	53
4.3	A (in)disposição das partes à sessão de mediação como requisito da petição inicial.....	57
4.4	O caminho da mediação como política pública de acesso à justiça no Código de Processo Civil.....	59
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

Nas sociedades marcadas pelo regime democrático de Direito,¹ o conflito integra a rotina das pessoas. As mais diversas causas podem dar azo ao aparecimento do conflito. Este, decorrente da convivência do homem em sociedade, pode surgir a partir de uma ruptura contratual, onde um contratante – ou os dois -, infringe(m) as cláusulas do compromisso firmado. Ainda, pode aparecer pelo não cumprimento de um papel social, o que não se dissocia da primeira hipótese (pois espera-se dos contratantes o respeito ao pacto firmado).

Com a consciência da existência do conflito premente e a partir da necessidade de entendê-lo, o trabalho que se apresenta contém o seguinte problema de pesquisa: a mediação de conflitos prevista no atual Código de Processo Civil é política pública que fomenta o acesso à justiça no Brasil?

O objetivo geral, por sua vez, está pautado em discutir os conflitos sociojurídicos atuais e as diferentes formas do seu tratamento, investigando o Código de Processo Civil como política pública de acesso do cidadão à justiça. Apresentam-se, como objetivos específicos: a) delimitação da temática referente aos conflitos sociojurídicos, bem como as suas principais consequências ante a crescente demanda social da população pela tutela do Poder Judiciário; b) a descrição das diferentes formas de tratamento de conflitos a partir dos métodos adequados/alternativos, os seus principais objetivos e caracterizações; e c) a análise da mediação de conflitos sob a égide do Código de Processo Civil em vigor, precipuamente o caráter deste como instrumento de concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, política pública de acesso à justiça.

Para cumprir com a proposta delineada, esta pesquisa se desenvolveu a partir da leitura de textos constantes em livros, artigos e diplomas legais, possuindo como tipo de pesquisa a bibliográfica. Como método, utilizou-se o hermenêutico, forma como se deu a interpretação dos textos estudados, dos quais se extraíram conceitos, princípios e buscou-se a resposta dirimida no problema de pesquisa.

A partir do que será exposto, é pertinente dizer que o trabalho se justifica a partir da sua temática atinente às políticas públicas que buscam o acesso do cidadão aos seus direitos constitucionalmente respaldados, refletindo a sua relevância para o mundo jurídico. Ademais, tratando-se de um estudo da

¹ Neste tipo de sociedade é que existe a possibilidade de atuação e participação da sociedade, diferente do que ocorre nos Estados Ditatoriais, por exemplo.

legitimidade estatal para a resolução de controvérsias, bem ainda por discutir o papel do cidadão e do Judiciário no tratamento dos seus litígios, a pesquisa se revela pertinente ao ramo das ciências sociais aplicadas (Direito). Pessoalmente, a monografia é se encaixa com o objeto de estudo do acadêmico subscritor, visto que bolsista de pesquisa e extensão durante a maior parte da graduação em direito, tendo participado da elaboração de textos alinhados ao estudo do Estado, da Jurisdição, do Processo Civil e, especialmente, da mediação de conflitos, conjuntamente com a sua orientadora.

De mais a mais, este texto se vincula à linha de pesquisa de políticas públicas do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, no qual é docente a orientadora do autor da monografia e onde o discente participa de grupo de estudos e pesquisa, vinculado ao CNPq.

Inicialmente, pautando-se pela existência do conflito na sociedade, busca-se compreendê-lo sob o enfoque da sociedade, a partir do que será possível entender que das tensões decorrem fenômenos capazes de interligar os indivíduos e os seus grupos sociais. Primeiro, estudar-se-á o papel social e, como resultado disto, a socialização², ambos decorrentes da dinamicidade conflitiva.

Após, traz-se a figura do Estado que, decorrente de um contrato firmado entre os homens e um ente soberano, outorga a este o poder/dever de defender a sociedade do mal comum (HOBBS, 2000). Ou seja, oportuniza-se a segurança social e jurídica, bem como o legitima a atuar pela proteção dos interesses sociais (WEBER, 2000).

Ademais, salienta-se a intersecção entre o jurídico e o político, visto que a monografia que se apresenta se conectou ao ciclo das políticas públicas, desde a fase da apresentação e definição dos problemas públicos (notadamente a crise jurisdicional) e a construção de uma agenda atinente a lidar com os fatos e as circunstâncias que chamam atenção do governo e do cidadão.

Outrossim, traz consigo alguns pontos criticados pela doutrina no que tange à mediação inserida nos dispositivos legais do Código de Processo Civil, com vista a contextualizar os princípios constitucionais, processuais e da autocomposição.

² O termo utilizado no presente estudo se refere ao conflito enquanto forma de interação humana. Frisa-se que a expressão citada é utilizada por Simmel em sua obra *Soziologie*, de 1968, e que foi traduzida no Brasil, por Carlos Alberto Pavanelli e outros como “sociação”, em 1983. Todavia, esta tradução pode comportar dúvidas, uma vez que a palavra, na língua alemã (*Vergesellschaftung*) tem como sentido um “processo de socialização”. Por isto, “socialização” poderia ser uma tradução mais adequada.

2 O CONFLITO, O ESTADO, AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ACESSO À JUSTIÇA

O capítulo que se inicia visa contextualizar e dar rumo a todo o trabalho de pesquisa que será apresentado. Isto porque, parte-se da premissa que o convívio social carece de estudo, uma vez que o direito, tal como posto, não é fim em si mesmo, mas meio de consecução de objetivos, divisão de tarefas e garantias.

Logo, estudar o conflito e os seus fenômenos, com amparo em Dahrendorf (1991) e Simmel (1983), é premissa para compreender o porquê da proposta da mediação e o interesse do Estado - contratualista a partir de Hobbes (2000) -, e detentor da violência legítima que é mencionada por Weber (2000), em estabelecer políticas para o tratamento das demandas conflituosas.

Essa política, em especial a mediação de conflitos, obriga que se entenda o que é, afinal, política pública, um dos escopos deste estudo, baseando-se em Maria Paula Dallari Bucci (2006), especialmente.

Por fim, traz à lume o acesso à justiça, que encontra em Cappelletti e Garth (1988) e na doutrina de Spengler respaldo para se discutir como possibilitar a tutela de direitos a partir da complexidade social existente.

Como se vê, o texto que se apresenta desafia o jurídico, transpassando pelo mundo da sociologia. É, pois, o que se pretende.

2.1 Fenômenos do conflito: uma abordagem dos papéis sociais e da socialização

A definição da palavra conflito sob a égide etimológica advém da noção de choque. Não obstante isso se sobressai o entendimento de que se trata o conflito de uma inadequação de intenções, onde os interesses de um indivíduo não se coadunam com a vontade de outro. Ao conceituar conflito, pode-se lançar mão da mais diversificada doutrina. Todavia, é na sociologia, pautando-se precipuamente de autores como Ralf Dahrendorf e Georg Simmel, que o presente estudo busca ascender ao seu entendimento, perpassando os papéis sociais e a socialização como forma de relação social positiva oriunda do conflito.

Aliás, essa relação social advinda do conflito, só é possível em regimes democráticos. Neste sentido, a leitura de Garapon (1997) esclarece que, no regime totalitário das ditaduras, há identidade entre os interesses do Estado e da sociedade. Isto porque, à segunda, impõe-se a supremacia dos interesses do ditador. De outro

lado, no sistema democrático, o conflito decorre da lógica de que os interesses dos cidadãos e os do Estado não são unificados, do que se exige a discussão e uma maior experiência participativa dos indivíduos, fazendo surgir o conflito.

Spengler, Bitencourt e Turatti (2012), apontam que mesmo nos regimes totalitários existem conflitos. Todavia, de forma artificial, o Estado coíbe a sua repercussão, atuando como moderador, de modo a por fim às consequências das situações conflituosas. Assinalam ainda que, o tratamento negativo destas situações podem, em alguns casos, levar à violência e à violação de direitos.

Visto o caráter democrático da temática – do que se explica a relevância social do estudo -, a fim de melhor pautar a conceituação do conflito, usa-se a explicação de Spengler (2016a), que, no sentido figurado, busca “dissecar” o termo, caracterizando-o como uma ação e reação entre duas pessoas ou grupos de uma mesma espécie que detêm pretensões diversas entre os seus correspondentes. De tal modo, atuam uns sobre os outros, voluntariamente (pois à sua vontade há um exercício de reação), do que emerge uma atividade de hostilidade, dirigida especialmente a um direito a que se pretende alcançar ou tenha sido violado.

Pode-se, sem prejuízo da ligeira explicação supra, esclarecer a origem do conflito e suas consequências. Para tanto, lança-se mão da colaboração das ciências sociais, da qual fica evidente o papel que a sociedade exerce na formação do conflito e, logicamente, dos fenômenos que dele decorrem.

O alemão Ralf Dahrendorf traz à lume o fenômeno que, por si só, é a sociedade. Esclarece que o fenômeno sociedade pode ser descrito como “fato irritante” (DAHRENDORF, 1991). Isto porque, assevera o autor:

obedecemos leis, votamos em eleições, casamos, frequentamos escolas e universidades, temos uma profissão e somos membros de uma igreja. Cuidamos de nossos filhos, tiramos o chapéu ante os nossos superiores, damos preferência aos mais velhos, falamos com diversas pessoas em diversas línguas, sentimo-nos aqui em casa, acolá forasteiros. (DAHRENDORF, 1991, p. 39).

Continuamente, Dahrendorf (1991) leciona que o homem é incapaz de caminhar por si, sem que entre ele e o mundo exista um terceiro que os relacione: a sociedade. Os indivíduos, como tais, ficam frente a frente a este fato – sociedade e, para o autor “fato irritante da sociedade” – tornando-se o objetivo do estudo da sociologia.

É o indivíduo que forma a sociedade, sendo a relação entre os homens a sua razão de ser. Destarte isto, “o ponto de intersecção entre a sociedade e os indivíduos se dá nos grupos sociais” (DAHRENDORF, 1991, p. 40). Ou seja, enquanto os indivíduos compõem o fenômeno da sociedade, nela a forma mais clara de relação entre os homens ocorre nos grupos nos quais se inserem, denominados aqui de grupos sociais.

Contudo, da natureza fenomenológica das relações sociais, exsurge o desaparecimento do indivíduo. Isto importa dizer que não é mais o homem um objeto individualizado de estudo para a sociologia, mas um ser inserido em um grupo social, este sim, por sua vez, objeto de análise sociológica.

Não se prescrevem as digressões acima sobre o fenômeno do estudo da sociologia como matéria excipiente com fins a “encher” o texto. Objetiva-se, sim, conclamar e verificar dentro da sociedade (com amparo do estudo sociológico) as formas como das relações surgem os mais diversos conflitos.

Destarte isso, a vida em sociedade muito se pauta pelas formas preestabelecidas de atuação do homem. Segundo Dahrendorf (1991, p. 41), “no ponto de intersecção entre indivíduo e sociedade, encontra-se o ‘*homo sociologicus*’, o homem enquanto portador de papéis sociais preformados”. Para ele, constitui-se o indivíduo pelos seus papéis sociais, sendo especialmente eles o fato “irritante” da sociedade (DAHRENDORF, 1991).

Os papéis sociais delimitam – embora sejam infinitos -, a atividade do homem em sociedade. São, para Ralf Dahrendorf (1991, p. 46) “uma forma de comportamento preestabelecido para uma regra de comportamento individual, passando de um conceito sociológico para um conceito psicossociológico”. Não obstante aos papéis existem ainda as posições sociais, das quais, assim como no primeiro, não se pode evadir-se.

Nesse sentido, a sociedade atribui modos comportamentais a cada posição que as pessoas possam ocupar, seja ela de sexo (masculino, feminino), familiar (pai, mãe, responsável), profissional (advogado, professor, farmacêutico, etc.), de nacionalidade, classe social e outros. Dos atributos do comportamento das posições sociais, os indivíduos, como assevera Dahrendorf (1991), não podem se desfazer. Ou aceitam de modo a cumprir as exigências que se impõem, renunciando o homem a sua individualidade, mas percebendo benevolência da sociedade na qual está inserido, ou resiste a tais exigências sociais. Neste segundo caso, embora conserve

eventual independência, esta será obsoleta e abstrata, pois estará sob o crivo das sanções da sociedade (DAHRENDORF, 1991).

Posição e papel social, embora conexos, são conceitos distintos. Um indivíduo exerce diversas posições no seu cotidiano: é mulher, exerce atividade profissional como advogada, possui companheiro afetivo com o qual compartilha a sua posição familiar, exercendo sobre os filhos o poder/dever de cuidado moral e sustento material. Ainda, à noite, participa de um comitê que busca fomentar a participação das mulheres na advocacia, associação da qual possui a atividade de primeira secretária. Veja-se que, este indivíduo é mãe. Mas também é uma cidadã que busca a inserção da mulher no plano do exercício do Direito (notadamente na advocacia). Uma posição não exclui a outra. Elas são concomitantes. Complementam-se.

Consagra-se que, a posição social é o âmbito espacial (local) que delimita um campo de relações sociais (DAHRENDORF, 1991). Do conjunto do exercício das posições sociais, então, decorrem os papéis sociais. Dessa mulher exemplo acima mencionada, espera-se o exercício do seu papel social. Este, por sua vez, é a conexão entre todas as suas posições, e o que delas se espera – no seu sentido de valor, quantidade e qualidade. Colaciona-se o entendimento de Dahrendorf (1991, p. 54):

a cada posição que uma pessoa ocupa, correspondem determinadas formas de comportamento, que se esperam do portador dessa posição; a tudo que ele é, correspondem coisas que ele faz ou tem; a cada posição corresponde um papel social. Ocupando posições sociais, o indivíduo torna-se uma pessoa do drama escrito pela sociedade em que vive. Através de cada posição, a sociedade lhe atribui um papel que precisa desempenhar. Através de posições e papéis, os fatos indivíduo e sociedade são mediatizados. Este par de conceitos caracteriza o *homo sociologicus*, o homem da sociologia, constituindo o elemento básico da análise sociológica.

Logo, enquanto as posições indicam o local em campos de referência, conforme ensina o autor acima, o papel demonstra a origem das relações entre os detentores das aludidas posições (DAHRENDORF, 1991).

Conquanto de um papel social, correspondente a uma posição, não se possa saber claramente qual a forma de comportamento fático do indivíduo, quando se conhece a sociedade que definiu este papel é possível saber qual o comportamento esperado. Papéis sociais, interligados ao comportamento de detentores de posições sociais em uma determinada sociedade, são expectativas.

Por conseguinte, atua sobre o indivíduo a coerção oriunda das expectativas dos papéis sociais. Como tal, a coerção social pode ser experimentada em suas mais diferentes formas. Isto implica dizer que o sujeito que transgride a regra correlata ao seu papel social poderá experimentar a privação dos seus desejos, como forma de imposição comportamental. Ou seja, “aquele que não desempenha o seu papel será punido; quem o desempenha, será recompensado; na pior das hipóteses, não castigado” (DAHRENDORF, 1991, p. 57).

Daí decorrem conflitos que transcendem o âmbito pessoal do conformismo. Isso porque, conforme explanado, o fato “irritante” da sociedade se espalha na medida em que os indivíduos se conformam com o seu papel social, querendo evitar, sempre que possível, as sanções oriundas do seu rompimento. Espera-se muito da mãe. Zelo, auxílio moral e material, carinho, afeto, etc. Para tanto, a sua posição de mãe lhe impõe comportamento afirmativo, no sentido de defender a sua prole. Não o fazendo, rompe-se o pacto entre ela e o seu grupo social. Um exemplo ficto, mas de feição e realidade jurídica, é a obrigação alimentar recíproca entre pais e filhos.

Uma vez que a pessoa da mãe, no exemplo aqui delineado, não detenha o exercício da guarda de seus filhos, deverá, à luz do direito civil brasileiro, prestar uma verba financeira capaz de suprir, concorrentemente com o guardião dos filhos comuns, as necessidades mais básicas da prole, garantindo-lhes a dignidade e o perfeito desenvolvimento mental e físico. É, pois, uma obrigação – na linguagem do Direito -, mas uma expectativa no âmbito do exercício do seu papel social de mãe.

Nesse diapasão:

fugir à força da lei ou mesmo desprezo social, constitui um empreendimento extremamente difícil em qualquer sociedade. A sociedade não só cunha uma forma para cada posição existente, como também vela para que o portador dessa posição não modifique intencionalmente a forma preestabelecida, criando formas próprias. Da mesma maneira que as formas, também as sanções a elas relacionadas são suscetíveis de mudanças. Como aquelas, também estas são onipresentes e inevitáveis. (DAHRENDORF, 1991, p. 58).

Ao que já foi descrito, soma-se a disponibilidade das renúncias. Diversamente, os efeitos das sanções. Estes visualizam-se a partir das expectativas de papéis sociais. Dahrendorf (1991, p. 61) pontua que, assim como ocorre no Direito “cada sociedade apresenta constantemente processos de consolidação dos

usos para costumes e dos costumes para leis, igualmente os papéis sociais encontram-se sob constante mudança”.

Infringem-se, portanto, os modelos comportamentais, razão pela qual novos conflitos dão azo a novas alterações dos padrões de papéis sociais, e assim consecutiva e continuamente as relações se modificam e se especializam. Por isto, é que o conflito assume uma especial relevância nas relações sociais, uma vez que dele sobrevém a mudança e, não se olvida, certa unidade e coesão social (SPENGLER, 2016a). Ou seja, invariavelmente o rompimento de um papel social deverá consubstanciar um conflito.

Contudo, paralelamente ao papel rompido e ao conflito por consequência irrompido, há a experiência positiva do conflito. Para Sales (2007), o conflito é inerente à formação do homem e da sociedade. O antagonismo existente entre os interesses de uns e outros não deve ser interpretado como algo eminentemente ruim. Isso porque é algo comum no dia a dia dos indivíduos, pois é fruto da convivência. Continua a autora a mencionar que o conflito, “quando se percebe que um impasse pode ser um momento de reflexão e, em consequência, de transformação, torna-se algo de positivo” (SALES, 2007, p. 24).

Com efeito, o conflito é forma de interação entre os homens. Isto importa dizer que, por se tratar de uma interação vivida e realizada por mais de um indivíduo, é, em conformidade com Simmel (1983), uma clara forma de socialização. Continua o autor, quando esclarece que “o conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitante” (SIMMEL, 1983, p. 122).

O próprio conflito tende a resolver as tensões existentes a partir do momento que os sujeitos trabalham tanto um contra o outro quanto um pelo outro. Aí está inserida a relevância social do conflito que Simmel (1983) trabalha de forma a esclarecer satisfatoriamente o papel positivo do conflito. Sob a sua explanação, assinala-se que “todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistos pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito”. (SIMMEL, 1983, p. 122). É o conflito como vértice positivo da interação humana: a “socialização”.

Assumindo a condição do conflito como elemento de mudança e meio de interação social, verifica-se que o indivíduo não adquire a sua unidade seguindo apenas normas lógicas, mas antes disso, a partir da contradição e do conflito (SIMMEL, 1983).

Melhor esclarecendo:

assim como o universo precisa de “amor e ódio”, isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenha uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas discordâncias não são absolutamente meras deficiências sociológicas ou exemplos negativos. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas das forças sociais positivas e apenas na medida em que aqueles fatores negativos não atrapalhem. Esta concepção comum é superficial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação, que se manifestam desse modo como inteiramente positivas. (SIMMEL, 1983, p. 124).

A dinâmica do conflito, assim tida como a “socialização”, demonstra-se como a forma que os homens se agrupam e visam atingir seus interesses. Estes interesses, da espécie que forem – ideais ou sensuais, sazonais ou permanentes – formam a base das sociedades humanas (SIMMEL, 1983).

Disso é possível afirmar que o conflito promove a integração social.

Entender, portanto, que o conflito é algo comum e inerente ao homem é imprescindível para compreender a necessidade de alternativas para o seu tratamento. Se a experiência do conflito é positiva, otimizar a sua vivência faz com que se torne possível qualificar os seus resultados.

A expressividade do conflito na sociedade e a legitimidade para o seu tratamento é, pois, o texto que se aproxima.

2.2 O Leviatã: o monopólio estatal no tratamento dos conflitos

Não obstante o sistema jurídico garanta aos homens a igualdade – como preceito fundamental da constituição da sociedade -, existem expressivas diferenças entre estes. Como anteriormente foi possível verificar, é em sociedade que o homem expressa a sua existência. A sociedade, por sua vez, é necessária para as pessoas, enquanto local de comunicação das diferenças sociais, políticas, religiosas e econômicas.

Contudo, o fato de não possuírem os homens o mesmo *status*, alude à existência de instituições capazes de tornar possível a vida da comunidade (SPENGLER, 2016a). Para tanto, busca-se compreender a extensão do contrato existente entre os indivíduos, de modo a preservar-lhes a segurança e a dignidade, mesmo que em detrimento da sua individualidade.

Nesse sentido, o exercício destinado a entender a necessidade da formação de um ente constituído de um poder superior e coercitivo é capaz de elucidar o

ponto a ser abordado neste subcapítulo, destinado ao Estado e a sua legitimidade para gerenciar os conflitos individuais e sociais.

O homem, segundo a teoria *hobbesiana*, vive em permanente guerra, seja pela manutenção de seus direitos naturais - que são aqueles que dispõem tudo aquilo que o homem pode fazer para se defender e sobreviver -, seja pela conquista de novos, revertendo-se como a liberdade de cada homem em agir como bem lhe aprouver. Para introduzir o seu estudo, o filósofo inglês parte da ideia central de que no estado de natureza do homem, a sua condição é a da guerra entre si. Aperfeiçoa o autor:

uma vez que a Condição Humana (conforme foi visto no Capítulo anterior) é a da Guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria Razão, e não havendo algo que o homem possa lançar mão para ajuda-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim, perdurando esse Direito de cada um sobre todas as coisas, não poderá haver segurança para ninguém (por mais forte e sábio que seja), de viver durante todo o tempo que a Natureza permitiu que vivesse (HOBBS, 2000, p. 99).

Isso implica dizer, portanto, que para a manutenção da vida em estado de natureza – principalmente no contexto de interação social -, os indivíduos devem buscar, na medida de suas próprias armas, manter uma condição de estabilidade social. Daí decorre a lei fundamental da natureza que, segundo Hobbes (2000) é buscar a manutenção da paz e mantê-la.

As relações dos homens são expressas a partir de pactos. Como tais, são as manifestações da vontade dos indivíduos que, entre si e perante seus pares, detêm o direito de assumir obrigações. Contudo, diante da ausência de um poder superior de coação, as avenças celebradas entre os homens se revestem em meras expressões de vontade destituídas de caráter obrigacionais, conquanto fundadas tão somente na consciência de cada um ou, ainda, pelo medo da represália do outro (mantendo-se, destarte, a condição de guerra).

Não obstante isso, em um contrato, regra geral, em que nenhum dos contratantes cumpre voluntariamente a sua obrigação, havendo suspeita razoável, o pacto reveste-se de nulidade. Contudo, ante a existência de um poder superior daquele dos pactuantes, com força e direito capazes de obrigar o cumprimento do contrato, este será convalidado (HOBBS, 2000). Este poder, todavia, inexistente no estado de natureza.

É da exigibilidade do cumprimento dos pactos que surge o Estado. Este, como terceiro constituído de força coatora, delimita a forma de ação do homem. É a

lei civil que vai disciplinar as relações entre os indivíduos, de forma a constituir entre eles as regras gerais de condutas sociais e proibições da ação e faculdade da omissão.

Isso porque, verifica-se paralelamente ao surgimento do Estado, a própria ideia de justiça que, para Hobbes (2000), decorre da celebração dos acordos. Todavia, sendo a guerra a condição natural do homem, é necessário existir algum poder coercitivo que subjugu os homens a cumprirem as suas obrigações assumidas. Este poder deve ser tão ávido que o descumprimento dos pactos seja tão ruim que o temor de alguma pena seja evidentemente prejudicial ante eventual benefício que se teria com o rompimento do acordo. Isto só é possível com a existência do Estado (HOBBS, 2000).

Ao transferir o seu direito à autotutela, ou seja, direito de impor individualmente a sua força perante seus pares, o homem destitui-se de total liberdade e dominação em favor do Estado. Impõem-se, originariamente, restrições sobre si para nos Estados viver, garantindo-se, assim, uma vida feliz. Neste sentido, felicidade significa o ânimo de buscar abandonar a condição de guerra.

Continua o autor:

sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força que não dão a mínima segurança a ninguém. Assim, apesar das leis da natureza (que cada qual respeita quando tem vontade e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder considerável para garantir nossa segurança, o homem, para proteger-se dos outros, confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade (HOBBS, 2000, p. 123).

Para tanto, o acordo entre os homens, a fim de buscar a segurança, surge de forma artificial: com um pacto. Este, por sua vez, extrapola a vontade de um ou dois homens, mas consubstancia-se pelo interesse na paz de vários deles, através de um poder comum.

Menciona Hobbes (2000), que a união do povo constitui uma terceira pessoa, o Estado, que possui como essência a instituição a partir de atos da sociedade, através de pactos inter-partes, a fim de garantir a paz em detrimento da guerra. O filósofo continua, ao afirmar que, deste contrato nasce o “Leviatã”, a quem se deve a paz e defesa dos homens em Estado, ao qual se atribui autoridade a um só ente soberano, que poderá fazer uso do poder e da força, a fim de garantir a paz em seu território (HOBBS, 2000).

Conceituado e vislumbrado o marco teórico da instituição do poder soberano, verificar-se-á as relações de poder no âmbito interno do Estado, com base, precipuamente, na sociologia da legitimação do poder estatal em Max Weber.

Weber (2000) compreende que a diferenciação dos homens se dá em relação a sua posição no mercado, sendo que a sua autoridade e o seu poder, não necessariamente terão relação direta com o capital financeiro que possuam.

Nessa análise, é possível verificar que a teoria do conflito de Max Weber se filia às relações de poder, distinguindo-se, internamente, o poder legítimo e ilegítimo (SPENGLER, 2016a). Infinitos fatores, pois, podem levar a um indivíduo a ser detentor de poder de dominação. Em que pese isto, é necessário que na situação específica do exercício do poder, seja ele imbuído de legitimidade. Daí, o primeiro conceito a ser trabalhado.

A legitimidade é o reconhecimento da autoridade do legitimado, de modo que os membros de uma dita comunidade atribuam poder de dominação em razão de características do agente detentor da autoridade. Esta pode ser dividida em três tipos de dominação legítima (WEBER, 2000).

A primeira é aquela baseada na ideia ou crença das ordens instituídas mediante o direito de mando dos indivíduos que, em razão destas ordens, estão incumbidos de exercer a dominação legal, forma de legitimação nomeada “racional”. A segunda, chamada “tradicional”, baseia-se no entendimento da santidade das tradições existentes *a priori*, o que legitima aqueles que, em virtude desta tradição, expressam a sua autoridade. Por fim, a de caráter “carismático”, que se afirma pela aceitação incontroversa da santidade e do poder heroico de uma pessoa (WEBER, 2000).

Nos três casos, a racionalização do processo de submissão passa por procedimentos distintos. A dominação baseada em estatutos (racional) é exercida de forma impessoal. O detentor do poder de autoridade assim se revela em razão do cargo que ocupa, e não por questões de ordem íntima (como o carisma e a tradição). Já a dominação inerente das tradições extrapola o cargo exercido, conferindo-se poder de autoridade a determinada pessoa por uma relação evidentemente pessoal, na qual se acredita na dignidade e no poder *daquela* pessoa e não na autoridade de outro. Ao cabo, a legitimação de ordem carismática, na qual se obedece ao líder em decorrência do poder mítico que este possui, ou, acreditam os carismaticamente dominados possuir (WEBER, 2000).

Não obstante isso, o Estado incorpora, principalmente a partir da sua estrutura burocratizada, uma expressiva forma de legitimação, lastreada pela lei comum estatuída. Essa se revela inclusive pelo uso da força. Neste sentido, o Estado é o único legitimado a fazer uso da coerção física, conquanto, paralelamente, reivindique a exclusividade sobre o seu uso legítimo, de modo a manter a coesão social (SPENGLER, 2016a).

Na estrutura interna do Estado, distribui-se o poder. Como catalisador do conflito social, os papéis sociais exercidos pelos indivíduos interestatais desvela-se a partir da diferenciação entre os poderes distribuídos, que bem distinguem o exercício da autoridade.

Conforme enfatiza Spengler (2016a, p. 141), “a identificação dos papéis de autoridade com diferentes atribuições é a primeira tarefa da análise de conflitos [...]”. Continua a autora, ao salientar que a análise do conflito prossegue justamente a partir da distribuição do poder e da autoridade (SPENGLER, 2016a), pois esta última é uma expressão da relação de dominação e sujeito.

Dessa forma, a autoridade, imbuída de poder legitimado, poder ser instrumento catalisador dos conflitos sociais. Spengler (2016a, p. 142) leciona que:

(1) as relações de autoridade são sempre de superioridade e subordinação; (2) quando existe relações de autoridade, há a expectativa social de que o elemento superior exerça controle, mediante ordens, admoestações e proibições, sobre o comportamento do elemento subordinado; (3) tais expectativas vinculam-se a posições sociais relativamente permanentes, e não ao caráter de indivíduos específicos, que são, nestes termos, legítimas; (4) autoridade, diferentemente de poder, nunca é uma relação de controle generalizado sobre outrem; (5) como a autoridade é uma relação legítima, a desobediência de seus comandos pode provocar sanções, e é, na verdade uma das funções do sistema legal (e, naturalmente, dos costumes e normas quase-legais) apoiar o exercício efetivo da autoridade legítima.

Por tais razões, o Estado, por ser o legítimo possuidor da ordem e do uso da força, revela-se como sujeito incumbido de resolver os conflitos sociais. Para tanto, lança mão do Poder Judiciário, que, de acordo com o sistema positivado de normas, com os usos e costumes, encarrega o juiz de por fim aos conflitos, de modo a manter-se, mesmo que de forma mínima, a coesão social.

Os primeiros resquícios da ideia de justiça nascem com a instituição da Lei de Talião, de forma pretérita ao Estado (MORAIS; SPENGLER, 2008). Como inexistente uma ordem soberana para tal finalidade (a de punir), consagrava o poder particular do exercício da justiça privada, ou seja, a vingança. A sua proporcionalidade, isto é, a instituição da pena era a extensão objetiva do dano

causado. Disto, conhece-se a expressão “olho por olho, dente por dente”, célebre quando se quer dizer que para uma ação haverá uma equivalência na reação (ou seja, a mesma violência).

Contudo, ao passo em que as sociedades foram se tornando estruturadas e complexas, especialmente com o nascimento do poder estatal, nascem fontes do direito que esclarecem, minimamente, as regras de condutas a serem seguidas por determinado povo, o que denominar-se-á como lei ou, norma em sentido amplo.

A necessidade de disciplinar a convivência social no Estado faz exsurgir o Poder Judiciário, com função de aplicação do direito, o que se vai denominar no presente estudo de jurisdição, que é o exercício do poder estatal de controle social. Através da jurisdição, o Estado passa a figurar como um terceiro que substitui as partes litigantes com interesses na contenda, aplicando a norma abstrata existente ao caso *sub judice* (MORAIS; SPENGLER, 2008), desenvolvida pelo juiz singular ou originariamente pelos Tribunais.

Logo, o Estado transfere ao Judiciário o direito de punir a violência, ressaltando o seu monopólio sobre o conflito. Neste sentido, espera-se que a autoridade judiciária diga o direito, mesmo que pouco ela (a autoridade) saiba sobre os fatos que levaram as partes a lançar mão do juiz. Conforme posicionam-se Moraes e Spengler (2008, p. 69-70), “espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda”, abrindo-se mão da autonomia das pessoas para a análise dos seus próprios conflitos.

Isso, contudo, importa na explosão de demandas, sobrecarregando o Judiciário de processos que tratam das mais diversificadas questões, que vão dos conflitos familiares (com forte vínculo e intimidade das pessoas) a conflitos de ordem negocial (geralmente destituídos de vínculos afetivos). Esta diversidade quanto à matéria do conflito e a sua quantidade, impõe ao Estado o esmaecimento do seu poder de julgar, visto que lhe acarretam uma forte crise, quer porque não corresponde aos anseios sociais, quer porque está atolado de questões que, evidentemente, não está preparado para tratar adequadamente, mas apenas a por um fim (sem que isto implique no ideal tratamento do conflito).

Por conseguinte, essa explosão de litigiosidade corrobora com a incapacidade estatal em monopolizar a sua atuação nos conflitos, tendo duas consequências cruciais para a sociedade. A primeira é aquela de ordem quantitativa e qualitativa da prestação jurisdicional. A segunda, decorrência da anterior, é a

utilização de formas alheias ao Estado de tratamento dos conflitos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

A consequência quantitativa e qualitativa se refere às crises de identidade e eficiência. Ressalta Spengler (2016a, p. 43):

enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento (sic) do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço.

Continua a autora:

intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas (SPENGLER, 2016a, p. 44).

Isso implica, então, na descrença da população no Estado, visto que a sua morosidade e pouca eficiência no tratamento das lides desemboca no afastamento do cidadão do Poder Judiciário.

Como consequência da incapacidade do Estado em lidar com a cultura conflitiva, desenvolvem-se procedimentos adequados para o tratamento das demandas sociais que se revestem de conflitos, caracterizados pelos ritos mais céleres e participativos dos interessados que, em conformidade com Morais e Spengler (2008), buscam consagrar os direitos oriundos do Estado Democrático de Direito.

Em paralelo ao Estado Democrático de Direito, Morais e Spengler (2008, p. 78), verificam que “surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos”. Estas novas categorias de direitos teriam, segundo os autores, produzido uma nova consciência nas demais de ordem social, transferindo a conflituosidade do âmbito político – a partir da instituição do Estado Democrático -, para o âmbito do Judiciário.

Com a crescente judicialização das demandas sociais – tais como o acesso à saúde, à educação e ao trabalho -, o Judiciário e o Poder Público passam a necessitar de procedimentos cuja característica intrínseca seja a informalidade e a

celeridade. Isto posto, advém a discussão por parte da sociedade e dos poderes do Estado acerca de ferramentas capazes de assegurar direitos.

Essa desconexão entre Estado-juiz e a realidade social, ante a latente judicialização dos direitos sociais consagrados na Carta Constitucional, torna iminente a criação de mecanismos mais adequados, em detrimento do modelo amparado no caráter super-partes do juiz, de modo que o Estado possa, assim, conceber ao cidadão os direitos individuais, coletivos e difusos inerentes da democracia. Nestas condições, de descompasso social entre o poder burocratizado e os anseios sociais, situação para a qual adotou-se o termo “crise da jurisdição”, sobrevêm as políticas públicas que são direcionadas ao tratamento dos conflitos, objeto central do presente estudo e a seguir caracterizada.

É a leitura das políticas públicas de acesso à justiça e à jurisdição que se aproxima no próximo subcapítulo.

2.3 Políticas públicas e acesso à justiça

A positivação dos direitos sociais ora previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil consagrou aqueles direitos positivos cujo Estado deve atuar fortemente para garanti-los. Isto ocorre, por exemplo, com a educação e a saúde, direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Política de 1988.

Não obstante isso, o que se vê, é a forte atuação do Poder Judiciário, ante a negativa da prestação estatal. É possível citar o exemplo das ações judiciais que visam à obtenção de medicamentos, que além de conflagrar a litigiosidade, demonstra o descaminho do poder público. Consequentemente, conforme se verifica a partir do “Relatório Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, referente ao ano de 2015, há a explosão de demandas e uma imensa taxa de congestionamento de processos nos tribunais de justiça e no primeiro grau de jurisdição, que chega a 72,2% do volume de ações em tramitação. A taxa de congestionamento, explica-se, é a razão existente entre a quantidade de ações judiciais pendentes e ajuizadas no mesmo período analisado, isto é, casos novos e casos antigos (CNJ, 2015, www.cnj.jus.br).

O Relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça informa, também, que tramitaram no Brasil, no ano de 2015, cerca de 74 milhões de processos judiciais (CNJ, 2016, www.cnj.jus.br).

A partir das situações acima, depreende-se a necessidade de adoção de políticas atinentes a dispender tratamento adequado à crescente demanda social pela tutela de direitos, demonstrando-se o problema político e social existente, o que chama a atenção dos agentes sociais.

Com efeito, este subcapítulo buscará conceituar o termo “políticas públicas”, bem assim explanar algumas de suas etapas e exemplos³, a fim de melhor localizar a pesquisa, cuja problemática corresponde à política pública de acesso à justiça a partir do texto do Código de Processo Civil, a ser objetivamente estudado quando do quarto capítulo.

Política pública, para Bucci (2006, p. 14), “é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas)”. Ao definir o objeto da política pública, continua a autora, quando menciona que o “escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito” (BUCCI, 2006, p. 14).

Segundo Mazza-Arzabe (2006) o emprego da expressão política pública resolve a conceituação de projeto público de todos, e não apenas política do Estado, objetivando-se avançar no aprimoramento da coesão social e da comunidade.

Frisa-se, ademais, que existem elementos cômgruos no que tange à definição de políticas públicas, em conformidade com Dias e Matos (2012, p. 13), que relacionam:

a) a política pública é feita em nome do público; b) é geralmente feita ou iniciada pelo governo; c) é interpretada e implementada por atores públicos e privados; d) é o que o governo pretende fazer; e) é o que o governo escolhe não fazer.

Independentemente dos diversos conceitos:

as políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos” (MAZZA-ARZABE, 2006, p. 63).

³ Como exemplo de política pública de acesso à justiça, utilizar-se-á, neste momento do texto, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

Outrossim, tendo em vista o caráter cíclico que possuem, revela-se necessário que se compreenda a expressão jurídica das políticas públicas, de modo a se identificar o seu objeto (primeiro passo). Isto passa pela percepção e definição de problemas, que devem, para integrar a agenda política do poder público (segunda fase de uma política pública), ser identificados pelos agentes governamentais, tornando-se um problema político (BUCCI, 2006).

Continua Bucci (2006) quando cristaliza que, no âmbito do direito, as políticas podem ter suportes legais diferentes, estando previstas em norma infralegal, lei ou na própria Constituição Federal. Assim, é possível construir, a partir do problema político, uma pauta que vise à organização do ente público para dar forma às soluções que cada demanda reclama.

Uma política pública deve, ainda, conter os meios de realização da proposta apresentada, pois são os seus resultados que interessam à comunidade e ao Estado. Nesta terceira fase da estruturação de uma política de ação governamental (a da formulação), os agentes públicos devem expor os diagnósticos (problemas) e as medidas (ferramentas de intervenção) para a formulação das *policies*. Esta, para Mazza-Arzabe (2006, p. 61) é a ação pública, ou seja, “política voltada a fazer avançar os objetivos coletivos de aprimoramento da comunidade e da coesão – ou da interdependência – social”.

Após a decisão dos agentes políticos, passa-se à implementação da política pública, que deverá, segundo Mazza-Arzabe (2006), convergir com os princípios e metas instituídos, aglutinando-se às transformações que surgem ao longo da execução dos planos da política e, desta forma, adequando-se à complexidade social.

Há, por fim, a última fase do ciclo das políticas públicas: a avaliação. É neste momento que ocorre um *feedback* da implementação, ou seja, é quando se dá a verificação do impacto desta ação e se os objetivos propostos estão sendo atingidos (MAZZA-ARZABE, 2006).

Verifica-se, a partir disso, que a norma é essencial para expor os objetivos que vincularão a ação de governo e a sua coordenação.

Ademais, insta mencionar a diferenciação das políticas de governo e políticas de Estado. A teor de Maria Paula Dallari Bucci (2006) a política pública contém uma ação estratégica. Como tal, possui elementos institucionais que se projetam para o futuro mais próximo, sendo possível caracterizá-la, sob este aspecto, como uma política de governo. Já as políticas de Estado possuem uma extensão temporal

maior e mais ampla, fazendo parte de um plano temporal superior à política de governo, em que pese esta não seja, no seu mérito, mais benéfica do que a outra.

Nessa toada, é possível sintetizar que as políticas públicas estão para o Estado assim como para o governo a partir do momento que atravessam as ideologias e a duração deste último, momento em que se concretiza enquanto política de Estado.

Com efeito, a garantia dos direitos mais básicos à população, em que pese o caráter de imprescindibilidade destes na Constituição Federal, incorre na impossibilidade de eficácia imediata. Isto porque, o próprio Estado se omite a sua prestação imediata, fazendo com que a população busque a tutela de direitos mediante o processo judicial, abarrotando o sistema de demandas que, aos olhos do legislador constituinte, detinham aplicabilidade integral e rápida.

Tal fenômeno, leciona Bucci (2006), é oriundo da alteração de paradigma de atuação estatal. Com o advento das constituições dos Estados Sociais, estes deixaram a postura abstencionista oriunda do Estado Liberal e passaram, paulatinamente, a exercer ações destinadas a garantir os direitos sociais, como forma da preservação da dignidade das pessoas.

Ou seja, em detrimento de um ente soberano que deveria agir negativamente, isto é, não agir a fim de garantir o direito de liberdade dos indivíduos, a nova postura dos Estados Sociais passa a requerer uma obrigação de fazer. Isso implica, portanto, no surgimento de uma nova categoria de direitos, definidos como de segunda dimensão: os direitos sociais. Estes direitos são qualificados, conforme Mores (2007), como direitos de ordem fundamental, versando acerca das “liberdades positivas”, que devem ser observadas pelo Estado, enquanto ente que deve garantir a melhoria das possibilidades das pessoas com insuficiência de recursos. Visam, segundo o autor “à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (MORAES, 2007, p. 181).

Destarte isso, decorre a necessidade de atuação do Estado. Esta, por sua vez, demonstra-se a partir da adoção de políticas criadas e destinadas ao público, com evidente caráter garantidor de direitos. O acesso à justiça, portanto, enquanto meio de garantir direitos fundamentais à população, deve ser enfoque de políticas públicas coordenadas, a fim de preservar o Estado Social Democrático de Direito.

Prudente, contudo, seja o acesso à justiça aqui conceituado. Primeiro porque o conceito servirá de cerce da explanação do que se quer investigar: políticas

públicas de acesso à justiça, notadamente a mediação de conflitos, prevista pelo legislador no Código de Processo Civil. Segundo, porque existe importante diferença entre acesso à justiça, enquanto ideal e exercício da cidadania e o acesso à jurisdição (atividade prestada exclusivamente pelo Estado-juiz), sem que estejam “desconetadas” (ao contrário, estão intimamente ligadas).

Historicamente, conforme pontuam Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça configurava-se como a possibilidade do cidadão – que tivesse condições de arcar com os custos da movimentação do Poder Judiciário -, buscar a tutela dos seus direitos. Tratava-se de mero aspecto formal, conquanto a atuação do Estado estava adstrita a não impedir o cidadão a impetrar as suas demandas, ou seja, agindo de forma passiva.

A evolução do Estado Liberal para o Estado Social trouxe consigo nova experiência no acesso à jurisdição, tornando possível diferenciá-la do acesso à justiça. Isto porque, o advento do sistema garantidor de direitos das constituições pós-segunda guerra, abarcou uma gama de direitos individuais indisponíveis e coletivos ou difusos, especialmente com caráter social.

Dessa forma, a atuação do Estado para a consecução das garantias constitucionais passou da esfera passiva para uma atividade no mundo social e político, a fim de proteger o acesso das pessoas ao Poder Judiciário. Ou seja, o acesso à jurisdição decorre do direito fundamental ao acesso à justiça, razão pela qual os conceitos se confundem.

Em que pese isso, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) lecionam:

o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

Ou seja, enquanto o acesso à jurisdição é aquele cujo direito formal se executa com o direito subjetivo de ação (ingressar em juízo se quiser), o acesso à justiça é a garantia material, revelando-se como o próprio direito, classificado, inclusive, como de ordem natural (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Ainda neste sentido, interessante o posicionamento de Hans Kelsen, que parte da premissa de Platão ao mencionar que “só o justo é feliz e o injusto, infeliz” (KELSEN, 1997, p. 2). Contudo, para definir o conceito de justiça e suas imbricações, novos questionamentos remontam o autor. A ideia de que a justiça seja

amparada na felicidade, em que pese não possa ser evadida, fica prejudicada quando considerado que a felicidade de um não necessariamente acarreta na do outro, mas ao contrário, em uma infelicidade, conforme Kelsen (1997). Não obstante isso, o autor aduz que “então uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas” (KELSEN, 1997, p. 3). Todavia, também o entendimento retro do que se entende por felicidade e, por conseguinte, por justo ou injusto, varia de acordo com cada pessoa. Por isto, conclui Kelsen (1997, p. 3) “somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social – o legislador -, como a necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes”.

Logo, estando o conceito de justiça (muito discutido) intimamente ligado à obtenção de melhorias na vida das pessoas, o acesso a ela se traduz como meio garantidor da ordem social e dos direitos e garantias fundamentais, mormente a sua finalidade, enquanto instrumento formal (processo) busque, pelas vias do exercício do direito subjetivo de ação, a aplicação deste direito.

Conectados o conceito de acesso à justiça (enquanto exercício de um direito material de igualdade e cidadania), ao de políticas públicas, como acima exposto, verificamos que mediação de conflitos pode ser considerada – enquanto instituto adequado para o tratamento de conflitos judiciais e extrajudiciais -, uma política pública. Conforme pontua Spengler (2016b, p. 69):

no caso da mediação/conciliação como políticas públicas, elas cumprem com um objetivo que é tratar de maneira adequada os conflitos sociais pelos membros da própria sociedade. Necessitam para serem implementadas de alocação de meios (recursos humanos, treinamento adequado e estrutura) por parte da administração pública.

Por conseguinte, verifica-se o exemplo da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça. O ato normativo, emanado por entidade ligada ao Poder Judiciário, possui como objetivo, qualificar e dotar maior aproveitamento nos atos da jurisdição, visando, através da qualificação da atividade da Justiça, à “construção de uma cultura de autonomia e responsabilização” (SPENGLER, 2016b, p. 72).

Assim, no contexto em que uma política pública existe justamente para qualificar a prestação de serviços públicos (aqui considerados, especialmente, a atividade jurisdicional que é monopólio do Estado), a Resolução 125 de 2010 do

Conselho Nacional de Justiça consubstancia a busca pelo tratamento dos conflitos sociais de modo a equilibrar a participação dos atores da demanda (os mediandos), agora esboçada em uma norma positiva que, recentemente, prevê a dispensação de autonomia através da mediação aos sujeitos do processo: o novo Código de Processo Civil.

A mediação de conflitos, assim como a conciliação, a arbitragem e a jurisdição é a investigação que se vislumbra no próximo capítulo: as formas heterônomas e autônomas para tratar as demandas sociais.

3 MEIOS ADEQUADOS DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS

Historicamente o poder decisório quando referente a um conflito entre indivíduos é submetido ao Estado. O poder estatal, por sua vez, delega ao Judiciário o poder-dever de exercer a prerrogativa de decisão. Este, imbuído da tarefa de administrar a conflituosidade social, traz a sua seara de atuação a densidade que o direito e as palavras possuem, sendo o juiz o “*maître du language*”, conforme Elígio Resta (2004).

Isso é dizer que, diante do exercício costumeiro da sua função, decorrente de um hábito, o juiz toma a palavra e traduz fato determinado ao seu modo, isto é, a partir da sua linguagem. É inteligente e chama a atenção o caso narrado por Resta (2004, p. 93):

os interlocutores são o juiz, o imputado, o advogado (o amigo de Trotskij). Blanchot mostra que o juízo é inútil, porque, alguns dias antes, o ministro Michel Debré já tinha anunciado que os “dissidentes” suspeitos seriam decididamente punidos. Trata-se, então, de um *pré-juízo* de caso de escola. O discurso é animado: “o meu depoimento terminou e o juiz quis ditá-lo ao funcionário encarregado dos registros: ‘Ah, não, eu disse, não quero que substitua as minhas palavras pelas suas. Não coloco em dúvida vossa boa-fé, mas não posso aceitar a vossa maneira de dizer’”. O juiz inicialmente se opôs, mas depois consentiu que se ditasse o verbal com as palavras pronunciadas por Blanchot. (Grifo do autor).

Ou seja, recai ao juiz, a partir da tradição do decidir, dizer com as suas palavras o que outrora fora objeto de interlocução pelas partes, só que com uma diferença: as palavras do magistrado possuem sentido superior às palavras dos outros (RESTA, 2004).

O papel da jurisdição, nesse espectro convencional e tradicionalmente conhecido pela sociedade em que o juiz tem o dever de “dizer o direito”, é de fazê-lo de modo a pronunciar a “última palavra, não importa qual, mas a última” (RESTA, 2004, p. 96).

Essa sistemática, ainda que o Poder Judiciário tenha passado por uma série de reformas, ampara-se na legitimidade do Estado de internalizar, na atividade jurisdicional, o direito e o dever à coação e à manutenção da ordem.

Chama-se heterocomposição o modelo cujo conflito é submetido a uma terceira pessoa, pública ou privada, para que seja “resolvido”. A autocomposição, por seu turno, é aquela que se desenvolve sob a égide da participação das pessoas litigantes ou em situação de conflito na resolução do seu próprio problema.

A principal diferença entre os meios autocompositivos e heterocompositivos reside no fato de que este último decorre de um método adversarial, no qual o juiz ou o árbitro irá decidir, independentemente da vontade das partes, o conflito *sub judice*, estabelecendo-se, consoante ensina Bacellar (2011), uma relação de vencedor e vencido, ganhador e perdedor.

Ou seja, na heterocomposição as partes abrem mão de todo e qualquer poder decisório, legitimando um terceiro para sentenciar (por meio do procedimento arbitral ou do processo judicial). Já na autocomposição, os envolvidos na demanda possuem papel central no conteúdo decisório, assumindo o protagonismo do seu problema.

A seguir, será objeto de estudo o método heterocompositivo privado, denominado arbitragem, para posterior estudo das espécies de autocomposição: a conciliação e a mediação.

3.1 Arbitragem

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos alternativo⁴ à jurisdição estatal. Conforme Cahali (2011), trata-se de um método privado e extrajudicial de tratamento de controvérsias. O autor leciona, ainda, que “ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflito” (CAHALI, 2011, p. 75).

Interessa ainda dizer que a arbitragem é uma das mais antigas formas de resolução de disputas. O Direito Romano, do qual a *Civil Law* incorporada pelo Brasil e outros Estados que se filiam à corrente positivista e codicista é oriunda, possuía natureza eminentemente privada. Ou seja, o Estado Romano, na origem, não interferia nas disputas individuais, mas, quando passou a fazê-lo, criou as regras, ainda que aplicadas pelos particulares, referente ao direito processual privado (MORAIS; SPENGLER, 2008).

O procedimento arbitral existe no Brasil desde o período colonial, quando, a partir das Ordenações Filipinas incorporou o instituto em litígios de natureza comercial, especialmente nos conflitos existentes entre os sócios da pessoa jurídica

⁴ Aqui, o termo “alternativo” denota uma opção à jurisdição. Embora isto, ainda assim guarda semelhança com o Poder Judiciário, no que tange à forma como decididas as demandas (por um árbitro ou um colegiado).

(PRIEBE; SOUZA; DURANTE, 2016). À época, tratava-se de uma obrigatoriedade nos litígios daquela natureza.

Posteriormente, conforme lecionam Morais e Spengler (2008), a arbitragem deixou de ser obrigatória, mesmo que a natureza da demanda fosse comercial, passando a ser tratada como uma cláusula facultativa.

A lei que regula a arbitragem no país, atualmente, exige que os direitos discutidos pelo meio privado possuam natureza transigível, isto é, caráter meramente patrimonial. Cahali (2011, p. 75) enfatiza que:

as partes capazes, de comum acordo diante de um litígio ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.

A cláusula contratual mencionada se refere às possibilidades de se antever, quer antes do surgimento do conflito, quer quando este vier a surgir, a realização do procedimento arbitral. Chama-se de cláusula compromissória aquela que, na celebração de um pacto originário (como um contrato de compra e venda), esteja prevista a utilização da arbitragem no caso de conflito. De outro lado, há o compromisso arbitral, estipulado entre os conflitantes após o surgimento da demanda (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Como dito alhures, a arbitragem é facultativa. Entretanto, uma vez convencionalizada entre os contratantes, vincula as partes e, deste modo, obriga-as à submissão da demanda ao árbitro eleito ou ao tribunal arbitral escolhido.

O procedimento arbitral vem disciplinado pela Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, aplicação e pessoas legitimadas. Outrossim, o Código de Processo Civil já no seu art. 3º, parágrafo 1º, estatui que “é permitida a arbitragem, na forma da lei” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br). Ou seja, há a incorporação pelo sistema processual civil brasileiro do procedimento arbitral, reconhecendo-o e atribuindo legalidade no âmbito das resoluções de controvérsias.

Nesse sentido, muito já se discutiu acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Isso porque, para parte da doutrina jurídica e dos operadores do direito, o procedimento fere o princípio do acesso à justiça, mormente, conforme visto, quando pactuado entre pessoas capazes e versando sobre direitos de natureza disponível, vincula os contraentes.

Quando da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para se manifestar sobre a constitucionalidade do instituto, ante a antinomia aparente existente com o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário (CAHALI, 2011) e a norma arbitral.

O STF posicionou-se pela validade da norma, mormente porque, salienta Cahali (2011, p. 81):

a lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal, porém, como expressão da vontade e liberdade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução de conflito (potencial, latente ou já manifestado).

A doutrina processualista aponta uma série de vantagens acerca do procedimento arbitral, ainda que parte dos juristas possua entendimento diverso. Começa-se, no que tange às vantagens do instituto, com aquela que talvez mais encha os olhos dos litigantes: a celeridade. Isto porque, o excesso de litígios que pairam sobre o Judiciário desestimula as partes a buscarem a resolução perante o juízo estatal (MORAIS; SPENGLER, 2008).

A arbitragem permite às partes, salientam os autores, “estabelecer prazo para a sentença arbitral, podendo as mesmas responsabilizar civilmente o árbitro que descumprir o prazo estipulado” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 178-179). Não é demais, por fim, no que concerne à celeridade, enaltecer que a própria Lei de Arbitragem fixa prazo máximo, na ausência de outro livremente pactuado entre os contratantes, de 06 meses para que a sentença seja proferida, conforme o art. 23 da aludida norma.

A natureza do procedimento arbitral também revela vantagens consideráveis, uma vez que, tratando-se de mecanismo diverso, não se submete à demora do Judiciário (MORAIS; SPENGLER, 2008), conferindo-se ao instituto rapidez, confidencialidade, flexibilidade e especialização, pois o árbitro eleito pelas partes não precisa, obrigatoriamente, ser formado em direito. Pode-se, portanto, em uma demanda que envolva erro médico, por exemplo, contratar um profissional da área de saúde, diferentemente do que ocorre na jurisdição convencional.

Por fim, cita-se, entre tantas outras vantagens do procedimento, a transformação da sentença arbitral em título executivo judicial. O art. 515 do CPC prescreve que “são títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo

com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

Havendo, portanto, a indisposição da parte vencida, no método adversarial da arbitragem, o vencedor poderá exigir, só que desta vez na via estatal, o cumprimento da obrigação. Isto porque, embora os árbitros exerçam atividade correlata à do juiz e detenham o poder de conhecer a demanda e dizer o direito, não possuem poder coativo para impor o cumprimento das suas decisões, dependendo da colaboração do Judiciário (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Para que a finalidade da arbitragem seja atingida, qual seja, o encerramento da demanda com a sentença prolatada pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, o procedimento deverá se submeter à matriz principiológica do instituto.

Cahali (2011) elenca três princípios básicos: a autonomia da vontade; o princípio *Kompetenz-kompetenz*; e o princípio do devido processo legal.

A autonomia da vontade se vincula ao caráter de voluntariedade das partes, isto é, “é a expressão da liberdade de escolha” (CAHALI, 2011, p. 94). Ou seja, é do interesse das partes que a arbitragem seja eleita como o método de solução de conflito existente ou potencial. O princípio da autonomia da vontade decorre, para o autor, do direito contratual, que concede aos envolvidos a liberalidade de disciplinar os seus interesses da forma que lhes aprouver, desde que não sejam contrários ao ordenamento jurídico.

O aludido princípio é essencial no instituto da arbitragem e:

começa com a liberdade das partes para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção. Assim, estabelecem quem e quantos será(ão) o(s) árbitro(s), de forma direta ou indireta, e como será desenvolvido o procedimento arbitral (por exemplo, relativamente a prazos, locais para a prática dos atos, eventual restrição para apreciação de medidas de urgência ou tutelas antecipadas sem ouvir a parte contrária etc.). (CAHALI, 2011, p. 95).

Significa dizer, ainda que em outras palavras, que o procedimento arbitral é de livre escolha das partes, seja ele previsto antecipadamente, em forma de cláusula contratual ou em compromisso arbitral, quando o conflito é iminente ou existente. Contudo, insta salientar que tanto a convenção arbitral ou a sentença proferida pelo árbitro poderão ser invalidados mediante ação própria, caso sejam verificados vícios indicados na Lei.

Na verificação de vícios, será o Poder Judiciário a instância competente para apreciar a matéria. O prazo para a ação é o de 90 dias, conforme o art. 33 da Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996, www.planalto.gov.br). Contudo, se instaurado processo judicial apenas com o fito de afastar o procedimento hígido e legalmente previsto e convencionado pelas partes, a irresignação de qualquer uma delas não é causa para atacar a decisão arbitral ou o compromisso firmado, “pois por livre opção escolheram as partes o método extrajudicial de solução de conflito, e a ele, pelo sistema normativo, devem se submeter” (CAHALI, 2011, p. 81).

Outro princípio de necessária verificação é o da *Kompetenz-kompetenz* que estabelece a competência do árbitro para dispor sobre a sua própria competência. Cahali (2011) salienta que se trata de dogma oriundo do direito alemão e é específico da arbitragem. Assim, “atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato” (CAHALI, 2011, p. 97).

Com efeito, o princípio da competência-competência se revela como fundamental para a arbitragem, uma vez que se fosse dado ao Judiciário o poder de decidir, *prima facie*, a validade da cláusula e a competência do árbitro, estar-se-ia subjugando-se a celeridade do procedimento à extensa marcha processual estatal, conforme o ensinamento de Cahali (2011).

Também acerca dos princípios, tem-se o do devido processo legal, corolário lógico de qualquer procedimento que vise à consecução de direitos. Deste princípio decorre, na arbitragem, a aplicação do contraditório, do livre convencimento, da igualdade e imparcialidade, revestindo-se, para Cahali (2011), em norma cogente. Ou seja, cabe ao árbitro velar pelas garantias das partes, com o fito de resguardar o procedimento e oferecer aos demandantes o direito ao devido processo legal.

Fabiana Marion Spengler e Bolzan de Moraes (2008) dissecam ainda mais o princípio do devido processo legal. Os autores elencam os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade de tratamento, da imparcialidade e independência, da disponibilidade e do livre convencimento de forma autônoma.

Certo é que, dos atos processuais, as partes deverão ser instadas a se manifestar, o que corrobora o princípio do contraditório. A ampla defesa, por sua vez, detém o condão de “aproximar ao máximo a verdade processual da verdade real, facultando às partes prova de suas alegações, por todos os meios de prova admitidos e lícitos” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 190).

Já o princípio da igualdade de tratamento consubstancia o direito das partes e dos seus procuradores a ter as mesmas oportunidades, apresentando as suas pretensões e as suas provas, consoante Morais e Spengler (2008). Ainda nesta esteira, há o princípio da imparcialidade e da independência. Como ocorre com o magistrado, o árbitro deve ser igualmente distante de autor e réu e não guardar com eles vínculos que importem à sua independência. Os autores salientam também o princípio da disponibilidade. Segundo eles, as partes podem deixar de se submeter à arbitragem, desde que o façam de comum acordo (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Por fim, apresenta-se o princípio do livre convencimento do julgador, que é livre para proceder à análise das provas apresentadas, de acordo com a sua racionalidade (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Com o fito de resguardar o procedimento arbitral, quis o legislador tornar a cláusula compromissória⁵ autônoma. Ou seja, ela nunca será acessória e, ainda que o negócio jurídico possua vícios, restará preservada.

Cahali (2011) explica que, mesmo que haja a invalidade de outras cláusulas ou do contrato como um todo a cláusula arbitral não será afetada, desde que presente os seus requisitos, motivo pela qual ficam híidas a sua validade e eficácia.

Surge, portanto, uma dicotomia de relações jurídicas. Uma oriunda do contrato firmado (negócio contratado), outra decorrente da arbitragem, sendo esta última independente. Por conseguinte, o contrato e a sua validade em relação ao negócio jurídico contratado será avaliado pelo árbitro, conforme previsto em Lei (CAHALI, 2011).

O instituto da arbitragem comporta uma série de peculiaridades. Entretanto, o objetivo do presente subcapítulo é conhecê-lo e, com uma prospecção crítica, antepô-lo à jurisdição estatal, sem esgotar todas as características intrínsecas e extrínsecas da arbitragem.

O que se tem, portanto, é que o Estado não é o único a deter o poder-dever de lidar com as demandas conflitivas, sendo importante que outras ferramentas, tais como a arbitragem, sejam especuladas e aproveitadas, mormente porque possuem o condão de dar respostas aos litigantes de forma mais célere e ágil. Morais e Spengler (2008, p. 177) defendem que “as partes ao fazerem a opção pela justiça arbitral afastam a jurisdição estatal substituindo-a por outra estratégia de tratamento de conflitos”.

⁵ A cláusula compromissória, como já visto, é aquela que antecede o conflito e está prevista no contrato ou em documento separado, desde que se reporte a ele.

Continuam os autores ao esclarecer que a arbitragem é “reconhecida e regulada pelo Estado de modo que permite a execução das decisões ali proferidas bem como a anular das (sic) decisões que não observarem o mínimo de regras exigidas pelo legislador” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 177).

3.2 Conciliação

Como visto, existem diferentes formas de resolução de conflitos. Além da autotutela, aquela que precede o poder de coação legítimo do Estado, há a autocomposição e a heterocomposição. Esta costuma ser promovida mediante a ação judicial, razão pela qual é chamada de jurisdição. Existe também a arbitragem que, como visto acima, é espécie do gênero heterocomposição, pois submete a uma terceira pessoa a apreciação dos fatos, sendo o terceiro legitimado a dizer quem detém o melhor direito.

A conciliação, ora objeto de estudo, será o primeiro método autocompositivo tratado neste texto. Na conciliação, diferentemente do que ocorre na arbitragem, “a solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, não imposta” (CAHALI, 2011, p. 36). Desta forma, continua o autor ao mencionar que, no procedimento, “a participação dos interessados no resultado é direta, com poderes para a tomada de decisões, após passar pela conscientização do conflito e das opções para pacificação” (CHALI, 2011, p. 36).

O papel do terceiro, neste método de resolução de conflitos, é de intermediação, com vista a aproximar as partes e proporcionar a elas a reflexão sobre a origem e repercussão das suas demandas. Aqui, segundo Lília Maia de Moraes Sales (2007), reside a principal diferença entre a mediação e a conciliação.

Isso porque, a condução do diálogo entre as partes (intervenção/condução pelo terceiro), na conciliação, possibilita ao conciliador interferir na discussão, sendo as suas sugestões essenciais para o desenrolar da demanda (SALES, 2007).

A intervenção do conciliador no procedimento é fundamental, pois “embora com passagem obrigatória pela análise do conflito, o foco principal na conciliação é a solução do problema. A meta é alcançar um acordo razoável às partes”, conforme leciona Cahali (2011, p. 37). Esta “dosimetria” da intervenção do terceiro é diversa da mediação, porque a conciliação possui escopo de resolução de controvérsias de cunho objetivo, nos quais as partes não possuem vínculos ou convivência pessoal.

Para Francisco José Cahali (2011, p. 37) “o conflito é circunstancial, sem

perspectiva de gerar ou restabelecer uma relação continuada envolvendo as partes”. Ou seja, “o diálogo na conciliação é mais superficial do que na mediação” (SALES, 2007, p. 43).

Logo, verifica-se que há distinção entre os tipos de conflito a serem submetidos à conciliação e à mediação. Por serem conflitos de ordem esporádica, com menor complexidade, o conciliador possui uma grande participação no mérito da demanda, tornando-se uma discussão mais direta (SALES, 2007).

Possuem maior identidade com esse método de resolução de controvérsias aqueles conflitos mais simples (geralmente patrimoniais). Sales (2007, p. 44) salienta, ainda, que a conciliação:

não se adapta a conflitos de ordem continuada ou sentimental, dada as peculiaridades desses conflitos que exigem uma conversa mais longa, com menor interferência de sugestões por parte do terceiro imparcial e mais interferências de forma a estimular a criatividade e sugestões das próprias partes.

Dessa forma, é visível que o procedimento da conciliação permite ao terceiro maior interferência no processo, detendo o poder de sugerir soluções (sem maiores aprofundamentos). Nesta toada, Sales (2007, p. 44-45) prescreve que “apresentam-se como conflitos adequados à conciliação: colisão de veículos, questões relacionadas a recálculo de dívidas, ou seja, questões nas quais não existem relações complexas ou contínuas entre as pessoas”.

Pelos motivos acima, o Judiciário, aponta Cahali (2011), possui intimidade com o procedimento, pois o magistrado, no curso do processo, pode (e segundo o Código de Processo Civil deve) propor, a qualquer tempo, a conciliação, existindo, inclusive, audiência específica para tal ato.

Aliás, a fim de manter a prerrogativa de análise dos institutos conjuntamente com o Código de Processo Civil, a conciliação, assim como a mediação, foi guindada pelo legislador à alternativa capaz de por fim ao processo através das soluções consensuais. Em que pese o objetivo do *Códex* – notadamente a celeridade -, deve-se reconhecer o empenho do Estado em atribuir aos métodos consentâneos o papel de pacificador de controvérsias. Neste sentido, o art. 3º, parágrafo 3º do Código de Processo Civil leciona:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores

públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

A conciliação é ferramenta usualmente utilizada, inclusive, no direito do trabalho, uma vez que, como visto, possibilita às partes, de forma objetiva, dar cabo à divergência existente, embora não trate as raízes do problema.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) vincula o magistrado ao procedimento em duas oportunidades. A primeira deve ocorrer no início da audiência, conforme se verifica da leitura do art. 846, da CLT, que dispõe que “aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação” (BRASIL, 1943, www.planalto.gov.br). A segunda oportunidade deverá ocorrer após o término da audiência de instrução, quando as partes deverão ser questionadas, novamente, acerca da possibilidade de acordo, revelando-se como princípio da Justiça do Trabalho, consoante o art. 850 da CLT, que prevê que:

Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão (BRASIL, 1943, www.planalto.gov.br).

Insta esclarecer, outrossim, que a conciliação poderá ocorrer nos autos do processo ou extrajudicialmente. Em ambos os casos, os princípios norteadores do conciliador são de suma importância, e estão previstos na Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (também aplicáveis ao mediador).

Os princípios do mediador e do conciliador estão previstos no “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais”, no 3º anexo da aludida resolução, consoante o seu art. 1º (CNJ, 2010, www.cnj.jus.br):

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Esses princípios (que serão abordados a seguir) estão intimamente ligados com a postura do conciliador e mediador. Fabiana Marion Spengler e Larissa Líbio (2016, p. 160-161), esclarecem, neste sentido, que “é fundamental que o mediador/conciliador no desempenho de suas funções exprima uma postura ética e de responsabilidade profissional a fim de manter íntegro o processo de mediação/conciliação”.

Verifica-se, assim, que mediação e conciliação embora institutos que se confundem, são diferentes. Importa, para o estudo, compreender que o papel do mediador é consideravelmente mais restrito do que o do conciliador, pois este último, como visto, pode sugerir soluções aos litigantes, diferente do que ocorre na mediação. Ademais, a conciliação é mais célere do que a mediação, pois “pela sua natureza, [...] o desenvolvimento da conciliação mostra-se mais rápido e de menor complexidade em relação à mediação” (CAHALI, 2011, p. 38).

As diferenças deste instituto com o da mediação, entre outras características desta última, ficarão mais claras ao leitor a partir do capítulo que se aproxima.

3.3 Mediação de conflitos

A palavra mediação possui diversos significados. Para o presente texto, contudo, importará aquele que Spengler (2016a, p. 178) leciona, ao mencionar que “o termo ‘mediação’ procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras” (grifo da autora). Este significado, constante na etimologia do termo *mediare*, traz consigo a importância do reestabelecimento de vínculos, fim preponderante da mediação.

É dizer, que a mediação é uma forma de tratamento de conflitos que não visa única e exclusivamente ao acordo e ao fim do litígio, mas restabelecer a comunicação entre as pessoas. A doutrina esclarece que a mediação é “uma forma consensual de tratamento do litígio” (SPENGLER, 2016a, p. 180), contando com um terceiro que possui um poder de decisão muito restrito, sem qualquer coação, mas visando prestar apoio às partes para que juntas e de forma voluntária, conquistem o restabelecimento de laços e da comunicação.

Conforme pontua Fabiana Marion Spengler (2016a, p. 178):

nesse contexto, no qual a necessidade de comunicação se demonstra constante, permeado por partes que não conseguem restabelecer o liame perdido, rompido pelo litígio (cuja consequência é a necessidade de uma comunicação ‘mediada’), surge a mediação como uma outra forma de tratamento de conflitos que possa responder a tal demanda.

Ainda sobre o conceito do termo mediação, na seara jurídica, Cahali (2011) leciona que se trata de um instrumento de paz, autocompositivo e cuja voluntariedade das partes é preponderante, havendo a participação de uma terceira

pessoa que, imparcialmente, atua como um facilitador.

Outro importante aspecto da mediação, no que concerne a sua diferenciação em relação à conciliação, é que a primeira:

é indicada para as situações em que existe um vínculo jurídico ou pessoal continuado entre os envolvidos no conflito, ensejando, assim, a necessidade de se investigar os elementos subjetivos que levaram ao estado de divergências. Ela visa, assim, a prevenção ou correção dos pontos de divergência decorrentes da interação e organização humana. Daí porque deve o mediador dedicar mais tempos aos mediados, para melhor auxiliá-los nas questões controvertidas (CAHALI, 2011, p. 55-56).

Continua Francisco Cahali (2011, p. 56), quando aduz que:

diante deste contexto, ao mediador cabe criar um ambiente propício à comunicação entre os mediados, de forma que, aos poucos, emoções, mágoas, ressentimentos, frustrações ou outros sentimentos sejam superados para facilitar a escuta e respeito à posição do outro

Ou seja, recai ao mediador a tarefa de colaborar para que as partes em conflito, a partir dos próprios esforços, consigam transformar a sua demanda em algo positivo, quer a partir do restabelecimento de laços antes rompidos, quer a confirmação de um acordo. Neste sentido, Levy (2008, p. 122) menciona que “o mediador não julga nem tão pouco concilia as partes, tarefas do árbitro e do conciliador, respectivamente”.

Portanto, o foco essencial da mediação é o estímulo do diálogo cooperativo entre os demandantes (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007), isto é, o acordo passa a ser uma consequência do trabalho colaborativo entre as partes e o mediador.

Compreendido o conceito e o objetivo da mediação, importa o estudo da natureza dos conflitos aos quais o procedimento é aplicável. Neste ponto, Sales (2007) pontua que a mediação pode ser utilizada, considerando os objetivos do procedimento, em diversos tipos de conflito.

No âmbito escolar, assim como ocorre no seio familiar, a mediação é alternativa capaz de devolver aos indivíduos a sua autonomia.

Os conflitos existentes na escola, assim como em outros ambientes de interação humana, também são reflexos da transformação social. Neste sentido, aliás:

com a declaração dos Direitos Humanos, em 1948, e posteriormente, com a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, a Organização das Nações Unidas inaugura um novo momento na ordem mundial, pautado principalmente pela busca do aprimoramento das relações entre Estado e

sociedade. Fruto desta nova ordem mundial concebida pela afirmação da preponderância de novos direitos basilares da sociedade, na última década do século XX, surge uma nova concepção de direitos no Brasil. Impulsionada pela Constituição cidadã busca a proteção de crianças e de adolescentes, de modo a proporcionar-lhes direitos e prover suas necessidades mais básicas (SPENGLER; SOUZA; KELLER, 2016, p. 94).

A participação destes indivíduos, entretanto, deve se dar a partir da boa administração dos conflitos. Veja-se que é no ambiente da escola que muitas tensões emergem. A violência, talvez, seja uma das consequências mais cruéis do ambiente belicoso que pode se transformar uma instituição destinada ao ensino.

Em um cenário no qual o comportamento violento é causa de destruição de vínculos, seja por consequência da falta de espaço para a escuta, palavra ou resultado de um mau gerenciamento de conflito (SALES, 2007), os métodos da autocomposição se demonstram como alternativa democrática de tratamento de conflitos. Por conseguinte, os estudantes crescem positivamente ante a sua participação na solução dos seus próprios conflitos, pois detém a responsabilidade de exercer um compromisso social, pacificando o meio no qual estão inseridos. Este compromisso acaba por transformar a comunidade e os indivíduos.

Nesse ponto, aliás, converge a mediação comunitária, que visa “propiciar o diálogo entre as pessoas que convivem cotidianamente, solucionando conflitos e possibilitando a paz social” (SALES, 2007, p. 202). Assim, o conflito ganha relevância na matriz da comunidade e é por ela própria desvendado, independentemente da atividade do Estado.

O mediador comunitário é membro da mesma comunidade e trabalha com o fito de proporcionar a inclusão social dos indivíduos que compõe este grupo. A inclusão social dos indivíduos que fazem parte da comunidade é possível de ser concretizada através da devolução de autonomia e responsabilidade pelas escolhas e decisões adotadas, sejam elas correspondentes aos conflitos verídicos ou a conflitos latentes (SPENGLER, 2012).

Destarte, a mediação comunitária permite o desenvolvimento da população, fortalecendo uma cultura e democratizando os espaços. Lília Maia de Moraes Sales (2007) complementa que se trata de um método democrático, uma vez que proporciona a participação dos sujeitos na solução das suas controvérsias.

De tal forma, a mediação comunitária cumpre a função de proporcionar uma alternativa para o tratamento dos conflitos em diversificadas esferas. Ainda, oferece um espaço para reflexão, pois estimula as pessoas a pensarem na sua comunidade,

no bem comum, em detrimento do pensamento egocêntrico.

Nessa toada, ocorre a valorização dos ganhos coletivos e, por conseguinte, “a cidadania acontece de modo efetivo quando os ‘conflitantes comunitários’, com o auxílio do mediador, entendem e usufruem de seu poder de decisão” (SPENGLER, 2012, p. 228).

Os princípios que regem o mediador e a mediação é o próximo subcapítulo de análise.

3.4 Princípios do terceiro mediador

Em que pese já tenha sido objeto de análise, não é exagero esclarecer que a mediação é uma ferramenta eficaz de tratamento de conflitos. O procedimento, para auferir êxito, conta com uma terceira pessoa, capacitada e imparcial, a qual se está denominando, no presente estudo, de mediador. O mediador é aquele que presta auxílio às partes para que juntas, consigam restabelecer o diálogo e, com a boa administração do conflito, quem sabe chegar a um acordo mutuamente satisfatório (SALES, 2007).

É possível dizer, portanto, que:

a mediação introduz a cultura do diálogo, ressaltando a importância da comunicação. Na mediação não se procura adversário; as partes devem buscar a solução do problema de forma pacífica, construindo conjuntamente uma solução satisfatória (SALES, 2007, p. 143).

O mediador pode ser aquele que possui uma capacitação técnica específica para atuar nesta condição (institucional) ou, ainda, pode ser aquele que está inserido no contexto do conflito (membro da comunidade). Logo, é possível identificar que existem dois tipos de mediação.

A mediação institucional, conforme ensina Spengler (2012, p. 236) “cumprir um trabalho específico a serviço, ao mesmo tempo, de sua instituição e dos clientes desta”. O exemplo de mediação institucionalizada é aquela oriunda do Poder Judiciário, que a partir das normas existentes condiciona a atividade do mediador no processo e estabelece a didática para a sua formação.

Doutra banda, há os mediadores comunitários. Estes são os “mediadores cidadãos” (SPENGLER, 2012, p. 236). Os mediadores cidadãos, diferente do que ocorre com os mediadores institucionais, são oriundos dos grupos sociais e existem

na medida em que existe a necessidade de comunicação interna nestas comunidades. Logo, são os mediadores formados naturalmente no seio da sociedade, não possuindo mais do que a legitimidade moral que os seus pares dispensam a eles.

As condutas dos mediadores institucionais e cidadãos também são diferentes. Isto porque, “os mediadores institucionais são essencialmente especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão poder responder” (SPENGLER, 2012, p. 237). De outro norte, os mediadores cidadãos são pares daqueles que detêm o conflito, sendo que a estes as partes se dirigem de igual para igual. Assim:

[...] outra será a posição relativa aos mediadores cidadãos. [...] pede-se que sejam verdadeiramente alguém que não será o árbitro que sentenciará, alguém que não fará recair o peso de seu poder, alguém que não levará antes uma ajuda assistencial material e técnica. O que se pedirá aos mediadores cidadãos? (SPENGLER, 2012, p. 237).

Uma vez que os mediadores cidadãos não trazem uma solução externa, pois trabalham com a ideia de estimular a liberdade e a vontade própria, o mediador cidadão deve ser alguém que:

permitirá avançar no tratamento do problema que existe com o outro, na família, na empresa, no bairro. Assim, os mediadores cidadãos destinam-se a encontrar pessoas, primeiramente. Eles não resolvem conflitos: encontram pessoas que estão dentro de uma situação de conflito (SPENGLER, 2012, p. 237).

Vislumbra-se, desta forma, que o mediador não institucionalizado – apesar de bem preparado tecnicamente -, é pessoa da rua, do bairro, de atuação no mesmo ramo e, conjuntamente com as pessoas, busca organizar a vida em comum.

Nessa seara de atuação do mediador, quer institucional quer cidadão, o procedimento de mediação deve ser norteado por princípios básicos e inerentes ao método adequado de tratamento de conflitos.

Para abordar os princípios do mediador, o estudo destinou a análise da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, marco que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (CNJ, 2010, www.cnj.jus.br).

A aludida política pública traz consigo, no anexo 3º, em seu art. 1º, os princípios dos mediadores judiciais, que acabam informando também o

procedimento de mediação como um todo. São princípios fundamentais da mediação a confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

A confidencialidade, segundo Spengler (2016b), é a vedação a qualquer revelação das informações relativas ao procedimento de mediação, sendo proibido ao mediador extrapolar os limites da relação com as partes, ficando impedido de expor para terceiros as informações surgidas no procedimento. Não poderia ser diferente, uma vez que uma das vantagens dos métodos alternativos (adequados) à Jurisdição é justamente a confidencialidade.

Outrossim, Cahali (2011, p. 60) elucida que o absoluto sigilo é “de extrema relevância para que as partes sintam-se confortáveis no desenvolvimento da mediação”. Continua o autor quando diz que “ao mediador é vedado testemunhar ou prestar qualquer tipo de informação sobre o procedimento e seu conteúdo, salvo autorização das partes” (CAHALI, 2011, p. 60). Apenas a ofensa à ordem pública é capaz, segundo Cahali (2011), de mitigar o aludido princípio.

O segundo princípio é a decisão informada. Como o nome já diz, trata-se do direito que possuem os mediados em conhecer o processo de mediação no qual estão inseridos. É dever do mediador expor aos conflitantes a natureza e os procedimentos da mediação (SPENGLER; LÍBIO, 2016). Nesse interim, o consentimento informado atribuí aos demandantes, a informação acerca da mediação antes de iniciá-la.

Outro viés do princípio da decisão informada corresponde ao acordo a ser eventualmente celebrado. As pessoas inseridas no conflito precisam estar conscientes sobre os aspectos relevantes do acordo, o que torna essencial a informação dos envolvidos acerca do procedimento (SPENGLER; LÍBIO, 2016).

O princípio da competência, por sua vez, reflete a importância da capacitação do mediador para que possa exercer a função de restabelecer laços e vínculos. Logo, segundo Sales (2007), o mediador deve possuir caracteres que possibilitem o exercício do seu papel de terceiro, a fim de assegurar a qualidade do procedimento. Mas a competência não fica adstrita à capacitação, o que implica dizer que extrapola as características objetivas do mediador. Veja-se que o mediador, para Fabiana Spengler e Larissa Líbio (2016, p. 162):

é um multiplicador da palavra e deve, necessariamente, colocar seus a

priori entre parênteses. Isso implica realizar uma escuta com cuidado, respeito e sem julgamentos e interpretações, considerando os diversos componentes inerentes ao conflito. A escuta exige do mediador, entre outros atributos, atenção, persistência e treinamento. Para que o conflito seja efetivamente compreendido, faz-se necessário que seja bem escutado.

Por conseguinte, deve-se verificar no mediador a disponibilidade para promover a escuta, vislumbrando no diálogo a questão transformadora do conflito.

Após a competência, a imparcialidade desponta como o quarto princípio objeto de estudo. Tal princípio é impositivo ao mediador e, na atuação do seu papel de terceiro facilitador, precisa restringir a interferência que os seus valores pessoais possam acarretar na condução da mediação (CAHALI, 2011). Para Eligio Resta (2004, p. 126), matriz teórica do direito fraterno no qual se baseia a mediação, “um mediador que faz os interesses de um ou de outro promove a falência da mediação e perde a sua identidade”.

O princípio da independência surge, assim, como consequência da imparcialidade, pois o mediador “não deve ter qualquer vínculo anterior com uma das partes, e/ou valores/ideias ligadas àquela mediação” (CAHALI, 2011, p. 59).

O sexto princípio é o da autonomia da vontade das partes. O mesmo autor supra é didático no ponto e menciona que:

o processo de mediação tem caráter voluntário na sua mais completa dimensão: parte da opção dos mediados a se submeterem a este método, passa pela escolha comum do(s) mediador(es), pela decisão sobre os assuntos a serem abordados, pela administração do procedimento, conferindo-lhe maior ou menor intensidade, e se encerra no momento desejado pelos mediados. Os interessados são, pois, senhores da sorte (do destino) da mediação, e assim, passam a ser gestores de seu próprio futuro (CAHALI, 2011, p. 59).

Aqui, as pessoas experimentam em seu nível máximo, a autonomia que os métodos autocompositivos têm a oferecer. Entretanto, existem limites para o exercício deste livre arbítrio. Este limite é tangenciado pelo princípio do respeito à ordem pública e leis vigentes, atribuindo ao mediador o dever de zelar pelo acordo que não viole as normas de caráter público, tais como a indisponibilidade de direitos.

Ou seja, se o procedimento versar sobre direitos indisponíveis, mas, apesar disto, transigíveis, o mediador deverá tomar o cuidado para que as autoridades competentes (Estado-juiz e Ministério Público) tomem conhecimento do avençado entre as partes. Spengler e Líbio (2016) esclarecem que é vedado ao mediador redigir a termo um acordo que viole os direitos das partes ou que desrespeite as

normas de ordem pública e os bons costumes.

O princípio do empoderamento, sétimo princípio tratado neste estudo, condiz com a finalidade da mediação. As escolhas, na mediação, devem ser feitas voluntária e conscientemente. Logo, há congruência entre o aludido princípio e o fato da mediação objetivar o direcionamento dos problemas dos mediandos por eles mesmos, razão pela qual se reconhece a estas pessoas autonomia para gerir a sua vida e não ser um mero coadjuvante na resolução do seu conflito (SPENGLER; LÍBIO, 2016). Assim, segundo as autoras, “o empoderamento assume um papel central: devolver aos conflitantes o controle sobre suas vidas” (SPENGLER; LÍBIO, 2016, p. 165).

Ao mediador cabe, portanto, desenvolver as potencialidades das partes, para que estas possam transformar o contexto no qual estão inseridas e, a partir disto, acreditar nos recursos que possuem, consubstanciando a pacificação social e a pedagogia do empoderamento.

A validação, último princípio sob análise, se revela como o acolhimento das emoções dos mediandos, como forma de atribuir aos indivíduos a humanidade que lhes é inerente. Assim, a mediação possibilita que as partes mergulhem no seu próprio conflito, de modo a se investigar a sua verdadeira origem e as formas de resolvê-lo. Para Cahali (2011, p. 60) “as emoções motivam as ações, interferem na razão, transformam sensações, [...], e, dentre outros impactos no pensamento, na linguagem, na expressão e na conduta, também influenciam as percepções”.

Este princípio, portanto, demonstra que o reconhecimento de um sentimento, a partir do estímulo das potencialidades humanas, convergem e, de tal forma, levam às partes a agir satisfatoriamente no seu conflito, conforme Spengler e Líbio (2016).

A partir dos princípios da mediação/mediador, é plausível apontar que a conscientização dos envolvidos no procedimento é salutar para o tratamento dos conflitos, sendo uma importante ferramenta para a cultura da pacificação social.

4 O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS INSERIDA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor dispõe sobre o instituto da mediação, como forma de autocomposição de conflitos. Assim, havendo a disposição dos envolvidos na lide, mesmo que a ação judicial já tenha sido a via escolhida, os demandantes poderão fazer uso das ferramentas consentâneas de tratamento de controvérsias, conforme esclarece Fernanda Tartuce (2016).

Aliás, o Código de Processo Civil vigente desde 2016, traz consigo um vértice principiológico, porquanto lança mão dos métodos autocompositivos para o tratamento dos conflitos, conforme o art. 3º e seus parágrafos 2º e 3º.

O *caput* do art. 3º do CPC prescreve que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br), ou seja, contempla o princípio da inafastabilidade da jurisdição, incorporando o que o inciso XXXV da Constituição Federal já previa, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...] (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Dessa forma, o *Códex* engloba a máxima constitucional de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e efetiva, e o procedimento deve ser adequado ao caso em concreto (CAHALI; CAHALI, 2017). Os parágrafos do art. 3º do CPC deixam claro o intuito do legislador. O parágrafo 2º prevê que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br), enquanto o parágrafo 3º, ambos do art. 3º do Código de Processo Civil expressa que:

A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

Objetiva o legislador ordinário, desta forma, proporcionar às pessoas que contendem uma demanda, a oportunidade de dar ao seu conflito o condão autonomizador dos meios adequados de tratamento de controvérsias, mormente porque, como visto ao longo do trabalho, poderão elas contar com um facilitador

(mediador ou conciliador) para auxiliá-las a juntas, buscar a composição do conflito.

De mais a mais, a previsão legal, para Cahali e Cahali (2017, p. 84) “revela um aprimoramento do sistema de resolução de conflitos, com ampliação do acesso à justiça, não restrito à solução adjudicada e impositiva, englobando os métodos consensuais”. Ou seja, tem-se uma nova noção de ação à justiça e, por conseguinte, as políticas públicas que visam ao seu alcance.

Analisar a política pública de acesso à justiça inserida no CPC importa em conferir, de forma crítica, a positivação da mediação de conflitos ao longo do texto do diploma legal.

Logo, é necessário que se esclareça de partida, que os dispositivos legais inseridos no Código de Processo Civil geram algumas dúvidas aos operadores e aplicadores do direito. Isto porque, em que pese a mediação seja amparada, como alhures mencionado, pelo princípio da voluntariedade, uma análise do Código de Processo Civil pode levar à compreensão diversa ao princípio da autonomia da vontade das partes. Senão, veja-se:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

O texto do art. 334 do Código de Processo Civil continua (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br):

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

A partir do dispositivo legal, alguns pontos são discutíveis e serão extraídos ao longo deste capítulo. O primeiro deles é a obrigatoriedade da realização da mediação no deslinde do processo contencioso, tal como prevê o art. 334, *caput*, do CPC, acima transcrito. Outro ponto é o que se refere a quais são os conflitos que admitem a autocomposição, consoante o inciso II, parágrafo 4º, do art. 334, também do CPC. Por fim, o terceiro ponto: deve o autor declinar o interesse ou não na realização do procedimento de mediação ou de conciliação para ter a petição inicial recebida pelo juízo, conforme aduz o art. 319, inciso VII, do CPC?

Fragmentados os pontos polêmicos doutrinários, busca-se a resposta para alguns deles, sendo que, ao final, com espectro na doutrina processualista e de políticas públicas, apreciar-se-á a mediação de conflitos no Código de Processo Civil e o caráter do diploma legal como política de acesso à justiça, no seu significado e extensão.

4.1 A (in)voluntariedade das partes e a sessão de mediação: interpretação do art. 334 do CPC

Já referido que o *caput* do art. 334 e o seu parágrafo 4º, do Código de Processo Civil demonstram o intento legislativo para a incorporação dos métodos consensuais de tratamento dos conflitos nos ditames processuais no Brasil. Entretanto, é motivo de cautela referir-se que um procedimento cuja vantagem e principiologia é a voluntariedade das partes, seja obrigatório quando do ajuizamento da demanda.

Fernanda Tartuce (2016, p. 299), esclarece que:

ao mesmo tempo em que a obrigatoriedade é apontada por alguns especialistas como meio mais propício para o desenvolvimento da mediação, ela também pode gerar um desvirtuamento das características essenciais do mecanismo pela falta de sua consagração empírica representada pela imposição legal de um modelo.

A mesma autora traz exemplos de nações nos quais a mediação é pré-requisito para o acesso à jurisdição. No país *hermano*, por exemplo, a Lei de Mediação e Conciliação Argentina condiciona o acesso ao Judiciário à comprovação da realização da prévia sessão de mediação ou audiência de conciliação (TARTUCE, 2016). A prudência, aqui, deve residir especialmente no fato de incorporar um procedimento cuja obrigatoriedade é requisito para o acesso à justiça, transformaria a autocomposição em apenas mais uma etapa deste processo.

Interessante, destarte, que no Canadá existe uma exposição prévia do que é a mediação. Este procedimento, que serve para esclarecer os objetivos do instituto, obriga que os conflitantes cuja tensão seja afeita ao direito de família, submetam-se a uma palestra sobre as técnicas da conciliação e da mediação.

Nesse espectro, Tartuce (2016) entende que a prática do Canadá se revela como a forma mais apropriada de enfrentar a mediação, pois não obriga que as

partes se submetam à mediação, mas apenas para que possam se informar sobre as técnicas autocompositivas.

Com efeito, a voluntariedade é um dos princípios mais relevantes da mediação. Assim, Petrônio Calmon (2013) menciona que este princípio oportuniza aos demandantes a disponibilidade de, livremente, participar de um procedimento com vista a alcançar um ponto de equilíbrio, restabelecendo, quem sabe, os laços rompidos.

Nesse sentido, o Brasil parece ter seguido o caminho de Portugal, pois, naquele país, o texto legal consagra o princípio da voluntariedade, conforme se lê na doutrina de Tartuce (2016).

Outrossim, a partir da leitura dos princípios da mediação – trabalhados em subcapítulo próprio -, não se pode deduzir que um instrumento com o fito de possibilitar o diálogo entre as pessoas seja imposto pela norma, uma vez que não é arrazoado com a proposta transformadora da mediação, pois fere a autonomia das partes.

Ademais, deve-se levar em consideração o art. 1º do CPC, norma fundamental do sistema processual:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

O dispositivo é expreso quando prevê a necessidade da ordenação do processo civil sob a égide constitucional, pois o direito processual civil possui natureza jurídica de direito público, uma vez que voltado para a atividade do Judiciário (BUENO, 2017). O autor continua quando elucida que:

o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da Constituição Federal. É ela – e não as leis – que moldam o “ser” (ou melhor, o *dever-ser*) do Estado brasileiro, inclusive de seus órgãos jurisdicionais (BUENO, 2017, p. 21). (Grifo do autor).

Ou seja, a leitura do CPC somente possui valor quando sistematizada com a exegese constitucional. Nesse sentido, extreme de dúvida que não se pode impor a realização de qualquer procedimento que condicione o exercício do direito de ação, quer no curso do processo (mediação judicial) quer na fase pré-processual (mediação extrajudicial).

Desse modo, cabe ao magistrado (conjuntamente com as partes e aqueles citados no *caput* do art. 334 do CPC) analisar a consistência do procedimento de autocomposição ao caso concreto, e aplicar o princípio da razoabilidade, extraído do sistema processual civil pátrio. Inclusive, esta é a compreensão de Fernanda Tartuce (2016, p. 304) ao mencionar que “no estado atual, à luz da garantia de acesso à justiça efetivamente se revela inadequada a previsão de prévia submissão a instâncias consensuais”.

Por conseguinte, Spengler (2016b) elenca quatro consequências da obrigatoriedade do procedimento. A primeira é a má vontade e ausência de colaboração das partes; a segunda é ver a mediação enquanto mais uma etapa do processo, na qual as pessoas apenas participam por imposição legal; a terceira, porque um acordo costurado sob a obrigatoriedade possui maiores chances de descumprimento e, ao cabo, a autora menciona que os princípios básicos da mediação poderão ser abandonados.

4.2 A indisponibilidade de direitos e os conflitos que admitem a transação

O inciso II inserido no parágrafo 4º, do art. 334 do Código de Processo Civil prevê que a “audiência” de mediação/conciliação não se realizará “quando não se admitir a autocomposição” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br). Primeiramente, prudente contextualizar e, mesmo que brevemente, trazer críticas ao termo “audiência” quando referente à mediação.

Isso porque, alguns autores questionam a utilização do termo, mormente quando está-se diante de uma palavra cujo significado retrata um momento processual que, não necessariamente, existe para buscar o consenso (SPENGLER, 2017). Veja-se que a palavra diz com o sentido de escutar, de dar atenção e audição. Fernanda Tartuce (2016) esclarece que o termo, no processo, significa a audição pelo juiz, momento no qual as partes, representadas pelos seus advogados, falam e ouvem, bem como produzem provas.

Ou seja, atualmente a palavra audiência é “identificada com uma situação em que um magistrado preside o ato; nessa medida, a audiência é considerada o ato processual solene realizado na sede do juízo” (TARTUCE, 2016, p. 273).

Ademais, continua Tartuce (2016, p. 273), quando menciona que o ato “se presta para que o juiz possa colher prova oral, ouvir os procuradores das partes e proferir decisão”.

É dizer, portanto, que para a mediação, que é um ato não solene, a palavra “sessão” se apresenta como mais adequada, visto que, diversamente das circunstâncias nas quais o juiz preside os trabalhos, os encontros da mediação decorrem da autonomia das partes e da consensualidade (TARTUCE, 2016).

Todavia, assentado que o termo mais adequado é “sessão de mediação”, considerando os dispositivos legais do Código de Processo Civil, ao longo do texto poderão ser encontradas menções às audiências de mediação.

Superada a terminologia, a análise da submissão do conflito aos métodos consensuais de tratamento de controvérsias passa pela tipificação de quais são as demandas passíveis de transação.

A doutrina menciona que apenas os bens sobre os quais pairam a disponibilidade admitem a autocomposição (CALMON, 2013). Deve-se, portanto, analisar quais são os bens indisponíveis e quais os critérios que os definem. A disponibilidade está genericamente associada ao caráter patrimonial do direito.

Todavia, a indisponibilidade de alguns direitos não elide a disposição do seu titular. Isto porque, embora muitas vezes a autocomposição esteja associada a um direito personalíssimo, como ocorre no direito das obrigações e no direito de família, a supressão das formas alternativas de tratamento dos conflitos no leque dos direitos de personalidade, como ocorre nos conflitos familiares, não é, para Tartuce (2016, p. 29) “coerente com as criativas saídas que podem ser encetadas para os litígios”.

Não obstante a indisponibilidade de alguns direitos, é reconhecida a existência de pontos transigíveis, como ocorre, por exemplo, nas ações de alimentos (TARTUCE, 2016). Aliás, a Lei nº 13.140 de 2015 (que estabelece a mediação de conflitos como solução de controvérsias entre particulares e particulares e a administração pública), dispõe no seu art. 3º e parágrafos que:

Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (BRASIL, 2015b, www.planalto.gov.br).

No que concerne ao direito de família, ainda, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem entendimento consolidado acerca da autocomposição:

[...] o acordo obtido em sessão de mediação não é vedado nem mesmo se o direito objeto do acordo for indisponível. Pois no direito de família a maioria dos direitos é indisponível. Assim, se adotado o entendimento de que não pode haver mediação se o direito for indisponível, ficará afastada praticamente toda e qualquer hipótese de mediação em ações de direito de família. E por conseguinte, haverá negativa de vigência ao art. 694, caput, do CPC. A obtenção de acordo nas sessões de mediação pré-processual, realizada sem a presença do agente ministerial e do juiz, representa o cumprimento estrito da nova principiologia adotada pelo CPC, de privilegiar soluções consensuais, especialmente em ações de direito de família. [...] NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. Apelação Cível Nº 70071448567, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/03/2017. (Grifo próprio).

Ademais, ao longo dos anos o conceito de família mudou e não comporta apenas aquele que antes era tido como tradicional: a família composta por homem, mulher e filhos. A participação de todos os membros da família e a alteração dos papéis sociais deles decorrentes foram decisivos para a transformação do contexto familiar.

Maria Berenice Dias menciona que “o amor tornou-se fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar” (DIAS, 2005, p. 67). Ou seja, a antiga dominância masculina (exercício da extinta nomenclatura “pátrio poder”) deu espaço à consolidação da afetividade entre as pessoas, transformando a família e a sociedade.

Como é sabido, o conflito é inerente à vida social e familiar. Assim, Sales (2007) menciona que no meio familiar há ampla dinamicidade nas relações. Esta dinâmica, associada à complexa vida social que hoje impera sobre as pessoas, leva a desentendimentos, comuns à evolução dos conceitos do que é família. Desta forma:

numa família, entretanto, solidariedade e conflito coexistem. Toda família funciona como uma unidade social contraditória em que os recursos, os direitos, as obrigações e os interesses competitivos se confundem. Além dos conflitos por divergência de opiniões, de idéias (sic), de crenças ou de poder, ocorrem os conflitos decorrentes da disputa pelos afetos. Sua dinâmica e organização se baseiam na distribuição dos afetos, o que tende a criar um complexo dinamismo de competições e disputas motivadas pelo desejo de conquista de espaços que garantam o amor, o reconhecimento e a proteção, uns dos outros, necessidades básicas da condição humana (SALES, 2007, p. 137 *apud* MUSZKAT, 2003, p. 24).

A mediação, portanto, é um método capaz de otimizar os relacionamentos no âmbito familiar, mormente porque, nos relacionamentos, não há perdedores ou vencedores, tal como no procedimento da mediação. Apesar dos antagonismos existentes no seio da família, os conflitos, se bem administrados contribuem para o

amadurecimento dos indivíduos (SALES, 2007). Conforme Spengler (2011), há extrema vantagem na opção pela via da mediação nos conflitos familiares, pois o procedimento tende a aproximar as pessoas, bem como possui o caráter de autonomia, reflexão e responsabilização dos indivíduos pelas suas escolhas.

Logo, observa-se que a mediação familiar é um procedimento “imperfeito que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito” (SPENGLER, 2011, p. 176 *apud* MARLOW, 1999, p. 31). É, pois, a partir da mediação que será possível identificar a verdadeira face do conflito, proporcionando aos mediandos a capacidade de real tratamento da sua demanda.

É o real tratamento dos conflitos que torna pertinente a utilização de ferramentas capazes de clarificar a raiz da controvérsia. Deste modo, a mediação possibilita o diálogo e a escuta, fazendo com que os mediandos possam se colocar no lugar do outro, proporcionando a conversa e, quem sabe, a solução da tensão (SALES, 2007).

A autora exemplifica, ainda, a mediação no término da relação conjugal, quando cita que:

a mediação no divórcio é um processo cooperativo de resolver problemas, usando um mediador imparcial na assistência a um casal que se separa para alcançar um acordo nos assuntos que os dividem. Esses assuntos geralmente incluem partilha de bens, partilha de obrigações, sustento para um dos parceiros, e se o casal tem filhos, a guarda, os cuidados e o sustento (SALES, 2007, p. 146 *apud* GRUNSPUN, 2000, p. 14).

Os ressentimentos, assim, devem ser tratados pela via do diálogo através da participação ativa das pessoas, que será possível na mediação familiar.

Ainda no que tange aos direitos indisponíveis, há, ainda, aqueles que envolvem a Fazenda Pública, existindo na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) possibilidade expressa da autocomposição em conflitos nos quais figurem as pessoas jurídicas de direito público (BRASIL, 2015b, www.planalto.gov.br). Outro exemplo acerca da transação é a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

O Termo de Ajustamento de Conduta é firmado entre o Ministério Público, legitimado para promover a Ação Civil Pública, e o segundo ajustante (sujeito passivo), quando o *Parquet* verifica a incorreção da atuação deste ente (que pode ser público ou privado). Neste caso, não é possível ao *Parquet* abrir mão de um

interesse de ordem transindividual, mas ele pode se utilizar do meio consensual para proteger o interesse e o direito tutelado (TARTUCE, 2016).

Rui Portanova, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aduz que “a indisponibilidade e o interesse público prevalente sobre determinado direito vão surgir da interpretação do caso concreto conjugada com a valorização dada pelo legislador” (PORTANOVA, 2013, p. 116). E conclui, ao mencionar que “tanto pode ser indisponível o Direito privado como o Direito público” (PORTANOVA, 2013, p. 116).

Salienta-se, contudo, que em todos os casos é imprescindível verificar a existência ou não de vulnerabilidade entre os conflitantes, resguardando-se o direito das partes.

4.3 A (in)disposição das partes à sessão de mediação como requisito da petição inicial

Como mencionado, o legislador se esforçou para proporcionar aos litigantes o diálogo. Porém, tamanha preocupação resultou na imposição às partes a indicação destas acerca do interesse ou não na realização da solenidade de mediação ou conciliação.

Com efeito, indicar o interesse pela autocomposição é pré-requisito exigido pelo novo Código de Processo Civil para a admissibilidade da demanda, conforme o art. 319, que dispõe que “a petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

Ademais, determinada a emenda à inicial pelo magistrado, no caso de não ter o autor informado sobre o interesse na sessão de mediação questiona-se: o presidente do processo deverá extinguir a ação, pela inépcia da inicial, ou apenas irá precluir o direito do autor a se manifestar sobre a disposição à realização da mediação?

A primeira doutrina, diz-se, aquela que inicialmente abordou as disposições do novo código aduz que “o autor deverá manifestar-se na petição inicial pelo desinteresse no ato, sob pena de preclusão” (SPENGLER NETO; ZUCHETTO; FERREIRA, 2016, p. 280). A preclusão é a perda do direito de agir. É um instituto de natureza processual e, como tal, regra os atos das partes e os seus limites.

A análise da afirmativa de que preclui o direito do autor, no que tange à mediação, parece, aos olhos desta pesquisa, tão somente suprimir a livre disposição do demandante em requerer o procedimento de mediação, ficando ele sujeito à vontade ou não do requerido (que deverá, no prazo de 10 dias antes da data da sessão agendada, dispor sobre o seu interesse na realização do ato).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 180) informam que “a hipótese de desinteresse [na mediação] exige maior cautela”. Continuam, ao mencionar que “o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 180).

De mais a mais, caso o autor decline o seu desinteresse no procedimento, mas o réu fique em silêncio quanto à realização do ato, a lei processual presume a intenção deste a se submeter à mediação ou conciliação, impondo ao autor a sua participação, ao arrepio e em dissonância com o princípio da voluntariedade.

Em que pese isso, é importante reconhecer o esforço do Código de Processo Civil ao introduzir os procedimentos da mediação e da conciliação e oportunizar momento próprio para isto. Isso porque, a incrementado o código com uma nova audiência, possibilita às partes o debate dos seus dilemas, bem ainda os seus direitos, antes que o réu tome conhecimento da inicial, por exemplo, e os ânimos fiquem ainda mais exaltados (SPENGLER, 2017).

Ademais, dá às pessoas envolvidas no conflito, a oportunidade de estabelecer um diálogo com a intermediação de um terceiro que não possui o papel de colher provas e impor uma sentença, mas valorizar o verdadeiro objetivo dos mediandos.

A diretriz imperativa na busca pela autocomposição, em que pese a imposição em certos casos, esclarece que a sentença não é a melhor ou a única hipótese para o fim da demanda, revelando a importância da solução consentânea como forma de resposta adequada do processo.

Os princípios constitucionais aplicados ao direito processual civil demonstram o escopo garantidor do acesso à justiça dos métodos autocompositivos, corroborando a política pública de resolução de controvérsias que é a mediação no Código de Processo Civil.

4.4 O caminho da mediação como política pública de acesso à justiça no Código de Processo Civil

No capítulo inaugural da monografia, verificou-se a conceituação de políticas públicas. Lá, foi possível identificar o ciclo de uma política, fundamentada: a) em um problema político (e, por conseguinte, do público); b) na construção de uma pauta política, como resultado dos problemas que chamam a atenção do governo/Estado e dos cidadãos; c) no envolvimento dos agentes com capacidade de decisão, com vista a diagnosticar os problemas e propor medidas para resolvê-los; e d) na fase de implementação, quando busca-se a concretização dos planos realizados nas etapas anteriores. Estas etapas foram assim discutidas a partir de Bucci (2006) e Mazza-Arzabe (2006), com o fito de compreender o papel do “jurídico” nas ações do poder público.

Agora, o campo para a compreensão da mediação de conflitos enquanto política pública de acesso à justiça está melhor assentado, de modo que se passa à descrição do instituto como ação de governo/Estado com o fito de dar resposta aos problemas sociais e jurídicos existentes no Brasil.

Com efeito, a mediação de conflitos ganhou destaque com a implementação da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, datada do ano de 2010. A partir de então, salienta Spengler (2016b, p. 67), o instituto é “mais que um meio de acesso à justiça, fortalecedor da participação social do cidadão”, pois se revela como uma política do Poder Público que ganha destaque no cenário jurídico do Brasil, fomentando o tratamento adequado das disputas sociais.

Afirmar que a mediação de conflitos se revela como uma política pública é dizer que existe um problema a ser enfrentado. Este problema se assevera no fato de que o Judiciário brasileiro enfrenta extrema conflituosidade e excessiva carga processual, decorrente das transformações sociais dos últimos anos (WATANABE, 2011). Também decorre da fragilidade das políticas de enfrentamento das demandas judiciais, mormente porque ainda impera a solução adjudicada dos conflitos, isto é, através de uma sentença judicial, em detrimento das ferramentas inerentes aos métodos adequados de tratamento de dissenso.

A necessidade de respostas dos agentes políticos à crise da jurisdição torna-se mais perceptível a partir dos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça. O relatório “Justiça em Números”, com os dados de 2015 publicados no ano de 2016, revela que tramitaram naquele período 74 milhões de ações judiciais (CNJ, 2016,

www.cnj.jus.br).

A sobrecarga processual, por conseguinte, leva a um congestionamento sistemático e institucionalizado, abordado no capítulo destinado a estudar as políticas públicas e o acesso à justiça. Este congestionamento acomete a jurisdição de tal modo que a duração das ações aumenta, reduzindo os princípios da razoável duração do processo e do acesso à justiça a meras normas de conduta processuais programáticas.

Na prática, a incorporação das ferramentas adequadas de tratamento de conflitos de forma consensual, assegura Watanabe (2011), além de reduzir a quantidade de processos e a duração temporal destes, é fundamental para a transformação social, conduzindo os indivíduos a uma cultura de empoderamento e maior coesão social.

Mas transformar uma cultura social litigiosa em uma outra cultura com vista ao tratamento adequado dos conflitos demanda a elaboração de uma agenda política pautada pela participação de agentes públicos e da sociedade.

É notável que a política pública funciona a partir de uma dimensão participativa dos indivíduos inseridos no problema político. Assim, a ação do Estado demanda uma forma mais razoável que possibilite aos indivíduos inseridos na problemática social identificar os pontos de fragilidade das suas demandas e prospectar as soluções possíveis para a transformação da sua realidade (MAZZA-ARZABE, 2006).

Neste sentido, é possível verificar que a agenda de elaboração do projeto de lei que consumou o Código de Processo Civil demonstra tanto a disposição política para a adequação da norma com o objetivo de garantir o acesso à justiça (em seu mais amplo conceito), quanto as razões que deram azo à formulação do diploma legal. Neste sentido, menciona o legislador na exposição de motivos do CPC:

um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (SENADO FEDERAL, 2015).

Ainda na exposição, verifica-se que o poder público, ali apresentado pelo Legislativo, reconhece as demandas dos jurisdicionados (cidadãos) e dos operadores jurídicos, de modo que as linhas gerais da atuação do grupo de trabalho que gestou o Código de Processo Civil buscou resolver os problemas existentes.

Isto é, “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais” (SENADO FEDERAL, 2015) corrobora a aplicação das normas oriundas da Carta Magna.

Logo, diagnosticar os problemas existentes possibilita a reflexão das medidas necessárias para a sua solução, mormente quando a sociedade demanda a formulação de técnicas (planos, projetos, etc.) que consubstanciem a tutela de direitos. Estabelecem-se metas, momento em que “as políticas públicas vinculam, além dos órgãos estatais, também agentes econômicos” (MAZZA-ARZABE, 2006, p. 58).

Sucessivamente, superada a formulação de uma política pública, passa-se a sua implementação. A implementação deve observar, como já estudado, os problemas a serem enfrentados, as suas diretrizes e metas, conforme aduz Mazza-Arzabe (2006).

As políticas públicas, que são respaldadas pela ação governamental, não se reduzem à mera intenção política. É necessário que as ferramentas facilitadoras sejam implementadas de acordo com os planos e objetivos traçados. O Código de Processo Civil, contudo, não pode ser tido como um cronograma da ação pública, mas como um instrumento da implementação de medidas capazes de assegurar o acesso à justiça.

Nesse diapasão, o aludido diploma legal elege, no seu artigo inaugural, os objetivos da norma, que como se sabe, deve ter uma interpretação sistemática com a Constituição Federal (BUENO, 2017). Ou seja, deve-se sobrepor o “dever-ser” inserido na Carta Política de 1988 a qualquer outro instituto jurídico, pois assim, é possível projetar os avanços esperados com a implementação das políticas do público para o público.

O princípio do acesso à justiça, portanto, assegura ao cidadão o acesso formal ao Judiciário. É cediço, o acesso à justiça, oriundo do Estado Social de Direito, somente pode ser equacionado quando proporcionar às pessoas o “acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 2011), decorrente da qualificação das práticas processuais.

Nesse espectro, a mediação pode ser caracterizada como uma política de ação governamental estável no sentido jurídico e temporal, projetada a partir da construção de uma agenda política oriunda da percepção e definição de problemas e implementada através do Código de Processo Civil e da Resolução nº 125 de 2010

do CNJ no ordenamento jurídico brasileiro. De mais a mais, os métodos adequados de tratamento de conflitos inseridos no diploma legal estudado (CPC) condizem com a redistribuição de papéis sociais aos indivíduos, uma vez que garante ao cidadão o acesso à justiça, concretizando oportunidades e conjugando uma cultura destituída da imposição de uma sentença, de modo a cumprir, segundo Spengler (2016b) com o objetivo das políticas cujo traçado principal seja a pacificação social e o equilíbrio das relações (2016a).

Outrossim, vale mencionar, que os dispositivos inseridos no Código de Processo Civil precisam ser interpretados à luz dos interesses da sociedade, sopesados na Constituição Federal e que tais normas principiológicas são capazes de balizar todo o processo civil, o que corrobora a finalidade de acesso à justiça.

5 CONCLUSÃO

A abordagem do presente texto esteve centralizada na análise da mediação inserida no Código de Processo Civil em vigor como política pública de acesso à justiça e as críticas pertinentes à positividade do aludido instrumento. A partir da análise da bibliografia, observa-se que o instituto da mediação se coaduna com os ciclos das políticas públicas, notadamente no que concerne às fases que o compreendem.

Nesse diapasão, a compreensão da existência de um problema político decorre da percepção de que existem demandas a serem atendidas através da atuação governamental. Logo, a crise da jurisdição – enquanto problema social decorrente do excesso de processos judiciais e carências no âmbito qualitativo da gestão das ações -, revela-se como problema a ser combatido pelo Poder Público.

Uma vez que ocorre a percepção do “problema político”, envolvendo os agentes governamentais e a sociedade, havendo interesse do Estado este faz uma escolha política, que passa pela possibilidade de se omitir, deixando que os próprios fatores da demanda social tangenciem a problemática (solucionando-a ou não), ou age positivamente, com o fito de dar uma resposta às pessoas.

Com efeito, o presente estudo demonstrou que o Estado, a partir do momento que optou em rediscutir o diploma que norteia as regras básicas do processo civil brasileiro, estabeleceu uma pauta e compôs a discussão de um novo *Códex*, que passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, Senado Federal e foi sancionado, em 2015, pela, à época, Presidente da República.

Após o envolvimento dos agentes com poder decisório (pauta política), passou-se à fase de elaboração da política pública, consistente em diagnosticar os problemas da jurisdição e propor meios para solucioná-los. Neste momento, trouxeram os agentes políticos a intensão da autocomposição dos conflitos, isto é, procederam à positividade das normas de direito que preveem a autonomia da vontade das partes como ferramenta adequada para o tratamento dos conflitos.

Por conseguinte, com a publicação do (novo) Código de Processo Civil, ainda em 2015, deu-se início à execução da política pública consistente em fomentar, no âmbito do Poder Judiciário e ao longo do processo judicial, as ferramentas alternativas à sentença, isto é, os meios adequados de tratamento dos conflitos.

Ocorre, contudo, que ainda não é possível auferir, com dados oficiais e numéricos, se a mediação de conflitos, da forma como proposta no Código de

Processo Civil facilita, quantitativamente, o acesso à justiça. Isto é dizer, que não há uma ferramenta capaz de diagnosticar se mais pessoas acessaram o judiciário e se mais processos foram extintos em razão da utilização das práticas inerentes à mediação.

Doutra banda, com base na doutrina jurídica, especialmente com escopo naquelas trazidas ao presente trabalho, é possível estabelecer que a mediação de conflitos colabora para a imersão dos indivíduos em uma cultura de pacificação social, que dispense a eles maior autonomia e poder sobre a forma de dar fim às suas próprias tensões.

Dessa forma, a resposta ao problema de pesquisa vai nos seguintes caminhos: a) a mediação de conflitos do Código de Processo Civil, por se subordinar aos ciclos de formação de uma política pública e, tendo em vista o seu caráter de intervenção na cultura social do litígio, é considerada uma política pública de acesso à justiça, justamente por atuar nas questões centrais das demandas levadas ao Judiciário; e/ou b) a inexistência de dados acerca de acordos, de sessões de mediação realizadas e quantidade de processos findos em razão do instituto revela a necessidade de maior estudo, pelo próprio Judiciário, acerca dos métodos autocompositivos, com vista a proporcionar à população maior conhecimento sobre as suas ferramentas, o que não afasta, contudo, o caráter de política pública da mediação.

No que tange aos objetivos propostos, que delinearam o estudo para dar resposta ao problema de pesquisa acima respondido, viu-se que o conflito pode sim possuir uma roupagem positiva. Isto porque, o conflito é algo dinâmico e, quando tratado de forma adequada, proporciona maior coesão social.

A sociedade conflituosa é característica dos sistemas democráticos, pois no Estado Democrático de Direito é que as pessoas podem se expressar de forma livre, sem a submissão à autoridade estatal (como ocorre nas ditaduras). Logo, cada sociedade estabelece papéis que são desempenhados pelos seus atores (as pessoas) e, em razão disto, o descumprimento de uma prerrogativa deste papel leva ao surgimento de um conflito.

O Estado, por sua vez, possui o poder/dever de atuar, quando provocado, na resolução desta controvérsia, pois recebeu do seu povo a legitimidade de estabelecer a paz e a ordem, utilizando-se das leis e das alternativas outorgadas ao Poder Estatal.

Mas, paralela e conjuntamente, atuam as ferramentas ditas alternativas à

jurisdição, trabalhadas neste estudo como métodos adequados de tratamento dos conflitos. Este tratamento adequado pode ocorrer a partir da conciliação e da arbitragem. Ainda, há a proposta da mediação, que pode se dar nas comunidades nas quais exsurja determinada tensão ou por terceiros que possuam legitimidade institucional para isto, como ocorre no âmbito do Poder Judiciário, por exemplo.

Outrossim, voltando-se novamente ao Código de Processo Civil, eminentemente no que concerne à mediação, algumas críticas (que consagram o último objetivo específico do estudo) podem ser delineadas, inclusive para eventual continuidade da pesquisa.

A partir da leitura da doutrina e da jurisprudência, compreende-se que a mera aplicação da dicção legal, contida no Código de Processo Civil não é capaz de esclarecer todos os contornos possíveis que a mediação possui.

Isso porque, a prática forense, apesar dos quase dois anos de vigência do CPC, ainda não respondeu a todas as questões postas. Por exemplo: não se sabe exatamente se a falta de disposição expressa pelo (des)interesse na realização de sessão de mediação terá o condão de tornar a petição inepta, acarretando, sem a emenda à petição inicial, na extinção da ação sem resolução do mérito. Tampouco se espera, aliás, que os advogados, na praxe processual, deixem de emendar a peça vestibular, pois seria sucumbir todo o trabalho exarado à inicial a par de uma decisão extintiva (acarretando em prejuízo ao cliente/assistido).

O que se demonstra como afronta, no caso em análise, não é o transtorno processual que poderá decorrer da ausência de expressa manifestação do autor na inicial sobre o interesse na realização das sessões de mediação – pois seria um problema raso. Mas sim o fato de que as partes precisam querer a mediação. Se o autor silencia, na peça inaugural, é porque não a quer. Nada impede, contudo, que ao longo do feito os demandantes construam a via da autocomposição, mas sob o prisma da voluntariedade. Dispor sobre a realização da sessão de mediação ou da audiência de conciliação como requisito de admissibilidade da ação é atentar contra o princípio basilar da autocomposição: a voluntariedade.

Além disso, ao arrepio do princípio da voluntariedade, caso o autor decline de forma expressa, como quer o legislador, o seu desinteresse no procedimento, mas o réu reste inerte quanto à realização do ato, a lei processual presume a intenção deste em se submeter à mediação ou à conciliação. Logo, o autor estará obrigado a participar. O mesmo ocorrerá com o requerido. Se o demandante disser que quer se submeter à mediação, mesmo que o demandado não a queira, falece para este o

direito de dispor ou não sobre o seu interesse, pois estará vinculado ao interesse unilateral do autor, outra dissonância com o princípio da voluntariedade, que demandará maior discussão a partir do transcurso do tempo e da prática forense.

Não obstante as críticas trazidas à lume, os resultados apresentados demonstram que a mediação está se enraizando enquanto política pública, pois detém o condão de transbordar uma ideologia de governo, revelando-se como, além de política de ação governamental, como uma política de Estado, com o objetivo de dar maior celeridade ao tratamento dos conflitos e uma resposta adequada aos litigantes.

Ademais, o acesso à justiça se verifica não somente na quantidade de ações julgadas ou protocoladas em um período delimitado no tempo, mas na ressignificação da própria justiça e no exercício dos direitos fundamentais do cidadão, que passa, por sua vez, na racionalização e democratização do espaço do Judiciário, finalidade para a qual a mediação de conflitos se apresenta como meio possível, consentâneo e autonomizador.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos. In: PELUSO, A. C.; RICHA, M. de A. (Org.). *Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181-198.

BRAGA NETO, A.; SAMPAIO, L. R. C. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13-105.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. *Lei nº 9.307, de 1996*. Lei da Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. Art. 1º. In: BUENO, C. S. (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 21-65.

CAHALI, F. J.; CAHALI, C. E. S. Art. 3º. In: BUENO, C. S. (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84-91.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números*. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. *Relatório Justiça em Números*. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf-344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 29 out. 2017.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, R.; MATOS, F. *Políticas públicas*. Princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-72.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, J. L. B. de.; SPENGLER, F. M. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRIEBE, V. S.; SOUZA, D. K.; DURANTE, I. S. Lei de Arbitragem nº 9.307/1996 com as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER

NETO, T. *Mediação, conciliação e arbitragem*: artigo por artigo. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 179-261.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. AC 70071448567. Rel. Desembargador Rui Porta Nova. Oitava Câmara Cível, julgado em 09/03/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/-busca/search?q=70071448567&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=media%C3%A7%C3%A3o.+inciso+VII&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 08 set. 2017.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O pequeno príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 1994.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos*: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7 ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER NETO, T.; ZUCHETTO, T. M.; FERREIRA, V. G. Conciliação, mediação e arbitragem no novo Código de Processo Civil (CPC). In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. (Org.). *Mediação, conciliação e arbitragem*: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 265-289.

SPENGLER, F. M.; BITENCOURT, C. M.; TURATTI, L. *Políticas Públicas no tratamento dos conflitos*: um novo olhar para a jurisdição. Alemanha: Académica Española, 2012.

SPENGLER, F. M.; LIBIO, L. O código de ética dos mediadores e conciliadores judiciais. In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. *Mediação, conciliação e arbitragem*: artigo por artigo. FGV: Rio de Janeiro, 2016. p. 159-175.

SPENGLER, F. M.; SOUZA, D. K.; KELLER, P. Mediação escolar como política pública de tratamento dos conflitos infantojuvenis. In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. *As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para o seu tratamento*. Curitiba: Multideia, 2016. p. 83-107.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2016a.

_____. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. *Mediação de conflitos*: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016b.

_____. *Mediação de conflitos*: da teoria à prática. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *Os novos meios de “ser família” no Brasil e a mediação familiar. (re) pensando direito.* Ijuí: UNIJUÍ, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis.* 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: RICHA, M. de A.; PELUZO, A. C. (Org.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional.* Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 03-09.