

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LUDMILA LYRA DA COSTA

O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA
2015

LUDMILA LYRA DA COSTA

O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

SOUSA

2015

LUDMILA LYRA DA COSTA

O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Data da Aprovação: _____

Banca Examinadora:

Orientadora: Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Examinador: Professor

Examinador: Professor

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida, e por ter colocado anjos em meu caminho que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, meu alicerce, meus verdadeiros exemplos de dignidade, honestidade e respeito, que em nenhum momento deixaram de acreditar em mim, me apoiando em todos os momentos. Serão para sempre meu porto seguro.

Ao meu irmão João Victor, meu eterno cúmplice, que seu choro me partia o coração, toda vez que o ônibus saía de Natal me levando de volta a Sousa, com o sonho de conquistar o esperado diploma.

À minha querida avó Odete, meus tios e primos, que estarão sempre torcendo pela minha felicidade e sucesso.

Ao meu amor Bosco Júnior, meu maior incentivador, pela paciência e compreensão, que mesmo com todas as turbulências, nunca desistiu de mim.

Aos meus verdadeiros amigos, que nem sempre estavam por perto, mas dividiram comigo momentos de alegria e dificuldades.

À professora Vanina Oliveira Ferreira de Sousa, minha orientadora, pela motivação e carinho que me auxiliou na confecção deste trabalho.

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”

(Norberto Bobbio)

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

a.C – Antes de Cristo

Art. – Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o Acesso à Justiça como preceito constitucional e sua eficácia, através de mecanismos facilitadores ao pleno exercício da cidadania, no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, verifica-se que o Acesso à Justiça pertence ao elenco dos direitos fundamentais, conforme o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Vale salientar que sua natureza de direito humano prestacional requer ações positivas do Poder Público, para que de forma mais completa e eficiente ao pedido daquele, exerça o seu direito à jurisdição. Ocorre que a massificação da judicialização e a cultura do litígio prejudicam uma solução satisfatória às partes, sobrecarregando o Judiciário brasileiro. Com efeito, a tutela jurisdicional do Estado deve reunir um somatório de esforços para garantir um auxílio satisfatório aos indivíduos, até alcançar a justiça social. Para tanto, utiliza o método dedutivo, partindo da análise do acesso a Justiça como preceito constitucional até verificar sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Como método de procedimento, utiliza histórico-evolutivo, através do estudo das Constituições anteriores e sua evolução temporal. Além disso, o método exegético-jurídico para entender a real intenção do legislador em garantir o Acesso à Justiça. Como técnica de pesquisa a documentação indireta, além de pesquisas bibliográficas. Possui como principais resultados o reconhecimento da cultura do litígio e a judicialização como responsáveis pelo aumento do número de demandas no Judiciário; a conscientização das pessoas e dos poderes públicos para a implantação de medidas eficazes que viabilizem o Acesso à Justiça; além da tendência da Justiça em incentivar meios alternativos de solução de litígios para amenizar o número excessivo de demandas judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Meios alternativos. Solução dos litígios.

ABSTRACT

This work deals on Access to Justice as a constitutional precept and your effectiveness, through facilitating mechanisms to the full exercise of citizenship in the Brazilian legal system. From this perspective, check the access to justice belongs to the list of fundamental rights, according to the item LXXIV of art. 5^o of the Federal Constitution of 1988. It is noteworthy, that the prestacional nature of human right require positive actions to the government, for completely and efficiently request, exercise your right to jurisdiction. It turns out the mass of the judicialization and the litigation culture preclude a satisfactory solution to the parties, overloading the Brazilian judiciary. Indeed, the legal protection of the State, must gather a sum of efforts to ensure a satisfactory assistance to individuals, to achieve social justice. Therefore use the deductive method, based on the analysis of access to justice as a constitutional precept to verify your effectiveness in Brazilian law. As a procedure method, uses historical evolution, through the study of previous Constitutions and your evolution. Furthermore, use the method exegetical-legal to understand the real intention of the legislature to ensure access to justice. As research technique used the indirect documentation, and library research. Its main results of the recognition of the dispute culture and legalization as increasing the number of demands on the judiciary; awareness of the people and government for the implementation of effective measures to enable access to justice; and the tendency of Justice to encourage alternative means of dispute resolution to ease the excessive number of lawsuits in the Brazilian legal system.

Keywords: Access to Justice. Alternative means. Settlement of disputes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL	12
2.1 DO APORTE CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	12
2.2 ANÁLISE HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	15
2.3 O ACESSO À JUSTIÇA NA ORDEM CONSTITUCIONAL E SUA NATUREZA DE DIREITO HUMANO PRESTACIONAL	20
3 MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS	22
3.1 A CULTURA DO LITÍGIO E A JUDICIALIZAÇÃO	22
3.2 DA MEDIAÇÃO	26
3.3 DA CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.....	29
4 A EFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA NA PRÁTICA JURÍDICA	34
4.1 OBSTÁCULOS A SEREM SUPERADOS PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA	34
4.2 OUTROS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA	38
4.3 DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O Acesso à Justiça está disciplinado na Constituição Federal, garantindo ao cidadão a concretização na busca pelos seus direitos e o alcance da tutela jurisdicional, face às inúmeras transformações ocorridas na sociedade tanto no aspecto tecnológico, político, econômico e jurídico.

O Acesso à Justiça apresenta-se temerário face às dificuldades e diversidades regionais vivenciadas pela nação, sendo necessário averiguar meios que o assegurem, haja vista ser este o caminho para alcançar o objetivo primordial da Constituição, qual seja, a garantia dos Direitos Fundamentais.

Durante séculos, a sociedade almeja por justiça, e exige do Estado o seu papel de penalizar e condenar os transgressores da lei, empregando as previsões constitucionais da melhor forma possível, concretizando assim, sua função social. Todavia, este não corresponde convenientemente às necessidades da população na busca pela materialização deste direito.

Nesse diapasão, o Estado promoverá uma maior participação dos sujeitos na busca da satisfação de suas necessidades contribuindo na construção de um judiciário acessível através de quais mecanismos?

Pretende-se assim, através desta pesquisa, contribuir com a acessibilidade à Justiça aos cidadãos, diminuindo o distanciamento entre os indivíduos e o Judiciário, indicando dispositivos ágeis e eficazes na prestação jurisdicional.

Busca-se evidenciar a evolução histórica do Acesso à Justiça desde antes da promulgação da Constituição de 1988, sendo esta um importante instrumento desse direito, pois foi a partir da garantia de Acesso à Justiça normatizado que surgiram outros meios para sua efetivação.

Objetiva também, a integração de mecanismos alternativos e ágeis, buscando reduzir os diversos obstáculos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, a tutela jurisdicional prestada deve ser efetiva, pois nada adianta reconhecer a existência do direito ou, determinar a proteção de um direito ameaçado de lesão se estas medidas não forem eficazes.

Não se pode falar em Democracia sem entender as dificuldades a que estão sujeitos os mais carentes e todos os jurisdicionados que necessitam pleitear seus

direitos.

O trabalho está estruturado em três capítulos, tratando do Acesso à Justiça como preceito constitucional; os meios alternativos à jurisdição no tratamento dos conflitos; e da eficácia do Acesso à Justiça no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo traz o conceito constitucional do Acesso à Justiça, apresentando seus elementos históricos e sua evolução no Brasil. Apresentar-se-á uma nova reflexão sobre o princípio do acesso à justiça e seu caráter de direito humano fundamental por sua natureza prestacional.

O segundo capítulo analisa a judicialização pelo grande aumento das demandas judiciais, resultado do meio social voltada para o litígio, onde o embate judicial é valorizado na medida em que surgem controvérsias das mais variadas, sobre diferentes matérias.

Além disso, ilustra os meios alternativos de pacificação dos conflitos, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, institutos que visam abrandar os obstáculos opostos ao pleno e igual acesso de todos à justiça, atendendo a uma demanda reprimida, mediante a oferta de um processo rápido, econômico e simples.

Por fim, o terceiro capítulo retrata os diversos obstáculos a serem superados para se alcançar o Acesso à Justiça no Brasil, já que as soluções não passam somente por alterações legislativas, como também uma mudança de mentalidade da população.

Na continuidade destaca outros equivalentes jurisdicionais além dos já mencionados, para resolver a lide sem recorrer ao processo judicial, e por último explicar-se-á o Acesso à Justiça através da efetividade da tutela jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, desenvolver-se-á a pesquisa pelo método dedutivo, analisando-se o acesso à justiça partindo de uma premissa geral para o particular, analisando o tema como preceito constitucional e a relação existente entre os meios facilitadores de Acesso à Justiça, e os obstáculos no ordenamento jurídico.

O método de procedimento é o histórico-evolutivo, pois será levado em consideração o estudo das Constituições anteriores e sua evolução ao longo do tempo, e suas alterações com as necessidades sociais do momento.

Possui também, procedimento exegético-jurídico que visa compreender o verdadeiro sentido da norma jurídica, e a real intenção do legislador em garantir o acesso à justiça para todos, através de sistemas e normas atingíveis.

Será utilizada para a elaboração deste trabalho monográfico a documentação indireta, e técnicas de pesquisa bibliográfica, através de *sites* da internet, revistas jurídicas e pesquisa na legislação.

A relevância do tema influi no conhecimento de direitos e a própria Justiça, pois o intuito da presente é colaborar para a redução do número de ações ajuizadas, como forma de desafogar o Judiciário.

Com isso, o trabalho tem o escopo de demonstrar os fatores de acesso à justiça, que sofreram avanços e retrocessos, e os meios facilitadores de acesso à justiça, que ainda são pouco utilizados em função da falta de informação e estrutura para viabiliza-los.

Cabe ao cidadão e principalmente ao Estado a busca pela concretização dos direitos, entre eles o Acesso à Justiça, pois a busca pela dignidade humana associada ao entendimento da cidadania são um dos anseios mais árduos do homem ao exercício dos direitos humanos e sociais.

Neste contexto, deve ser reconhecido que o Acesso à Justiça é um direito básico, sem distinção, garantindo também aos hipossuficientes cultural e socialmente uma perspectiva cidadã, pois é alicerçado em um preceito constitucional extremamente eficaz, proporcionando uma sociedade mais justa e igual para todos.

2 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO PRECEITO CONSTITUCIONAL

Este primeiro capítulo retratará a conceituação principiológica do Acesso à Justiça e sua natureza de direito humano prestacional àqueles que não disponham de situação econômica que lhes permita arcar com os custos necessários à orientação jurídica.

Para tanto, será feita uma análise das Constituições anteriores para identificar a sua origem e desenvolvimento no Brasil.

2.1 DO APORTE CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O Acesso à Justiça pode ser chamado como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação. Não se resume apenas na criação de leis, mas também na efetivação de direitos.

É visto como um direito humano indispensável e fundamental ao completo exercício da cidadania, visto que garante aos cidadãos demandarem e defender-se adequadamente em juízo.

A definição mais usual de Acesso à Justiça é a de Capeletti (1988. p. 8) quando afirma que:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil reparação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico-sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Observa-se, portanto, que, o Acesso à Justiça é visto sob dois prismas: um sistema igualitário e garantidor para todos e um meio onde é possível haver um provimento jurisdicional saudável.

Nessa perspectiva, o Estado deve resolver os litígios interligando outros direitos ao propiciar uma tutela jurisdicional efetiva. Para disponibilizar esse acesso tem de ser viabilizado antes o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa. Para tanto, consoante destaca Moraes (2000, p.p. 184-186):

[...] a noção de efetividade deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos..., além de constituir inspiração para o exercício e respeito dos direitos [e não] pretender apenas ao seu escopo jurídico.

[...] deve-se viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, que só se concretizará pela observância das garantias constitucionais do due process of law e da inafastabilidade do controle jurisdicional [...]

Com efeito, o conceito do princípio do Acesso à Justiça interpretado no sentido formal ou objetivo significará puramente o acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, se for observado o sentido material ou substancial da expressão, o acesso à justiça será tido como o acesso a uma ordem jurídica justa, respeitando uma ordem de valores.

Na Magna Carta de 1988 tal princípio vem elencado no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, observa-se que todos, indistintamente, poderão demandar suas ações obedecendo a legislação processual vigente para o pleno exercício do direito.

Assim, infere-se que o amparo estatal abarca todas as pessoas, independente de sua condição financeira para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória e deste receber resposta sobre sua pretensão.

Além de ser uma garantia constitucional, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de San José da Costa Rica de 1969, da qual o Brasil é signatário, também garante que:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Portanto, o direito ao Acesso à Justiça é elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos, ligada aos demais princípios constitucionais, tais como, o da igualdade, haja vista que o acesso à justiça não é condicionado a nenhuma característica pessoal ou social, sendo, portanto, uma garantia ampla, geral e irrestrita.

Diante disso, para Bulos (2007, p. 482.) o objetivo da garantia constitucional

do Acesso à Justiça é:

Difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.

É certo que, os aspectos sociais e econômicos da população devem ser levados em consideração, objetivando uma ordem jurídica harmônica, com meios e recursos que contribuam para a diminuição dos obstáculos enfrentados pelas partes, principalmente aos mais necessitados.

Nessa acepção, o Acesso à Justiça deve ser uma preocupação central da Ciência do Direito, pois serve de base para aplicação de outros princípios e garantias constitucionais. Para tanto, é preciso, segundo Capelletti e Garth (1988, p.12):

[...] reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, é o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos da moderna ciência jurídica.

A partir dessa visão, é possível compreender que a temática do Acesso à Justiça não possui apenas uma forma de solucionar conflitos a partir de métodos processualistas, deve ser considerado o caráter constitucional com base em uma ideia de democracia social.

Segundo, Cambi (2007, p. 24-25):

[...] o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF., significa o direito à ordem jurídica justa. Assim, a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos). Por isso, para a noção de acesso à ordem jurídica justa

converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo.

Sendo assim, o direito fundamental de Acesso à Justiça abrange garantias processuais, como o direito de ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório; do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões etc.

Além de ser direito fundamental consagrado no art. 5º da Constituição Federal, segundo o art. 60, § 4º, IV, o Acesso à Justiça integra o rol de cláusulas pétreas, sendo, portanto, um direito/garantia constitucional imodificável, não suprimível por emenda. Nessa acepção, ensina Marmelstein (2009, p. 264):

Deste modo, o constituinte originário pretendeu criar uma barreira de proteção (ou garantia de eternidade) em torno dessa matéria, de tal forma que nem mesmo por maioria qualificada o Congresso Nacional pode revogar determinado direito considerado fundamental.

Portanto, o conceito de acesso à justiça deve atender aos anseios advindos da evolução da sociedade, devendo ser tratado de forma ampla. Constitui um direito fundamental público, fazendo parte da dignidade da pessoa humana, baseado nas concepções sociais, igualitárias e justas.

2.2 ANÁLISE HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Durante muitos anos o direito era exercido pelas próprias partes conflitantes e não pelo Estado, predominando a autotutela, na qual os próprios envolvidos eram encarregados de resolver os seus conflitos, utilizando-se diversas vezes da força física.

Com o tempo, os conflitos passaram a ser submetidos a um terceiro desinteressado, que de forma imparcial era eleito pelos contendores para arbitrar e solucionar o litígio. O Estado então passou a ser detentor do poder de aplicar o Direito e regular as relações sociais do indivíduo, influenciado pela consagrada obra de Montesquieu “Espírito das Leis”, com a teoria tripartida (Marinoni, 2008).

No Brasil, já no início do século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa

quase nenhuma medida foi tomada para possibilitar o acesso à justiça para a população luso-brasileira. “Somente com as Ordenações Filipinas identificaram-se algumas disposições referentes ao patrocínio de um advogado aos mais necessitados” (Carneiro, 2000).

Porém, foi com o advento da Constituição de 1824 que sofreu fortes influências liberais advindas da Revolução Francesa e seu modelo constitucional, motivado pelos ideais de Benjamin Constant, garantindo algumas liberdades individuais. Nessa acepção expõe Galvão (1987, p. 44):

Segundo essa Constituição, se estabelece no Brasil um governo “monárquico, hereditário, constitucional e representativo”, o que significa que, mesmo que haja um só governante supremo, o Imperador, seu poder será exercido segundo normas fixas e não arbitrariamente, e que o povo, através de uma representação, tem uma parcela de influência sobre as decisões da política nacional. É necessário, no entanto, considerar como se caracterizam esses diferentes poderes, a extensão e o limite de cada um. Ora, ao contrario do que propõe a teoria clássica a Constituição de 1824 estabelece que “os poderes políticos são quatro: o poder legislativo, o poder moderador, o poder executivo e o judicial”. A intervenção do poder moderador vai permitir que este se saliente sobre os demais, concedendo maior autoridade ao Imperador.

Apesar da presença do Poder Moderador nesta Carta, que instituiu amplos poderes ao Imperador, foram observados alguns avanços significativos, sobretudo em seu artigo 179, pois nele já era previsto a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, e a inviolabilidade do domicílio:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer pôde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

Destarte, vale salientar que a Constituição Federal de 1824, dispunha em seu artigo 161 que “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

O espírito de inovação já era percebível com um breve início da valorização da conciliação como meio de suma importância para solução de conflitos naquela época.

Com a Proclamação da República no Brasil em 1889, tornou-se indispensável a promulgação de uma Constituição que atendesse as demandas do país, por meio de elaboração de novas normas. Segundo Galvão (1987, p.48,49),

[...] o novo regime instava-se, assim, em meio a um clima que parecia promissor, marcado pela preocupação de corrigir os vícios da política do Império, que praticamente excluía da participação e representação política a maioria do povo do País, agora que, com a abolição da escravidão e o reconhecimento de que essa massa enorme da população trabalhadora brasileira também fazia parte da Nação, o novo governo parecia estar em condições de dar expressão, através das novas instituições políticas a serem criadas, aos anseios do povo brasileiro em seu conjunto, e que a nova Constituição deveria espelhar.

Por sua vez, a Constituição de 1891 foi motivada por boas intenções, com ela, buscou-se uma acepção democrática, porém, pouco contribuiu para o acesso à justiça, apenas exerceu um perfil de assistencialismo.

Diferentemente, a Constituição de 1934, promulgada por Getúlio Vargas trouxe pela primeira vez o direito à assistência judiciária para os pobres, além de garantias trabalhistas, o mandado de segurança e a ação popular. Sobre os avanços trazidos na Constituição de 1934, Lima Filho (2003, p.136) destaca:

No capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais - a Constituição de 1934 cria a ação popular e a assistência judiciária para os necessitados com isenção de custas, emolumentos, taxas e prevê a obrigação dos Estados e da União de criarem órgãos especiais para tal fim. Todavia, somente com a edição da Lei 1060, de 5 de fevereiro de 1950 - até hoje em vigor com algumas modificações - é que os Estados interessarem-se pela criação dos órgãos especiais destinados à prestação da assistência judiciária aos necessitados.

Assim, a Constituição de 1934 apresentou um papel marcante no sistema jurídico nacional, pois, por mais que tenha tido apenas três anos de vigência, implantou este importante direito que consagra o Acesso à Justiça, em seu art. 113: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando

para esse efeitos órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

Getúlio Vargas, porém, iniciou um novo período da história brasileira quando promoveu um golpe de Estado em 1937. Tornou-se um ditador, sem limite de mandato, dando ensejo a um dos maiores retrocessos políticos e jurídicos do país.

A Constituição de 1937 foi outorgada, centrada nos amplos poderes cedidos ao Poder Executivo baseado em um Estado autoritário e centralizador com a previsão dos decretos-leis. Na visão de Silva (1994, p. 76) sobre a Carta de 1937:

[...] não teve aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava como órgão do Executivo.

Demais disso, a Constituição de 1937 retroagiu os diversos avanços trazidos pela Carta Constitucional de 1934, porém foi nesse período que foi editado a Consolidação das Leis do Trabalho, um dos mais importantes diplomas legais do Brasil dando ênfase à conciliação para soluções trabalhistas.

Após a deposição de Getúlio Vargas, volta a vigorar no Brasil o regime democrático com a promulgação da Constituição de 1946 reafirmando os princípios e garantias constitucionais e expandindo o direito de ação aos cidadãos. Com propósitos liberais, Galvão (1987, p. 62) lembra que a Constituição de 1946

:

[...] amplia de modo ainda mais direto a cidadania, ao abolir os instrumentos que cerceavam as liberdades dos cidadãos no Estado Novo e ao ampliar seus direitos, garantindo-lhes a liberdade de associação sindical e, inclusive, o direito a greve, o direito de organização partidária, direito ao trabalho, de acesso à educação e a cultura etc. Assim, aliando uma preocupação democrática à inspiração liberal, essa Constituição restitui aos cidadãos as liberdades civis políticas fundamentais, preservando ao mesmo tempo a conquista de alguns direitos estabelecidos no período anterior.

De todo modo, o Acesso à Justiça foi ampliado e fortificado pela Constituição de 1946 em resposta ao passado ditatorial, todavia, com a revolução militar diversos atos institucionais foram modificando e suspendendo as disposições da Constituição.

Sendo o ato mais ditatorial, o AI-5 instituiu: a intervenção da Federação nos Estados e Municípios; a suspensão dos direitos políticos das pessoas, o que violou o

Estado Democrático de Direito e os cidadãos de maneira significativa, principalmente por ter suspenso as garantias e direitos fundamentais, além de ter decretado o recesso do Congresso Nacional por tempo indeterminado.

Contraditoriamente neste período foram introduzidas no ordenamento jurídico as reputadas leis cíveis entre elas a Ação de Alimentos (Lei 5.478 de 25 de Julho de 1968) e o próprio Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973), importantes instrumentos auxiliares no alcance da prestação jurisdicional.

No início da década de 80, houve uma maior reflexão acerca do Acesso à Justiça, dando impulso a criação da Lei nº 7.244 de 1984 que dispõe sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas. Sobre tal avanço, Carneiro (1999, p.44) destaca que:

No campo do direito, e em especial do processual, ponto de partida para uma mudança de mentalidade, e para as reformas que se sucederam, inúmeros trabalhos científicos vieram a lume, cabendo destacar, ainda nas décadas de 70 e 80, sem desmerecer outros tantos processualistas, os do professor José Carlos Barbosa Moreira, seja pela notória qualidade técnica, seja pela aguda antevisão dos problemas relacionados com a realização concreta da justiça.

O Acesso à Justiça então passou a constituir como um princípio constitucional a partir da Constituição de 1988, contida no art. 5º, inciso XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. Dessa forma, o direito de ação seria fundamental para sedimentar o caminho da constitucionalização do aludido direito em questão.

Considerada como “Constituição cidadã”, a Constituição Federal de 1988 incorporou diversos direitos fundamentais, individuais e sociais, como: direito integral à assistência judiciária (artigo 5º, LXXIV); tratamento constitucional da Ação Civil Pública (artigo 129, III); reestruturação e fortalecimento do Ministério Público (artigo 127); elevação da Defensoria Pública como instrumento essencial à função jurisdicional (artigo 134); e instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Nesse contexto, percebe-se que, o Acesso à Justiça foi evoluindo lentamente, tendo a devida importância dada apenas no final do século XX. Apesar do Brasil ser um país avançado em relação a essa questão, muito ainda precisa desenvolver para tornar o acesso ao Judiciário concreto, justo e efetivo.

2.3 O ACESSO À JUSTIÇA NA ORDEM CONSTITUCIONAL E SUA NATUREZA DE DIREITO HUMANO PRESTACIONAL

Consoante exposto, o direito ao Acesso à Justiça ganhou importância ao longo das últimas décadas, deixando simplesmente de fazer parte do rol dos direitos reconhecidos como essenciais ao ser humano, passando a ser reconhecido como o mais fundamental deles, no sentido de que torna possível a materialização de todos os outros.

Pertence ao elenco dos direitos fundamentais, conforme o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, inseridos nos direitos prestacionais, portanto são aqueles direitos que reclamam ações positivas do Estado.

Uma sociedade marcada pela miséria, fome, analfabetismo, pobreza e profundas desigualdades carece de liberdades e garantias. Assim sendo, os direitos fundamentais sociais requerem atenção redobrada no que tange a sua efetivação.

A expressão “direitos prestacionais” refere-se aos direitos prestacionais originários fáticos, de segunda e terceira geração, que objetivam a busca da real igualdade e liberdade, através de atuações do Estado visando eliminar obstáculos ao pleno exercício dos direitos individuais.

Na visão de Canotilho (1998, p. 554), os direitos prestacionais originários são aqueles identificáveis quando:

(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Direitos prestacionais derivados são aqueles que os cidadãos usufruem e participam na medida em que institucionalizados pelo Poder Público, principalmente por meio de concretização legislativa.

Tendo em vista a grande importância dos direitos prestacionais frente às necessidades essenciais da sociedade, o Estado precisa dispor de recursos públicos existentes para atender toda população. Tais direitos dependem efetivamente de uma prestação estatal, tendo em vista sua fundamentalidade.

Cabe ao ordenamento assegurar, de forma mais completa e eficiente o direito à jurisdição, ou a mais ampla defesa.

Lembrou Meneses Direito (1998, p. 142) que:

[...] o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.

Nessa esteira, deve operar de modo eficaz, conferindo igualdade material à população na utilização desse serviço público, democratizando-o e facilitando-o, seja com a criação e o fortalecimento de instituições dedicadas à asseguarção de direitos à pessoa humana, seja com a ampliação de mecanismos de resolução de conflitos.

Portanto, a omissão estatal traduz-se em inadimplência perante aqueles que carecem dos bens jurídicos que são o conteúdo desses direitos. Nesse ponto, aplica-se a lição de Canotilho (1998, p.470), que embora se refira ao Estado Português encontra guarida em nosso ordenamento jurídico:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um 'núcleo básico de direitos sociais' (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Na perspectiva substancial, a fundamentalidade dos direitos prestacionais é compreendida pelo fato de que, sem as mínimas condições de subsistência, os demais direitos, até mesmo os individuais, não são passíveis de exercício.

Objetivam a busca da real igualdade e liberdade, através de atuações do Estado que visam eliminar obstáculos socioeconômicos ao pleno exercício dos direitos individuais.

Os direitos prestacionais são direitos fundamentais e imputam ao Estado o dever de empreender ações positivas para sua implementação, promovendo um equilíbrio entre o Estado e o indivíduo, assegurando sua dignidade.

3 MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS

Este capítulo discutirá a cultura do litígio e a judicialização fenômenos que vem inundando o Judiciário brasileiro, ocasionando morosidade processual.

Demais disso, irá tratar também dos meios alternativos de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam a participação do Poder Judiciário, e, conseqüentemente, o exercício da função jurisdicional, através de institutos da mediação, conciliação e arbitragem.

3.1 A CULTURA DO LITÍGIO E A JUDICIALIZAÇÃO

Entre os direitos e garantias fundamentais aludidos na Constituição Federal, constam de forma expressa princípios que remetem à litigiosidade entre as partes e garantias que preservam o efetivo exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório no devido processo legal.

Ocorre que no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 refere-se a uma sociedade “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Neste diapasão, dentre os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, consta da Constituição Federal, art. 4º, inciso VII a “solução pacífica dos conflitos”.

Mesmo assim, o ajuizamento de demandas aumentou muito nos dias atuais em razão das propostas de universalização da tutela jurisdicional e diante da conscientização de direitos consagrados pela Constituição Federal, de forma que o Judiciário ficou sobrecarregado.

Nesta direção, Mancuso (2011, p.p. 53-54) acerca das causas das excessivas demandas estatais, ressalta que:

Pode-se tentar uma sistematização dos fatores que, operando como concausas, resultam no excesso de demanda por justiça estatal: (a) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença, na expressão de Kazuo Watanabe; (b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positividade de novos

direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica) de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça –, enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deveria ser o direito de ação (específico e condicionado) em um prodigalizado dever de ação!; (d) crescimento desmesurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo sob a óptica quantitativa –, com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual gigantismo que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda.

Observa-se que é preciso pensar em tratar o número excessivo de processos no Judiciário, perfazendo com a ideia difundida de que o ajuizamento de ação judicial constitui exercício de cidadania.

Para isso, é necessário acabar com a “cultura do litígio”, pois, atualmente, o processo judicial se tornou o primeiro passo para a resolução de conflitos, em consequência o Poder Judiciário se tornou assoberbado de processos, aos quais não consegue atender adequadamente.

Identifica-se por judicialização o fenômeno de intenso acesso ao Poder Judiciário, em busca de realização de direitos sociais e individuais, ocasionadas pela cultura do litígio, voltada para a instalação de demandas processuais na medida em que surgem controvérsias, pois segundo Esteves (2006 p.67):

[...] desde a edição da Constituição Federal de 1988, particularmente no âmbito da jurisdicional constitucional, através do controle concreto ou abstrato de leis, tem sido comum a busca da sociedade pela efetivação dos direitos sociais. Através de uma visão do panorama geral das atividades desenvolvidas para esta efetivação é possível enxergar que os sindicatos, as organizações sociais não governamentais, além do próprio cidadão de maneira individual, depois de uma série de batalhas no âmbito político, passaram a procurar, através do ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Poder Judiciário quanto à garantia e efetivação daqueles direitos. Este fenômeno tem sido chamado no mundo acadêmico de “judicialização dos conflitos sociais”, ou em uma amplitude que revele a problematização da atividade política, “judicialização da política” a qual, muitas das vezes, trás nela embutidas questões de ordem social.

Uma das causas da judicialização foi a redemocratização do país, desde a promulgação da Constituição de 1988, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário passou a ser um verdadeiro poder político capaz de consumir as leis, sobretudo a Constituição. Nessa esteira, Barroso (2009, p.p. 73-

74) adverte que:

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.[...] Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A Democracia reacendeu a cidadania, oferecendo um nível maior de conscientização e informação de direitos a população, que passou a procurar a proteção de seus interesses perante o Judiciário.

Constata-se a expansão de órgãos como o Ministério Público e as Defensorias Públicas que tiveram sua relevância ampliada acabando por contribuir com a demanda processual na sociedade brasileira.

Ao mesmo tempo em que as garantias constitucionais foram ampliadas, os avanços tecnológicos fizeram surgir problemas nunca antes imaginados, exigindo-se, sob a égide do imediatismo, uma maior continência de solução dos embates.

A segunda causa da crescente judicialização foi a constitucionalização abrangente, que abarcou inúmeras matérias na Constituição antes deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Segundo destaca Barroso (2009, p. 75):

Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.[...]. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira e última causa da judicialização envolve o controle de constitucionalidade do sistema brasileiro, o controle incidental e difuso, pelo qual o juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, e também, o controle por ação direta, que permite que certas matérias sejam pleiteadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Para Barroso (2009, p.p.75-76),

[...] a tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelos quais inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Constata-se que o relatório “Justiça em Números” de 2013, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), levou em consideração os 112 tribunais existentes no país, contando com cortes superiores, federais, estaduais, trabalhistas, eleitorais e militares, com exceção do Supremo Tribunal Federal (STF), e apurou um resultado preocupante (Ramalho, 2014).

O estudo revelou que o número de casos novos que entram na Justiça durante o ano, tem sido maior que o número de casos resolvidos no mesmo período, aumentando assim o estoque de casos pendentes. Em 2013, assevera-se que a diferença entre a quantidade de novas ações apresentadas ao Judiciário (28,3 milhões) e a de finalizadas (27,7 milhões) chegou a aproximadamente 622 mil (Ramalho, 2014).

A massificação da judicialização prejudica uma solução satisfatória às partes, além de trazer morosidade processual, conseqüentemente, leva descrença aos jurisdicionados, devendo assim, o acesso à Justiça tradicional ser o último recurso e não o primeiro. Em concordância a tal posicionamento, (2010, p. 176) assevera que:

A verdadeira justiça só se alcança quando os casos “se solucionam” mediante consenso. Não se alcança a paz resolvendo só parcela do problema (controvérsia); o que se busca é a pacificação do conflito com a solução de todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados.

Diante do alarmante panorama, pela falta de incentivo à uma cultura de pacificação autocompositiva e pela cultura do litígio, é essencial investir não apenas na solução de conflitos pela via judicial, como também buscar meios pacificadores, superando a mentalidade individualista, voltando esforços para alcançar o bem estar geral da sociedade.

Mesmo que fossem criadas mais Varas, Fóruns e Tribunais, mesmo aumentando os recursos humanos e tecnológicos, e que fossem feitos investimentos suficientes no aparato forense, o agigantamento da máquina estatal não

acompanharia o ritmo vertiginoso do crescimento de demandas.

Somente a partir da proliferação de uma cultura pacificadora, com a intenção de resolver não só a lide processual, mas a lide sociológica, que englobe questões subjacentes ao conflito, será possível conquistar um acesso amplo, justo e eficaz a justiça. Tudo isso, se estiver acompanhado de uma adoção de uma nova forma de pensar da sociedade, através da quebra dos paradigmas de litigiosidade.

3.2 DA MEDIAÇÃO

Mediar advém do latim “mediare”, que significa dividir ao meio. Constitui uma forma extrajudicial, autocompositivo, onde as partes nomeiam ou aceitam a intervenção de um terceiro, denominado de mediador, para que este as auxilie a resolver seus conflitos da melhor maneira possível para ambos.

Na concepção de Sampaio (2007, p 87) mediação seria:

[...] um processo pacífico de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial e independente, com a necessária capacitação, facilita o diálogo entre as partes para que melhor entendam o conflito e busquem alcançar soluções criativas e possíveis.

O mediador trabalha de maneira imparcial, não exercendo o poder de decisão, de forma que as próprias partes sejam capazes de chegar a uma solução, não as impondo e nem interferindo no mérito do litígio, fazendo-se desnecessário a intervenção do Estado, pois não consiste em um processo impositivo.

Atualmente estão disponíveis cursos para desenvolver técnicas específicas para mediação, porém a realização de tais cursos não é pré-requisito para quem deseja trabalhar como mediador, não há nenhuma imposição. No entanto, um curso de aperfeiçoamento específico pode ajudar o futuro mediador a ter contato com outras formas de negociação.

De acordo com Sales (2007, p.p. 33 a 39) a mediação apresenta diversas finalidades, dentre as quais se destacam a:

a) Solução dos conflitos: trata-se do principal objetivo da mediação. Todavia, para alcançar a solução, é necessário que seja estabelecido o

diálogo, que deve basear-se na visão positiva do litígio, na cooperação entre as partes e na participação do mediador que facilita a conversa. Cabe ao mediador explicar o procedimento no início da sessão de mediação, bem como os princípios que o fundamentam, dando ênfase de que o poder de decisão pertence às partes e que ele atua ali para auxiliá-las apenas. Deve esclarecer, ainda, que apesar das controvérsias, ambas as partes podem ser beneficiadas, uma vez que prevalece o acordo por elas estabelecido e, por esta razão, deverá ser fielmente cumprido.

b) Prevenção da má administração do conflito: presente esse objetivo, uma vez que facilita a comunicação entre as partes, estimulando o diálogo pacífico, sem agressões físicas e morais.

Acredita-se que a mediação de conflitos possui quatro principais objetivos: a solução de conflitos, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a paz social, alicerçado na solidariedade, auxiliando as pessoas a buscar interesses em comum, não prejudicando um ao outro,

Este meio alternativo de pacificação dos conflitos acaba com a imprevisibilidade do desfecho do processo, pois possui como objetivo o diálogo entre as partes, ajudando famílias a curar e reconstruir suas vidas de acordo com as normas legais.

A mediação não é absoluta e não influi na adoção de outras medidas subsequentes de resolução de conflitos, como a Arbitragem ou Tribunais Judiciais se as partes desejarem. Sua função é a de tentar reaproximar os lados, mantendo suas relações pessoais já existentes. Nessa orientação, entende Medina (2004, p. 105) sobre a escolha da mediação:

A mediação é a escolha acertada quando existe o anseio de que relações futuras sejam preservadas; quando os participantes desejam exercer controle total sobre o processo e quando urge a necessidade de que se evitem, entre as partes, soluções de vitória ou derrota.

Se descumprido os termos acostados na ata de mediação, a parte prejudicada poderá acionar o Judiciário para que se faça cumprir o que esteja pendente no acordo celebrado.

O diálogo é a principal forma de garantir uma comunicação franca e tranquila para o desfecho do conflito, sendo indispensável que haja profissionais qualificados para exercer o papel de mediador, pois este precisa ser capaz de observar o todo com cuidado e prudência, assegurando sempre a qualidade do processo para obter com sucesso a solução do conflito.

Ademais, através do diálogo, as partes envolvidas evitam usar a violência física ou moral, pois a mediação se baseia na solidariedade, buscando interesses

em comum, ajudando a criar uma cultura de paz social.

Quando a mediação for o meio escolhido pelas partes para a solução de sua controvérsia, além da mediação em si, estes devem concordar na escolha do mediador, pois precisam fazê-lo de forma consciente, por vontade própria.

Conforme a concepção de Rodrigues Júnior (2006 p. 91) sobre a resolução de conflitos através da mediação:

[...] só por meio da mediação é possível resolver os conflitos de forma integral, pois os verdadeiros interesses das partes são tratados de forma ampla e conjunta, graças à informalidade e flexibilidade desse processo. Além disso, a mediação permite que a criatividade seja utilizada na construção de soluções mais satisfatórias para as partes.

Deve ser respeitado um equilíbrio entre as partes, apreciando os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo o mediador ser imparcial à decisão obtida. Essa imparcialidade recai sobre as partes e os interesses discutidos, sendo que sem esta imparcialidade do mediador, torna-se inviável a mediação. Conforme Six (2001, p. 34) os mediadores:

[...] não resolvem conflitos: encontram pessoas que estão dentro de uma situação de conflito. Eles não terão meios técnicos como têm, por exemplo, uma assistência social, um consultor ou um perito, nem armas para abafar o conflito, mas estarão lá para permitir às pessoas encontrar, por seus próprios meios, uma saída a seus conflitos.

Não se trata de uma competição, o conflito deve ser tratado de maneira positiva e colaborativa. Nessa lógica, a mediação não busca criar um “vencedor” para o conflito, mas sim uma forma de resolver o problema de forma satisfatória para todos.

Uma mediação efetiva é aquela em que as partes terminam o litígio sem o sentimento de ganhadores ou perdedores, mas, sim, com a certeza de que resolveram a contenda da melhor forma possível. Nessa ideia, informou Sales (2004, p. 29):

Existe uma grande dificuldade para os profissionais da área jurídica e para as pessoas em conflito compreenderem a relação “ganha-ganha” do processo de mediação. Na cultura do povo brasileiro, o contexto dos conflitos é expresso sempre com a ideia de ganhadores e perdedores, vencedores e vencidos. Essa concepção prejudica a mediação.

Cumpra-se observar que o mediador trabalha de maneira imparcial, não exercendo o poder de decisão, fazendo-se desnecessário a intervenção do Estado, pois não consiste em um processo impositivo.

Ressalte-se que não há ainda no Brasil uma lei que regule o instituto da mediação, portanto só poderá ser utilizado tal método, caso não haja ilegalidade ou norma de lei contraditória.

Constata-se também que ainda não é um meio muito difundido no país para resolução de conflitos, apesar de todas as suas vantagens, como elenca Sales (2004, p.p. 72-73):

Como vantagens do processo de Mediação: a privacidade; a escolha do mediador pelas partes; reflete as preocupações e as prioridades das disputas; é flexível; trata o conflito; busca-se soluções criativas; registra alta taxa de cumprimento das decisões; é relativamente barato.

Verifica-se que a mediação é uma ferramenta extremamente eficaz no auxílio de uma sociedade mais consciente de seus direitos, e por isso, requer maiores investimentos pelo Estado para que assim, haja perpetuação do acesso à justiça, através de soluções harmoniosas pelos litigantes.

3.3 DA CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

Como na mediação, a conciliação também é um mecanismo de autocomposição, porém, nesta última, o conciliador interfere no diálogo dos interessados, e aponta soluções para suas controvérsias, cabendo às partes aceitarem ou não o desfecho apresentado.

A conciliação advém do termo latino “conciliare”, que significa “acerto de ânimos em choque”, configura como um meio alternativo de pacificação social.

Para Sales (2007 p. 46) define conciliação como sendo:

[...] o meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes.

A conciliação trata de conflitos esporádicos menos complexos, onde os

envolvidos não possuem nenhum vínculo afetivo. Quando a conciliação é realizada fora do processo em curso, ela provém da faculdade das partes, Entretanto, esta pode ser efetuada dentro de um processo judicial, como é comumente no curso das audiências trabalhistas e cíveis.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº. 5.452/43), inclui em seus procedimentos, duas tentativas de conciliação obrigatórias nos termos dos art. 846 e 847, logo após a defesa do reclamado e reiterada após as razões finais. Por outro lado, no Código de Processo Civil a conciliação ganha destaque nos art. 447 a 449 do CPC.

É notório o reconhecimento deste instituto como importante meio de pacificação de conflitos no Código de Processo Civil, que ainda confere poderes ao magistrado para tentar a conciliação entre as partes, a qualquer tempo. Conforme dispõe o art. 125, IV do CPC:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
(...)
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Ainda a Lei nº 9099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais criou uma fase conciliatória anterior a fase de instrução e julgamento para que os envolvidos possam optar por resolver suas controvérsias mais célere e com menos custos.

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
III - a ação de despejo para uso próprio;
IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Todo ano o CNJ faz uma campanha de mobilização, chamada de “Semana Nacional da Conciliação”, no intuito de resolver querelas. Caso o cidadão ou instituição tenha interesse em incluir o processo na Semana, deve procurar, com antecedência, o tribunal em que o caso tramita.

A medida faz parte da meta de reduzir o grande estoque de processos na

justiça brasileira e pode-se acompanhar as estatísticas desta semana desde 2006 através do site do CNJ.

É nítido o interesse na instalação de centros de conciliação nas atuais comarcas, varas ou unidades jurisdicionais e, principalmente, interiorizar a justiça, levando-a aos municípios, distritos, vilas, bairros, onde não esteja situada a sede do Judiciário, estabelecendo, verdadeiramente, alternativas de fácil acesso às populações e meios capazes de dar solução rápida aos casos que enfrenta.

A conciliação, a mediação e a arbitragem, embora possuam semelhanças, não se confundem. Para retratar melhor a diferença entre conciliação e mediação, Bacellar (2006, p.p. 75-76) faz a seguinte colocação:

A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa.

Já a diferenciação com a arbitragem, é que neste processo, as partes litigantes, elegem, sem a tutela do Judiciário, em compromisso arbitral, uma ou mais pessoas denominados árbitros ou juízes arbitrais com o fim de proferir decisões neutras e imparciais ao determinado conflito.

O conceito de arbitragem na visão de Carmona (1993, p.19), constitui:

Uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

À vista disso, arbitragem é um modo alternativo de resolução de litígio, atuando, assim, de forma extrajudicial, uma vez que não é realizada sob a tutela do Estado-juiz, e, sim, por meio de processo arbitral que as partes previamente convencionam, em contrato, a sua utilização.

Assevera-se Braga (2009, p 39) alguns pontos essenciais para entender a conceituação de arbitragem que o tornam mais claro, tais como:

- i) a arbitragem é uma instituição;
- ii) há necessidade de resolver um conflito;
- iii) quem intervém para resolver o conflito é um terceiro fora da estrutura do Estado;
- iv) há necessidade de manifestação prévia das partes para formação do juízo arbitral;
- v) inexistência de vedação legal na submissão do litígio à arbitragem; vi) aceitação compulsória da decisão prolatada.

A arbitragem conduz o processo sem formalismos, baixo custo, e eficiente, devendo ser o árbitro um especialista na matéria discutida. Sua decisão final possui caráter definitivo, ou seja, não admite recurso.

De acordo com o artigo 18 da Lei nº 9.307 de 1996, o árbitro é um juiz de fato e de direito, detentor de conhecimento acerca da matéria tratada no litígio, responsável pela condução do procedimento arbitral, devendo sempre agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção objetivando sempre a pacificação social. Segundo Fiúza (1995 p. 120) árbitro é

[...] toda pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisões de mérito.

As partes elegem o árbitro, celebrando com este um novo contrato. Tal pacto chama-se convenção arbitral, dela advém a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é segundo o artigo 4º da Lei nº 9.307 de 1996: “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Por ser o árbitro alguém com profundo conhecimento no assunto tratado, elimina-se a necessidade de qualquer formação na área de direito, porém deverá aplicar o direito material e processual, baseando suas decisões em princípios gerais do direito, levando-se em consideração os bons costumes e a ordem pública.

Na maioria das vezes, a arbitragem trata de conflitos patrimoniais, conforme a Lei nº. 9.307/96, como por exemplo: vendas, aluguéis, contratos, responsabilidade civil, relações trabalhistas, posse, propriedade intelectual, entre outros. Ou seja, bens que são facilmente negociados e transacionados.

Cumprе salientar que o instituto jurídico da arbitragem é um dos mais antigos da história do Direito. Historiadores relatam um caso de arbitragem entre

idades-estados da Babilônia, ocorrido por volta do ano 3.000 a.C., de acordo com Soares (1978).

No Brasil a arbitragem ainda não é um recurso tão utilizado, apesar de que desde sua instituição, vem sendo difundida na sociedade, no entanto a lei de arbitragem vem desempenhando sua função de modo bastante significativo.

Nesse ínterim, a arbitragem possui um valor elevado, levando em consideração a realidade dos brasileiros, porém é ainda menos custosa do que um processo judicial.

Percebe-se que entre as suas vantagens estão: a rapidez em que a controvérsia é solucionada; a natureza sigilosa do instituto; e por último, a sua eficiência, já que a sentença arbitral possui força de lei.

4 A EFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA NA PRÁTICA JURÍDICA

O presente capítulo esclarecerá os diversos obstáculos que o Judiciário precisa superar para que seja atingido o direito fundamental do Acesso à Justiça.

Discutirá também sobre os outros equivalentes jurisdicionais, como a autotutela, autocomposição e os acordos extrajudiciais. Além disso, destacará a efetividade da tutela jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 OBSTÁCULOS A SEREM SUPERADOS PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Inúmeras são as dificuldades encontradas pela sociedade para a real concretização do Acesso à Justiça no país. Portanto, serão apontados alguns dos fatores econômicos, culturais e legais, que colaboram com o distanciamento entre os direitos fundamentais mais básicos e obstaculizam a concretização do direito humano de acesso à justiça.

O primeiro obstáculo a ser analisado é de natureza econômica, pois além dos custos gerados pelo litígio, existem os honorários advocatícios, e algumas vezes, se necessário, os honorários periciais.

Uma pessoa hipossuficiente economicamente, é aquela que não possui recursos financeiros para arcar com as custas judiciais, gerando portanto um empecilho para a efetivação do acesso à justiça.

A assistência judiciária é instituto destinado a favorecer o ingresso em juízo de pessoas que não possuem recursos financeiros suficientes à defesa judicial de direitos e interesses. É normatizada pela Lei nº 1060 de 1950, lutando para possibilitar aos necessitados a obtenção da tutela jurisdicional afastando destes qualquer impedimento de cunho econômico.

Esta assistência não se trata apenas de assistência judiciária, que objetiva a isenção das despesas provenientes do processo. O instituto da assistência jurídica precisa propor um serviço jurídico de consulta ao hipossuficiente, que assegure a este, a cidadania, a dignidade e garanta o respeito à pessoa humana.

Dessa maneira, o Estado fomentará a proteção social do necessitado, conforme colocações de Souza (2003, p.57):

As pessoas carentes, ao levarem suas pretensões ao Judiciário, terão seus conflitos resolvidos com maior eficiência e celeridade. Até mesmo aqueles que não necessitem da assistência gratuita, mas tragam seus problemas a serem resolvidos no Judiciário, sairão mais satisfeitos com a eficiente prestação jurisdicional. É nesse ponto que a assistência jurídica integral, abarcando a assistência extrajudicial de resolução dos conflitos, traz benefícios a todos.

Observando-se o obstáculo econômico percebe-se o quanto ele distancia as classes menos favorecidas do Acesso à Justiça, fazendo-se fundamental a assistência judiciária gratuita.

Diante desse fator, é crucial analisar em relação a hipossuficiência econômica, o Princípio constitucional da igualdade de Partes. Na visão de Grinover (2003, p.p. 53-54):

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem da igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

A aplicação do Princípio da Igualdade de Partes, elencado no art. 5º da Constituição Federal, traduz um posicionamento de proporcionalidade aos desiguais, baseando-se em alguns fatores determinantes, cabendo ao Estado estabelecer equidade para a promoção de um crescimento por meio do desenvolvimento econômico igualitário.

Já a sociedade cabe pleitear por implementação de Defensorias Públicas, Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, bem como ampliar a atuação destes organismos, minimizando o dano ao acesso à justiça causado pelos custos de um litígio.

Para dificultar ainda mais o acesso à justiça, afastando o hipossuficiente da satisfação de suas pretensões, o Princípio da Sucumbência atribui à parte vencida em um processo judicial o pagamento de todos os gastos decorrentes da atividade processual (custas, honorários e demais despesas processuais).

Além das restrições de cunho econômico, há algumas dificuldades culturais e sociais que dificultam o acesso à justiça aos necessitados, pois os cidadãos hipossuficientes, por não terem conhecimento de seus direitos, e não disporem de

condições de arcar com as custas de um processo, muitas vezes acabam desistindo da pretensão, deixando muitas vezes, de reparar seus danos, acarretando enorme descontentamento.

A óbice cultural gera um distanciamento entre o povo e a justiça, em consequência disto, a população que possui menor renda são os que menos procuram o Judiciário.

Nesse contexto, os indivíduos de baixa renda se colocam à margem da sociedade, não se sentindo a vontade frente aos servidores, advogados e juízes, seja em relação à linguagem, ou, seja em relação a vestimenta, o que ocorre é um desencorajamento da grande massa para procurar seus direitos.

Importante ressaltar o posicionamento Sadek (1999, p. 13) a respeito do ambiente do Fórum e o formalismo jurídico:

As pessoas não entram neste espaço público sem demonstrar recato e, mesmo, constrangimento. Estrategicamente, as salas reservadas ao juiz não são de fácil acesso. Normalmente, localizam-se no segundo andar, situação especial que estimula a imagem do juiz como de alguém distante, fechado em seu gabinete, uma autoridade com a qual não se mantém contato, insensível a pressões. O juiz não recebe o público, só entra em relação direta com a população quando a pessoa passou para uma das seguintes categorias: vítima, acusado ou testemunha.

A busca por um processo com menos formalismos é latente, para tanto, é adequado uma reforma no Judiciário tornando mais viável e menos formal o processo, oferecendo maior Acesso à Justiça e solução de conflitos.

Ademais, outro elemento que dificulta na concretização deste direito, é a morosidade processual. Grande é a espera no enfileiramento de uma demanda judicial, gerando problemas insanáveis aos litigantes e proporcionando, na maioria das vezes, transtornos e indignação. Na concepção de Dinamarco (2005, p. 129, v. 1):

As demoras da justiça tradicional, seu custo, formalismo, a insensibilidade de alguns aos verdadeiros valores e ao compromisso com a justiça, a mística que leva os menos preparados e leigos em geral ao irracional temor reverencial perante as instituições judiciárias e os órgãos da Justiça – eis alguns dos fatores que ordinariamente inibem as pessoas de defender convenientemente seus direitos e interesses em juízo e conseqüentemente acabam por privá-las da tutela jurisdicional. Onde a Justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela.

A Emenda Constitucional nº 45 adicionou ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 o princípio da razoável duração do processo, tentando assim, reduzir a morosidade processual e suas consequências.

Porém o Judiciário brasileiro está sobrecarregado, cheio de diligências, apresentando uma estrutura arcaica, o que dificulta a celeridade dos processos. Nesse paradigma, Torres (2005, p.p. 48-50) afirma que:

Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6.º, parágrafo 1.º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Em contrapartida, o Acesso à Justiça possui o escopo muito além de acesso a jurisdição, não bastando que o Poder Judiciário receba a demanda e garanta o direito de ação processual.

O Acesso à Justiça possui a finalidade maior de atender aos anseios do cidadão, dirimindo o conflito existente e solucionando o litígio em prazo razoável, sob pena de nada adiantar esta garantia constitucional.

Nesse cenário, entre os motivos que contribuem com a morosidade processual, são eles: as inúmeras possibilidades de recursos, a falta de servidores suficientes, a má-fé de advogados e até a inexistência de uma cultura que enxergue outros meios de pacificação de conflitos.

De acordo com a interpretação de Lima Filho (2003, p. 292), o Poder Judiciário:

[...] encontra-se em crise, sobretudo porque tem se apresentado congestionado, lento, inacessível, dogmatizado e, muitas vezes, não se tem feito merecedor da confiança da população, especialmente dos carentes, o que tem contribuído de forma decisiva para, com o passar do tempo, tornar inútil todo o sistema judicial, bem como os fins perseguidos, quis sejam, a distribuição da justiça.

Face aos problemas sociais e econômicos do Brasil, o Estado tem a incumbência de investir em meios alternativos para resolução de litígios, diminuindo as custas judiciais, de forma a perpetuar o Acesso à Justiça e agilizar o curso do processo.

Igualmente, assevera-se atenuar os formalismos exacerbados, e atos protelatórios que intentam contra a efetividade do processo e a procura pela paz social.

4.2 OUTROS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Com a evolução da sociedade, fez-se essencial a adoção de outros métodos que resolvessem as lides que equivalessem à jurisdição, porém, não integralmente, foram preciso novas técnicas que obtivessem o mesmo efeito, porém, em um prazo temporal menor.

Os equivalentes jurisdicionais possuem um importante papel no ordenamento jurídico, pois houve uma maior inserção da sociedade na concretização de seus direitos. Ainda que permaneça desconhecido por muitos e desacreditado por uma parcela considerável, constitui um dispositivo essencial para a superação dos conflitos.

Além dos equivalentes jurisdicionais já mencionados no segundo capítulo (mediação e arbitragem), existem ainda a autotutela, autocomposição e os acordos extrajudiciais promovidos pelas Defensorias Públicas dos Estados.

A autotutela se dá pela imposição da vontade de somente uma das partes, em detrimento do interesse de outro. Logo, compõe uma solução egoísta e parcial, onde apenas um lado sairá satisfeito com a solução proposta.

Observa-se as considerações de Neves (2010, p. 05) à respeito da autotutela:

Autotutela é a forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se, fundamentalmente, pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora.

Método muito utilizado nas civilizações primitivas, a autotutela é considerada a mais rudimentar dos equivalentes jurisdicionais, pois permite um arbítrio das próprias razões, caracterizando abuso de poder.

Com a ausência do Estado, a pacificação dos conflitos não sofria interferência de terceiros, era feita com as próprias mãos, e por isso, uma vontade

era imposta em detrimento de outra.

O uso da autotutela no Brasil é vedado e caracterizado como crime, conforme aduz o art. 345 do Código Penal:

Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Todavia, existem previsões legais admitidas, como no caso de guerra; legítima defesa; apreensão de bem com penhor legal; autoexecutoriedade dos atos administrativos, direito de greve, entre outros.

Ademais, tratando-se de um meio imediato de solução de controvérsias pelos envolvidos, não há a possibilidade de atuação do Estado, porém, pode ser amplamente revistado pelo Poder Judiciário, em razão de não possuir atributos de definitividade.

Autocomposição, por outro lado, é o equivalente jurisdicional que consiste no consentimento espontâneo das partes, onde pelo menos um dos contendores abre mão de seus interesses, ou parte deles, podendo haver a participação de um terceiro.

Nesse âmbito, Didier Júnior (2009 p.p. 77-78) ressalta o conceito de autocomposição, conforme seu entendimento:

Autocomposição é a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional. Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: a) transação: concessões mútuas; b) submissão de um à pretensão do outro: reconhecimento da procedência do pedido; c) renúncia da pretensão deduzida.

Considerada eficaz para sanar os litígios, mediante a autonomia da vontade das partes, não impõe uma decisão jurisdicional ao conflito, alcançando assim, a pacificação social judicial ou extrajudicial.

Insere-se que são consideradas espécies de autocomposição a transação, a submissão e a renúncia.

Na renúncia, como no próprio nome diz, o titular do pretensão direito abdica do mesmo, fazendo com que desapareça o conflito. Na submissão, por sua vez, o sujeito se submete à pretensão contrária, reconhecendo o direito da outra, passando a conduzir-se em consonância com esse reconhecimento.

Já a transação, o sacrifício envolve ambos no conflito, é realizado um consenso, de modo que haja satisfação entre os envolvidos, através da implementação de concessões recíprocas.

Acrescente-se que as figuras acima podem ocorrer tanto no âmbito da sociedade civil (classificando-se como extraprocessuais) quanto no interior de um processo judicial (enquadrando-se como endoprocessuais).

São ainda instrumentos da autocomposição, a negociação, a conciliação e a mediação.

Na visão de Didier Júnior, (2009, p.78), “a mediação é uma técnica não-estatal de solução de conflitos pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta”.

Já o conceito de conciliação dada pelo site do Conselho Nacional de Justiça traz uma definição bastante ampla:

É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

A conciliação tem o condão de harmonizar a questão controvertida, sendo a figura do conciliador o agente capaz de conduzir, sugerir e opinar acerca dos direitos e deveres legais das partes.

A negociação é uma das vias alternativas para dirimir controvérsias, principalmente na solução de litígios de natureza comercial em razão de evitar incertezas e os custos de um processo judicial, bem como resguardar o relacionamento das partes envolvidas de maneira discreta e sigilosa.

Como se denota o entendimento de Pinho (2007, p.363):

a negociação é um processo bilateral de resolução de impasses ou de controvérsias, no qual existe o objetivo de alcançar um acordo conjunto, através de concessões mútuas. Envolve a comunicação, o processo de

tomada de decisão (sob pressão) e a resolução extrajudicial de uma controvérsia.

Nesse lume, a negociação é a primeira forma de compor litígios, e caso seja mal sucedida, que passa a se pensar em outra alternativa viável, ou até mesmo a jurisdição tradicional.

Não raro, são feitos acordos extrajudiciais nas Defensorias Públicas estaduais, ou até mesmo em Juizados Especiais, onde são apresentadas causas simples, de pouco valor econômico, em que apenas uma conversa amigável resolveria a adversidade.

Nessa esteira, é sabido que os equivalentes jurisdicionais asseveram as garantias constitucionais de Acesso à Justiça, melhorando a efetividade de direitos sob uma visão estritamente humana, e não técnico-jurídica.

4.3 DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Uma das características essenciais do Estado Democrático de Direito, é a responsabilidade pela distribuição e Acesso à Justiça, com respostas rápidas e eficazes aos casos que lhe são apresentados.

O Acesso à Justiça é definido como um direito de todos, tornando-se exequível seu acesso através do Poder Judiciário, para pleitear lesão ou ameaça de lesão.

Desse modo, a tutela jurisdicional é direito subjetivo do cidadão, no sentido de ver realizada, pelo Estado-juiz, dentro das possibilidades do caso concreto, a proteção ao direito material ameaçado ou lesionado, proporcionando o acesso aos litigantes, como também, prevê Wambier (2007, p. 321): “garantir a efetividade de suas decisões é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela”.

O indivíduo não pode realizar Justiça por mão própria, devendo provocar a atividade jurisdicional para vindicar o bem da vida de quem é titular. A este indivíduo devem ser assegurados meios eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado.

Um provimento inefetivo não concede a medida necessária, o que significa a denegação da tutela pleiteada. Na mesma esteira, Dinamarco (2005, p. 37) explica que:

Em todos os povos, mas notadamente no Estado-de-direito, é natural que o exercício da jurisdição se submeta a um complexo conjunto de regras jurídicas destinadas ao mesmo tempo a assegurar a efetividade dos resultados (tutela jurisdicional), a permitir a participação dos interessados pelos meios mais racionais e a definir e delimitar a atuação dos juízes, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos. Essas regras, postas pelo estado de modo imperativo, são regras de direito e vinculam todos os sujeitos do processo. Elas integram o direito processual, como ramo do ordenamento jurídico nacional. Observá-las é dar efetividade a um valor muito exaltado no Estado democrático moderno, que é o devido processo legal – sistema constitucional e legal de disciplina e limitações ao exercício do poder.

O Estado, detentor da função jurisdicional, precisa dispor de meios adequados para exercer uma tutela satisfatória. Quanto ao direito à efetividade da jurisdição, salienta-se Zavascki (1997, p. 32), que:

[...] o direito à efetividade da jurisdição – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – consiste no direito de provocar a atuação do Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, no sentido de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Desta forma, fica categoricamente demonstrado que a ação, longe de ser um simples ato de invocar a prestação jurisdicional, constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva, pois de nada adianta o direito material, se o direito processual não dispuser de ferramentas que garantem o efetivo cumprimento da lei.

Nesse lume, ensina Bedaque (2001 p. 24) sobre a efetividade da tutela jurisdicional:

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. Ou seja, a parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. Espera-se, pois, que essa atuação possa proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido resultado idêntico, ou, pelo menos, semelhante, àquele previsto no ordenamento substancial e não obtido pela vontade do obrigado.

Assevera-se que a função jurisdicional do Estado visa a aplicação da lei aos conflitos, para manter a paz jurídica. Nesse sentido, a assistência judiciária gratuita,

funciona como meio de futura obtenção de tutela jurisdicional, colaborando com a garantia do Acesso à Justiça àqueles que não possuem condições de pagar custas e honorários.

O acesso efetivo à Justiça é o principal argumento de criação da Defensoria Pública, que tem como função a busca de uma ordem jurídica justa e a paz social.

No ordenamento jurídico brasileiro, as Defensorias Públicas defendem os interesses dos hipossuficientes, sejam esses direitos individuais ou transindividuais, através de mecanismos hábeis de tutela jurisdicional. Desse modo, o Art. 134 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “a defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

Ao defensor público compete defender os direitos dos juridicamente tutelados, em qualquer juízo ou instância, às pessoas cuja insuficiência de recursos não lhes permita arcar com as despesas processuais ou cuja hipossuficiência as coloque em situação de vulnerabilidade em relação à parte contrária.

Igualmente, os Núcleos de Prática Jurídica promovidas em entidades de ensino superior, realizam independentemente da participação da Defensoria Pública, atendimento à população, contribuindo para a ampliação das vias de acesso à Justiça e para o aprendizado dos estudantes de direito.

O Ministério Público por sua vez, atua como guardião dos direitos sociais, conforme vem disciplinado no art. 127 da Carta da República, que o define como: “Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Confere tanto a iniciativa de algumas ações, como a intervenção de outras. Assim manifestou Dal Pozzo (1984, p. 43):

Ante a imperiosa necessidade de se manter inerte a atividade jurisdicional, isto é, de preservar o princípio segundo o qual a jurisdição somente se exerce mediante provocação de outrem, pois essa é a maior garantia de sua imparcialidade (que, por sua vez, confere ao poder jurisdicional a legitimidade política para resolver os conflitos), o Estado teve que atribuir a outro organismo seu a função de velar por esses valores fundamentais, onde e quando estiverem em jogo. Esse organismo é o Ministério Público, que cumpre sua tarefa quer exercendo o direito de ação, quer disciplinando o seu exercício, quando exercitado por particulares.

Cabe, portanto ao *parquet*, valer-se cada vez mais de sua titulação de

instituição essencial à função jurisdicional do Estado, comparecendo na defesa de relevantes valores democráticos, possibilitando o acesso ao Judiciário e operando como fator de equilíbrio entre as partes no processo.

Como meio de incitar o Acesso à Justiça, a tutela jurisdicional deve reunir um somatório de esforços de todas as esferas de Poderes do Estado.

O Legislativo criando mecanismos e melhorando os já existentes, tornando-os mais ativos e operantes, possibilitando o ingresso da população. O Executivo, garantindo a efetivação das leis e legitimando tal direito. Já o Poder Judiciário, possibilitando uma maior celeridade nos processos.

Desta forma, propulsionará a melhora do desempenho da função jurisdicional no Brasil e sua efetividade no ordenamento jurídico, estabelecendo assim, uma aproximação entre a justiça e a sociedade.

A justiça social e a cidadania possuem importância fundamental para uma política judiciária compatível com as exigências da atualidade contemporânea. Nesse sentido, conforme aduz Marcacini (1996, p.1):

Neste final de século, voltam-se os esforços e as atenções para a busca de melhores condições de vida para a humanidade: espera-se que o desenvolvimento científico-tecnológico possa trazer benefício para todos, que as facilidades do mundo moderno se popularizem, que a fome, o analfabetismo e a miséria sejam erradicadas, enfim, prega-se a igualdade universal efetiva entre os homens. Mesmo, porém, quando as preocupações se voltam para a realização destes valores fundamentais, a diferença entre o 'querer' e o 'poder', entre a teoria e a prática, ainda subsiste.

O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam baseados nas necessidades do direito material, de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto.

Embora a garantia constitucional do Acesso à Justiça seja um relevante direito assegurado pela Constituição Federal, a efetividade da tutela jurisdicional no ordenamento jurídico é a grande responsável pela satisfação e produção de efeitos no plano fático, portanto deve-se primar por um Acesso à Justiça atingível e eficaz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios, buscou-se solucionar os conflitos da maneira mais harmônica possível. Antes era realizada a pacificação de litígios de modo arcaico, através da justiça com as próprias mãos, só então com as diversas mudanças da sociedade, inseriu-se a ideia de jurisdição existente atualmente.

No transcorrer do século passado, nas Constituições que antecederam a Constituição de 1988 os direitos e garantias fundamentais oscilaram, bem como os momentos históricos no Brasil. Enquanto uma trouxe avanços no acesso à justiça, em outra já era possível perceber um retrocesso, quando suprimia estes direitos.

Assim se percebeu com a Carta Maior de 1946, que quebrou disposições ditatoriais da Constituição de 1937. Porém, com o golpe militar de 1964, e com a implantação do Ato Institucional nº 5, que restringiu direitos à liberdade individual, abreviou o Acesso à Justiça, refletindo no terror pela sociedade, configurando a maior supressão de direitos que ocorreu na história da nação.

Com o advento da Constituição cidadã de 1988, o Acesso à Justiça foi colocado no patamar de preceito constitucional, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV, com isso as garantias trazidas pela Constituição induziram à premência de um processo razoável, com observância dos mais elementares sustentáculos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais, por exemplo, o devido processo legal.

O Acesso à Justiça atualmente possui a finalidade de solucionar litígios e permitir que as pessoas reivindiquem seus direitos, porém a realidade é que muitas delas não possuem acesso a essa garantia.

Os objetivos propostos neste trabalho foram alcançados, na medida em que analisou-se a cultura do litígio e da judicialização como os responsáveis pelo aumento do número de demandas no Judiciário, causadas pelas propostas de universalização da tutela jurisdicional.

Constatou-se também, que é preciso ainda promover a maior conscientização das pessoas e dos poderes públicos para a implantação de medidas mais eficazes e atuantes que viabilizem o acesso ao Judiciário.

Verificou-se que é preciso políticas de aproximação do cidadão à Justiça, e que, os serviços prestados pelo Poder Judiciário sejam aprimorados para a solução e prevenção de conflitos, alicerçados na solidariedade e a paz social.

O Estado poderá promover uma maior participação dos sujeitos na busca da satisfação de suas necessidades, através de institutos como a conciliação, a mediação e a arbitragem, que contribuem na construção de um Judiciário acessível e justo, na medida em que promove o bem social, auxiliando as pessoas a buscar interesses em comum, não prejudicando uns aos outros.

As Defensorias Públicas, os Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais já contribuem para a assistência jurídica aos hipossuficientes, amenizando a inefetividade da jurisdição, porém muito ainda falta para melhorar os atendimentos realizados, tanto em recursos materiais e humanos.

Dessa forma, é indispensável à contratação de servidores, a modificação na estrutura administrativa, a realização de cursos de formação para a melhoria dos serviços prestados; a informatização dos tribunais, o aumento do número de juízes, o incentivo e a implementação da mediação e conciliação, o aperfeiçoamento da legislação de acordo com as necessidades reais.

Superados os obstáculos de cunho econômico, cultural e legal, pois os altos custos do processo, os ônus sucumbências e a morosidade da Justiça, fazem com que as pessoas percam a confiança na aplicação dos direitos e seus segmentos.

A tendência da Justiça em incentivar essas formas de solução de conflitos se nota, inclusive, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que além de fazer diversas referências ao longo do texto ao mediador e ao conciliador, prevê especificamente essas figuras na condição de auxiliares da Justiça.

Com a junção desses mecanismos, sobretudo com a aplicação de políticas de aproximação, pode-se derrubar essas barreiras, possibilitando o conhecimento da população sobre seus direitos e o efetivo acesso à Justiça a todos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro. n. 13. jan/mar 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e Prática da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 dez 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 dez 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 dez 2014.

_____. Lei n. 5.869, de 11 janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Seção 1. Suplemento. 17. jan. 1973. p.1.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Seção 1. 24. set. 1996. p. 18897.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário a Lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao><http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 fev 2015.

_____. **Semana Nacional de Conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>>. Acesso em: 10 fev 2015.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. **Atuação do Ministério Público**. Justitia. São Paulo, v. 127, 1984. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/cax1d4.pdf>>. Acesso em: 23 fev 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: Editora Juspodivm, 11. ed., 2009.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados**. Revista da EMERJ. v. 1, n. 1. Rio de Janeiro, 1998.

ESTEVES, João Luiz Martins. **Cidadania e judicialização dos conflitos sociais**. Revista de Direito Público. v. 1. n. 2. maio/ago. Londrina, 2006. p. 41-54 Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11566/10261>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

FIUZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GALVÃO, Célia Quirino; **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. **Código de processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDINA, Eduardo Borges; **Meios alternativos de solução de litígio; o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia

pública. **Revista da AJURIS**. ano XXVI. n. 77. março de Porto Alegre: AJURIS, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto San José Da Costa Rica**. Assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Costa Rica: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 27 jan 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. v. único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAMALHO, Renan. **Estoque de processos na Justiça cresce em média 3,4% ao ano, diz CNJ**. G1. Matéria publicada em: 23. set. 2014. disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/estoque-de-processos-na-justica-cresce-em-media-34-ao-ano-diz-cnj.html>>. Acesso em: 27 jan 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SADEK, Maria T. (org.). **O sistema de justiça**. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; Braga Neto, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SENA, Adriana Goulart de. **Poder Judiciário - Escopos - Pacificação Social - Validação e empoderamento**. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/conciliacao/conciliacao/pacificacao.htm>>. Acesso em: 14 fev 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso **de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de: Dynamique de la médiation. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Guido Fernandes Silva. **Arbitragens comerciais internacionais no Brasil**: vicissitudes. RT v. 641, 1978.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência Jurídica**: Integral e Gratuita. São Paulo: Método, 2003.

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

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. jul./dez . v. 4. n. 2. São Paulo, 2008. p. 441-464. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005>. Acesso em: 29 jan 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo de conhecimento. 9. ed. rev. atual. ampl. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. In: **Inovações do Código de Processo Civil**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 1997.