

MEDIAÇÃO, JURISDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO: A SUPERAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS NO SISTEMA BRASILEIRO E A TAREFA HERMENÊUTICA DO MEDIADOR

MEDIATION, JURISDICTION AND INTERPRETATION: AN OVERCOMING OF THE TRADITIONAL MODEL OF CONFLICT TREATMENT IN THE BRAZILIAN SYSTEM AND THE HERMENEUTIC TASK OF MEDIATING

Charlise Paula Colet¹
Viviane Teixeira Dotto Coitinho²

Sumário: Introdução; 1 Os conflitos e seus tratamentos como forma de transformação da realidade social; 2 O dever do estado de prestação jurisdicional e o acesso à justiça; 3 A mediação como instrumento de efetivação de direitos; Conclusão; Referencias.

Resumo: A Constituição Federal garante aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, orientados pelo respeito e pela igualdade, os quais requerem que o Estado viabilize o seu exercício. No entanto, o que se percebe na sociedade contemporânea é a carência na prestação estatal, expressada a partir da falta de acesso aos direitos, motivo pelo qual se afirma que não há uma concordância entre o agir estatal e a necessidade de garantia do bem comum. Desta forma, vislumbra-se uma sociedade marcada pelas diferenças, pela negação de acesso aos direitos e, por conseguinte, por conflitos, quando se requer que a resposta jurisdicional seja neutra e célere, atendendo as necessidades de cada um. Nesta senda, importa analisar o instituto da mediação que possibilita a transformação do estado de beligerância em cultura do consenso e do diálogo, eis que fomenta o tratamento do conflito pelas próprias partes, bem como valoriza o indivíduo enquanto ser humano. Assim, a tarefa da mediação é buscar uma relação saudável e de cooperação entre as partes, as quais compreendam o conflito de forma mais profunda e os desejos/interesses que o desencadearam, permitindo, igualmente, a atuação de forma conjunta na busca por uma sociedade baseada na paz e na fraternidade, a partir da justiça social e do pacto entre iguais.

Palavras-chave: mediação; jurisdição; interpretação; conflito; justiça social.

Abstract: The Federal Constitution guarantees individuals fundamental rights and guarantees, guided by respect and equality, which require that the State makes possible their exercise. However, it is verified in the contemporary society a shortage in state service, expressed from the lack of access to rights, why it is said that there is not an agreement between the state act and the necessity of ensuring the common good. Thus, it is understood that the society is marked by differences, the denial of access to rights and, consequently, conflicts, when it is required that the jurisdictional response is neutral and rapidly, meeting the needs of each. In this vein, it is analyzed the institute of mediation that allows the transformation of the state of belligerency in the culture of consensus and dialogue, behold, the treatment stimulates the conflict parties themselves, and values the individual as a human being. So, the task of mediation is to seek a healthy relationship and cooperation among the parties, who understand the conflict more deeply and desires/interests that triggered, allowing also the actions to construct a society based on peace and brotherhood from the social justice and the pact among equals.

Keywords: mediation; jurisdiction; interpretation; conflict; social justice.

Introdução

¹ Advogada. Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora de Estágio de Prática Jurídica e Direito Penal pela URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (Santo Ângelo/RS).

² Advogada. Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS). Professora nas disciplinas de Direito Civil e Teoria Geral do Direito pela Fadisma – Faculdade de Direito de Santa Maria (RS).

Embora ao Estado caiba o poder de dirimir conflitos e promover a pacificação social, por vezes não foi suficientemente forte a ponto de exercer sem objeções o poder de impor suas decisões. Tornou-se politicamente conveniente que o Estado, enquanto instituição máxima de organização social, viesse paulatinamente a controlar e regular a solução de conflitos, os quais surgem a partir do momento em que pretensões individuais ou grupais não são satisfeitas.

Em tempos remotos, o indivíduo utilizava-se da autotutela para pôr termo às suas pretensões, obtendo a satisfação pretendida. Aos poucos, porém, o Estado passou a intervir nos litígios entre os indivíduos, inicialmente para solucionar a contenda e, posteriormente, o próprio Estado passou a exercer tal função. O Estado impõe-se sobre os indivíduos e, impõe-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses.

O que se percebe hodiernamente é a ausência da prestação estatal manifestada por meio da falta de acesso a uma ordem jurídica justa. Desta forma, a sociedade é marcada pela falta de isonomia, pela negação de acesso aos direitos e, por conseguinte, por conflitos, quando se busca uma resposta jurisdicional neutra e célere, atendendo às necessidades de cada indivíduo. Nesta senda, buscando-se maior correspondência da aplicação do acesso à justiça, surgem institutos novos, tais como a mediação, a qual tem o escopo de desafogar o Judiciário e proporcionar realmente um acesso à jurisdição de forma paritária.

A mediação é um processo extrajudicial, alternativo, consensual e não adversarial de tratamento de conflitos, no qual o mediador dá assistência às pessoas em conflito com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo satisfatório. Permite que as partes encontrem uma saída original para seus conflitos; que trabalhem por si próprias na resolução do litígio; que sejam autoras e não meras expectadoras da decisão a ser tomada. Neste caso, o tratamento do conflito é realizado de forma consensual como instrumento de pacificação e inclusão social. Todavia, além disso, é necessário que o mediador realize sua própria tarefa de interpretação, com a hierarquização axiológica das normas-princípios, a fim de oferecer a mais adequada solução às partes envolvidas no conflito, além de compreender os sentimentos do outro e interpretar uma cultura que entende as diferenças e cultura a educação em valores, a educação para a paz e uma nova visão sobre o conflito.

1 Os conflitos e seus tratamentos como forma de transformação da realidade social

A construção do Estado e a multiplicação de formas pacificadoras de intervenção possibilitaram à sociedade a vitória sobre a barbárie, eis que se extingue o direito à vingança e emerge um sistema normativo.³ No entanto, é inerente ao ser humano possuir desejos similares aos dos outros, vindo a gerar a rivalidade e a disputa pelo domínio de um território, oportunidade em que nasce o conflito, sendo ele reflexo da incapacidade do homem de compreender que há espaço para ele e os demais.⁴ Por isso, afirma Vezzula que “[...] o conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos do outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor”.⁵

Para Muller,

a humanidade do homem não se cumpre fora do conflito, mas sim para lá do conflito. O conflito está na natureza dos homens, mas quando esta ainda não está transformada pela marca do humano. O conflito é o primeiro, mas não deve ter a última palavra. [...] o homem não deve estabelecer uma relação de *hostilidade*, onde cada um é inimigo do outro, mas deve querer estabelecer com ele uma relação de *hospitalidade*, onde cada um é hóspede do outro. É significativo que os termos *hostilidade* e *hospitalidade* pertençam à mesma família etimológica: originalmente, as palavras latinas *hostes* e *hospes* designam ambas o estrangeiro. Este, com efeito, pode ser excluído como um inimigo ou acolhido como um hóspede.⁶

Julien Freund manifesta que o conflito

³ ROULAND, Robert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 98.

⁴ MULLER, Jean - Marie. **Não-violência na educação**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006. p.22-23.

⁵ VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998, p. 21.

⁶ MULLER, 2006, p. 19.

trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro. Assim, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis) [...]. Então, percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, ideias ou interesses. *É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos.* [grifou-se]⁷

Percebe-se, neste contexto, que o indivíduo não pode fugir da situação de conflito sem que venha a renunciar aos seus próprios direitos. Por isso, ao aceitar o conflito, permite que seja reconhecido pelos demais, destacando-se que o conflito pode ser construtivo à medida que estabelece um contrato entre as partes, satisfazendo os respectivos direitos e promovendo a construção de relações de equidade e justiça entre pessoas de uma mesma comunidade e entre comunidades distintas.⁸

Compreende-se, neste diapasão, que o conflito é um meio de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode, sendo as situações conflituosas reveladoras de intensa interação, a qual une os indivíduos com mais frequência que a ordem social, sem traços de conflitualidade.⁹ Em adição, afirma-se que o conflito é inevitável e salutar aos indivíduos enquanto estes encontrem meios autônomos de manejá-los, e o considerem como um fato, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado.¹⁰

Entretanto, salienta-se que embora o conflito seja construtivo, o mesmo deve ser tratado quando ultrapassa os limites da sociabilidade (inimigo/não inimigo; pessoa/não pessoa), assumindo uma postura vingativa ou de prejuízo à outra parte, motivo pelo qual faz-se necessária a intervenção mediante mecanismos hábeis para o seu tratamento.¹¹

Algum, tempo atrás, no jardim da casa de um amigo, meu filho de cinco anos e seu colega disputavam a posse de uma mangueira. Um queria usá-la antes do outro para aguar as flores. Cada um tentava arrancá-la do outro para si e ambos estavam chorando. Os dois estavam muito frustrados e nem um nem outro era capaz de usar a mangueira para regar as flores como desejavam. Depois de chegarem a um impasse nesse cabo de guerra, eles começaram a socar e a xingar um ao outro. A evolução do conflito para a violência física provocou a intervenção de uma poderosa terceira parte (um adulto), que propôs um jogo para determinar quem iria usar a mangueira antes do outro. Os meninos, um tanto quanto assustados pela violência da disputa, ficaram aliviados em concordar com a sugestão. Eles rapidamente ficaram envolvidos em tentar achar um pequeno objeto que eu tinha escondido e obedientemente seguiram a regra de que o vencedor seria o primeiro a usar a mangueira por dois minutos. Logo eles se desinteressaram pela mangueira d'água e começaram a colher amoras silvestres, as- quais atiravam provocativamente em um menino de dez anos de idade que respondia aos inúteis ataques com uma tolerância impressionante.¹²

Ou seja, embora o homem pareça estar sempre lutando contra situações de angústia, de forma a se manter em equilíbrio, é de sua natureza a contradição entre o desejo sobre determinada coisa e fazer o oposto disto que deseja. Desta forma, afirma Muller que a paz não deve significar a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e o tratamento dos mesmos mediante meios diversos da violência destruidora e mortífera. “A acção política também deve procurar a resolução (do latim *resolutio*, acção de desatar) não violenta dos conflitos”.¹³

Destarte, a identificação de alternativas para satisfazer as necessidades humanas mínimas constitui-se em um instrumento de tratamento de conflito sem violência, incentivando a paz e o restabelecimento das relações entre os indivíduos de forma a interromper as cadeias de reverberação de violência.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

⁸ MULLER, 2006, p. 18.

⁹ COSER, Lewis apud MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

¹⁰ MORAIS e SPENGLER, 2008.

¹¹ DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. por Arthur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). **Estudos em arbitragem, mediação e hegociação.** v.3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

¹² Idem, p. 29.

¹³ MULLER, 2006, p. 18-19.

Só a acção não-violenta pode desatar o nó górdio de um conflito e permitir assim a sua resolução. Cortar o nó em vez de levar tempo a desatá-lo é dar provas de impaciência. A violência é precipitação e um excesso de velocidade da acção. Ela violenta o tempo que é necessário para o crescimento e maturação de todas as coisas. Não que o tempo aja por si mesmo, mas concede à acção o tempo de que ela necessita para se tornar eficaz. Assim, a virtude da paciência encontra-se no cerne da exigência de não-violência. [...] A paciência tem a força da perseverança.¹⁴

Vislumbra-se, assim, que novas formas de participação social incitam uma relação de co-responsabilidade entre Estado e a sociedade, as quais possibilitam um espaço de participação social consciente e mobilizado. Por isso, é necessário **humanizar o sistema judiciário brasileiro**, com o esquecimento de preconceitos de índole social, a fim de se modificar o foco para as desigualdades sociais, razão principal da maioria dos crimes.

2 O dever do estado de prestação jurisdicional e o acesso à justiça

Ao proibir os cidadãos de resolverem por si suas contendas, o Estado avocou para si o poder-dever de resolvê-las, prestando certo serviço público, que é a jurisdição. É dever do Estado garantir a todos o acesso à justiça ou, como se considera hoje, na feliz expressão de Kazuo Watanabe, o "acesso a uma ordem jurídica justa".

Acesso à Justiça deve significar o acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal, a garantia de acesso a uma Justiça imparcial; a uma Justiça igual, contraditória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do Juiz. E mais: deve significar acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.¹⁵

A Constituição Federal de 1988 promoveu um grande avanço no que diz respeito a essa garantia, conferindo ao jurisdicionado uma série de elementos que passaram a integrar o chamado Direito Constitucional Processual.¹⁶ Nesse sentido, avulta de importância atualmente o estudo dos princípios como veículos da compreensão e da aplicação do direito. Como ressalta Jorge Miranda, citado por José Augusto Delgado:

o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de ato de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbas articuladas entre si. O Direito é um ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.¹⁷

Realmente, os princípios são básicos ao sistema porque se tratam de guias ao intérprete até para a solução de antinomias. Por via de consequência, tem-se que o sistema jurídico submete-se ao dinamismo e ordenamento impostos pelos princípios, refletindo-se isso na interpretação da Constituição. É em tal sentido que se toma o *acesso à justiça*.

Assim, é a partir da normatização insculpida na Constituição Federal que se pode fazer o estudo dos demais ramos do Direito. É aquele regramento hierarquicamente superior que estabelece os princípios

¹⁴ Idem, p. 166.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-21.

¹⁷ DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v.33(1), 1992/1993, p. 56.

básicos, que fixa os direitos fundamentais. Por isso, as normas positivadas pelo legislador ordinário somente serão válidas quando compatíveis com os preceitos constitucionalizados.

É sob o império da lei que se realiza a legalidade democrática e se extraem os conceitos de igualdade e de justiça social, sobretudo na busca da *"igualização das condições dos socialmente desiguais"*. E essa lei não pode ser interpretada como aquela que configurava o Estado de Direito puro, na esfera puramente normativa. A própria lei deve-se abrir para a realidade das transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, bem como para a necessidade de buscar uma alteração na situação da comunidade, manifestada por meio de um sistema de direitos fundamentais, que compreendem os direitos individuais, os coletivos, os sociais e os culturais.¹⁸

Nesta senda, vê-se que o princípio da legalidade é basilar na existência do Estado Democrático de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, inc. XXXV). Em tais hipóteses, instar-se-á o Poder Judiciário a intervir, como forma de coibir o abuso de poder, a arbitrariedade, o desvio, a inadequação da conduta. É inafastável, diante da ilegalidade, o controle judicial.

Como ensina José Alfredo de Oliveira Baracho:

o direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretenda algo de outra, sendo que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através de processo onde são reconhecidas as garantias mínimas. O acesso dos cidadãos aos tribunais de justiça, à procura de uma resposta jurídica fundamentada a uma pretensão ou interesse determinado, realiza-se pela interposição perante órgãos jurisdicionais, cuja missão exclusiva é conhecer e decidir as pretensões, que são submetidas ao conhecimento do órgão judicante, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa.¹⁹

Essa visão é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de seu estilo decisório jurisprudencial. Leiam-se, a título exemplificativo, os seguintes trechos de ementas de acórdãos:

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível?²⁰

A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República.²¹

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

É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre

mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (por meio de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (por meio da execução forçada).²²

¹⁸ Sobre os direitos fundamentais, ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75-163.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 292.

²⁰ STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário n. 158.655-9/PA, ReI. Min. Marco Aurélio, publ. Diário da Justiça da União (DJU) 2/5/1997, p. 16.567.

²¹ STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 172.084/MG, ReI. Min. Marco Aurélio, publ. Diário da Justiça da União (DJU) 3/3/1995, p. 4.111.

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

Por isso, afirma Cândido Rangel Dinamarco:

A ideia - síntese que está a base dessa moderna visão metodológica, consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e igualdade, que afinal, são manifestações de algo dotado de maior aspecto e significado transcendente: o valor justiça. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo, interpreta as suas palavras, sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo.²³

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

No entanto, o que se observa hodiernamente é uma prestação jurisdicional falha, sendo marcada dessa forma pelo enfraquecimento do Estado, e conseqüentemente o seu desprestígio, pois o que se busca no processo é a celeridade, pois uma decisão atrasada pode tornar-se ineficaz.

Neste rumo, dizem José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler:

Conforme já constatado, enfrentamos, atualmente, crescentes falhas na direção de condutas que, desde o surgimento do Estado, sempre foram de sua competência por exercício e imposição do direito. É aqui, portanto, que se fala em crise da Justiça e em suas prováveis causas, como também na busca de subsídios para a obtenção de soluções factíveis que, pelo menos, possam amenizá-la.²⁴

Pois o *acesso à Justiça* serve para determinar duas finalidades: o sistema pelas quais as pessoas podem reivindicar seus direitos ou resolver seus litígios. O sistema deve ser acessível a todos e deve produzir resultados individuais e socialmente modernos, o que pressupõe o acesso efetivo, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth.²⁵

Ou seja, ele tem sofrido uma transformação importante. A partir do momento em que as ações e relações assumiam caráter mais coletivo que individual, torna-se necessário abandonar a visão individualista dos direitos, pois estes não representam a maioria dos conflitos hodiernamente existentes.

O acesso à Justiça é requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir os direitos de todos. Por isso, não é apenas um direito social fundamental; é também o ponto central da moderna processualística, necessitando de medidas urgentes, pois os instrumentos jurisdicionais existentes se mostram insuficientes para atender as demandas sociais.²⁶

Nesta ótica, a "efetividade" é a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagonicas. Apesar disso, ao mencionar as chamadas "ondas renovatórias", Mauro Cappelletti identifica as seguintes barreiras ao acesso à justiça: custas judiciais, possibilidade das partes e interesses difusos.²⁷

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.24-25.

²⁴ MORAIS e SPENGLER, 2008, p.106.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Narthfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

²⁶ DINAMARCO, 2001, p. 30.

²⁷ a) Custas judiciais - os altos custos que uma ou ambas as partes devem suportar constituem importante barreira ao acesso à justiça. Os efeitos da delonga judicial podem ser devastadores, pois aumentam os custos para as partes e pressionam os economicamente fracos a abandonar as causas, ou a aceitar acordos com valores inferiores àqueles a que teriam direito. b) possibilidade das partes - é ponto importante quando se cogita a denegação da garantia de acesso efetivo à justiça. Alguns litigantes gozam de uma gama de vantagens: recursos financeiros consideráveis a serem utilizados na demanda, podendo suportar as delongas do litígio. c) interesses

Quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça.

Destacam Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros que:

o Estado brasileiro quer uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193 CF) e considera-se responsável pela sua atividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum ou bem-estar social.²⁸

Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

Ao visualizarmos o Direito Processual Civil por meio de lente do acesso à Justiça, temos que fazer aflorar toda uma problemática inserida num contexto social e econômico. Daí a necessidade de o processualista socorrer-se de outras ciências, bem como de dados estatísticos, a fazer refletir as causas de expansão da litigiosidade, bem como os modos de sua solução e acomodação. O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social. E, mais, se bem que indissociavelmente ligada à noção de acesso, aquele que trabalha com o Direito tem o dever de incumbir-se da mentalidade instrumentalista do processo, ou seja, como mostra Cândido Rangel Dinamarco, "o processo é colocado à disposição das pessoas para fazê-las mais ou menos felizes mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas".²⁹

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

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

Na esteira do que foi dito nos itens precedentes, o acesso à ordem jurídica justa é, primordialmente, uma questão de cidadania. A participação da gestão do bem comum por meio do processo cria o paradigma da cidadania responsável. Responsável pela história própria (individual), do país e da coletividade e nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo de tomar a palavra, e ser escutado. É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins.

3 A mediação como instrumento de efetivação de direitos

Ao falar-se em instrumento de efetivação de direitos, importa analisar se o processo, enquanto instrumento de atuação do poder do Estado, tem cumprido efetivamente seu papel na distribuição da justiça. Com o passar do tempo, isso se revelou incapaz de outorgar a adequada proteção aos *nuovi diritti* (novos direitos). Os direitos da personalidade, o meio ambiente, as práticas concorrenciais, entre outros, demonstram a necessidade de novos paradigmas de atuação da expressão jurisdicional do Estado, e demonstram que o sistema processual atual passa por uma crise interna de efetivação dos direitos, o que

difusos - são interesses fragmentados ou coletivos. Embora as pessoas na coletividade tenham razões para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem evitar que esse interesse seja unificado e expresso.

²⁸ CINTRA, 2002, p. 37.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

ocorre por consequência do modelo europeu-continental adotado, em que o processo encontra-se dividido em três segmentos, do conhecimento, da cautelar e da execução.³⁰

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

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

Entre nós, esse sistema repercutiu mais nitidamente como Código de Processo Civil de 1939, e, com transparência, no de 1973. A forma de execução praticamente predominante era a da tutela ressarcitória, o que equivale a dizer quase sempre execução por quantia certa, especialmente nas obrigações de fazer e de não fazer, que, inadimplidas, convertiam-se em perdas e danos.³¹

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

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

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

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

Não há dúvida de que a ideia de processo prende-se à noção de tempo: "resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o proceder rítmico do fenômeno".³²

No processo, tal noção é de particular importância. Para ser justo, o processo há de ser efetivo; para ser efetivo, há de corresponder à real necessidade do jurisdicionado, conferindo-lhe num prazo razoável o proveito do bem da vida disputado. "*Il valore, che il tempo ha nel processo, é immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotie senza posa*", disse Francesco Carnelutti.³³

Como a duração temporal do processo, em atenção à garantia de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, inc. LIV), pode redundar em danos graves para

³⁰ Sobre a crítica a esse modelo, ver, por todos, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38-44.

³¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. v.2. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113.

³³ CARNELUTTI, Francesco. **Direito e processo**. Napoli: Morano, 1958. p. 354. Em tradução livre: "o valor, que o tempo tem no processo, é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria exagerado equiparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem pausa".

a relação jurídica material discutida entre os litigantes, conclui-se que é possível o conflito entre duas garantias fundamentais: a do devido processo legal e do acesso à justiça. É nesse conflito que se impõe a mediação como tutela jurisdicional, como forma mais adequada hodiernamente para resolução do litígio ao tempo necessário.

Nessa senda, dizem José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler:

[...] os resultados atingidos pela reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensual possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.³⁴

Assim, a mediação manifesta uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. O mediador, diferentemente do Juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O mediador, neutro, não se posiciona e não assume lados, ou seja, não adere a nenhuma das partes. É um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do conflito jurídico tradicional. Busca livremente soluções, que podem mesmo não estar delimitadas pelo conflito, que podem ser criadas pelas partes, a partir de suas diferenças. Não é apenas o lado objetivo do conflito que é analisado na mediação, mas também, e, sobretudo, o lado subjetivo. Essa é uma das bases da mediação trabalhar a subjetividade do conflito, o lado oculto que todo conflito apresenta, o não verbal, o que se esconde no conteúdo latente do conflito, que, frequentemente, é diferente do conteúdo manifesto do conflito. A mediação procura ir além das aparências explícitas, investigando os pressupostos implícitos do conflito.

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatório. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais.³⁵

O sistema de mediação é aberto a qualquer aspecto que possa estar causando o conflito. O lado emocional e sensorial é extremamente importante na Mediação.

Nessa senda, diz Luis Alberto Warat:

Não é possível abordar um processo de mediação por meio de conceitos empíricos, empregando a linguagem da racionalidade lógica. Os conflitos reais, profundos, vitais, encontram-se no coração, no interior das pessoas. Por isto é preciso procurar acordos interiorizados.³⁶

Na mediação, é essencial a percepção do conflito como um todo, para que as partes sintam e respeitem suas diferenças. O sistema jurídico positivo procura mais estabelecer a uniformidade, eliminar os desvios, penalizar os culpados, obter a normalidade comportamental. Assim, o referido instituído trabalha, também, com o potencial transformador dos desvios para integrá-los na formulação de uma nova solução, visto que encara o poder emancipatório, que existe em todo sistema jurídico, como fator mais importante do que o poder normativo. Uma sociedade para ser justa precisa, sem dúvida, de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internalização subjetiva dos valores éticos e morais. Sendo citada a mediação como exemplo de ética, pois é um modelo que está em moda e que procura satisfazer os anseios da sociedade moderna.

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

³⁴ MORAIS e SPENGLER, 2008, p. 1 06.

³⁵ Idem, p. 134.

³⁶ WARA T, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, SC: Habitus, 2001, p. 35.

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

É fundamental que o mediador, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimi. Afinal, é com as informações que recebe das mesmas que o mediador poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis estratégias de tratamento de conflito.³⁷

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

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

A constatação é muito bem feita por Luis Recaséns Siches, para quem

el estudio sobre la interpretación del Derecho es un tema esencial, lo mismo en la teoría que en la práctica del Derecho. Tanto que, sin interpretación, no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico.³⁸

E prossegue:

Respecto dei primer punto, de la perentoria necesidad de interpretación, nótese que sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico. No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, impuestas por los órganos jurisdiccionales y ejecutivos. Ahora bien, las normas generales - constitución, leyes, reglamentos - hablan dei único modo que pueden hablar: en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, la vida humana, las realidades sociales, en las cuales las leyes deben cumplirse y, en su caso ser impuestas, son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, para cumplir o para imponer una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regia general en una norma individual, transformar los términos abstractos y genéricos en preceptos concretos y singulares. Yesto es precisamente lo que se llama interpretación dei Derecho"³⁹

A tarefa interpretativa cumpre, pois – e antes de tudo –, ao mediador, a fim de estabelecer os limites da tensão entre os participantes da mediação. Entretanto, tal atividade só pode ser feita adequadamente pelo mediador a partir de sua prévia compreensão em relação, não só ao objeto (norma a ser concretizada), mas também à própria forma de interpretação dele⁴⁰, o que se torna mais grave quando se trata da relação mediada com a Constituição. É que em tal circunstância cuida-se de buscar o fundamento máximo dentro do sistema, o que pressupõe a escolha da solução mais razoável na adequação da norma ao problema concreto.

³⁷ MORAIS e SPENGLER, 2008, p. 164.

³⁸ DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p. 80.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Tem-se aqui a questão da *pré-compreensão* a que alude Konrad Hesse (*Escritos de derecho f. constitucional (selección)*). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 44), na esteira de Hans Georg Gadamer. Aliás, é o próprio Gadamer quem, depois de criticar a ideia do purismo conceptual, assevera a inevitabilidade do *preconceito* na interpretação: "*Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do (- todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado*" (GADAMER, Hans-Geor. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997).

A adequação feita pelo intérprete (que aqui é, em última análise, o mediador por inarredável autorização estabelecida na própria Constituição)⁴¹ ainda quando criativa, não pode ser arbitrária. Permeada por fundamentação cognoscível pelo destinatário dessa atividade, o que lhe permite aferir os *valores* sobrelevados na concretização da norma constitucional, deve observar ainda e mais uma vez os *princípios* ínsitos à ideia de Constituição, sob pena de aporia do sistema.

Norberto Bobbio realça de modo considerável a importância dos princípios para a completude do sistema:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normais. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentado por CRISAFULLI. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, por meio de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que serem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?⁴²

Os princípios são básicos ao sistema porque se trata de guias ao intérprete até para a solução de antinomias,⁴³ daí a necessidade de o mediador, antes e durante o desempenho de suas tarefas, dar-lhes como uma unidade valorativa. Afinal, o sistema jurídico deve abrigar valores homogêneos e compatíveis entre si, não significando, porém, que deva ser considerado como um monopólio de valores agregados em torno de formulações literais que expressam comandos, positivados nas normas jurídicas. Não há unidade de valores na sociedade de modo a irradiar uma única tendência valorativa. O que deve ser preservada é a unidade do todo em si⁴⁴ reforçando a tarefa do intérprete para a solução das antinomias.⁴⁵

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

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

Por tudo isso, diz-se que os princípios realizam três funções: a) informadora; b) normativa; c) interpretadora. A primeira atua no nível legislativo, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico. A função normativa é meio de integração do Direito, ou seja, supre suas lacunas. Por último, a função interpretadora, que baliza a interpretação daquele que vai aplicá-lo ao caso concreto. Podem entrar em colisão entre si, não significando que venham a perder o seu lugar no ordenamento jurídico.⁴⁶

Justamente por isso, no caso concreto deverá ser feita a *hierarquização* em busca da solução mais razoável, com a intervenção do mediador (cada vez mais decisiva, em virtude da complexidade do mundo pós-moderno). Daí, avulta de importância o conhecimento prévio do mediador acerca dos princípios aplicáveis ao caso, sem ranço de exclusividade, podendo mais de um princípio atuar na mesma relação

⁴¹ O conceito de intérprete é utilizado aqui de maneira restrita, em oposição ao catálogo alvitrado por Haerle e que consta de sua obra: HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** (a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 15.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB - Universidade de Brasília, 2002. p. 34.

⁴³ Sobre isso, ver FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109-12, onde o autor sustenta - com sucesso - a existência de um *princípio de hierarquização axioológica*. Nesse sentido também PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 115).

⁴⁴ Na célebre advertência de Carlos Maximiliano, "*cada preceito (...) é membro de um grande todo*" (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 128).

⁴⁵ FREITAS, 2004, p. 110.

⁴⁶ Claus-Wilhelm Canaris elenca quatro características dos *princípios gerais de Direito* no sistema, mencionando já no primeiro que "*OS princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si*" (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 88).

jurídica.⁴⁷ Isso se relaciona também à característica dinâmica do Direito, a possibilitar que o mesmo fato jurídico possa ser analisado e resolvido segundo diferentes perspectivas. Assim, fica garantido certo abrandamento na interpretação, libertando o intérprete-mediador da simples aplicação da lei através de silogismo lógico-formal.

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

Conclusão

Conforme manifesta a Constituição Federal, é direito fundamental dos indivíduos o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, o qual preceitua que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Desta forma, entende-se que qualquer pessoa pode buscar no Poder Judiciário a solução de seu litígio a fim de que um terceiro legitimado e capaz possa garantir a justiça sob a ótica imparcialidade.

No entanto, compreende-se que ao Judiciário cabe o poder de dirimir os conflitos da população, porém, considerando a morosidade do sistema, bem como a grande demanda, este se torna incapaz de encontrar o melhor tratamento do conflito sem que resulte em traumas para ambas as partes.

Deve-se atentar ao fato de que o conflito é inerente às relações humanas, seja na esfera em que ocorrer. Contudo, o modo de tratá-lo é que deve ser diferenciado a fim de não fomentar a disputa e a rivalidade entre as partes. Assim, o uso da Mediação revela-se como um instrumento de diálogo aberto, informal, de modo que os envolvidos possam alcançar um consenso e sanar as necessidades de cada um.

Por isso, a mediação mostra-se como um mecanismo eficaz diante do modelo tradicional de tratamento de conflitos no judiciário brasileiro, pois busca atingir a estrutura do conflito, alterando a forma como as pessoas percebem os fatos e, por conseguinte, permitindo uma nova visão para a relação afetada.

Assim, a alternativa em estudo transforma a “cultura da beligerância” em “cultura do diálogo”, valorizando os indivíduos enquanto seres humanos, bem como revelando um acordo benéfico para todas as partes, eis que se fomenta o ganha/ganha, ao contrário do modelo atual, o qual sempre indica um perdedor.

Referências

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

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

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

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

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 33(1), 1992/1993, p. 55-73.

⁴⁷ CANARIS, 1996, p. 90.

- DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. por Arthur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v.3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição). Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. & ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MULLER, Jean - Marie. **Não-violência na educação**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- ROULAND, Robert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, SC: Habitus, 2001.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.