



A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA MEDIAÇÃO VIRTUAL DE CONFLITOS

*Gustavo Silveira Borges**
*Mônica Abdel Al**

Resumo

A presente pesquisa pretende analisar a eficácia da utilização da mediação virtual como forma de resolução consensual de conflitos. No intuito de se verificar tal objetivo, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: a mediação virtual pode ser utilizada como instrumento de redução no aumento de demandas judiciais na medida em que concretiza o direito fundamental ao acesso à justiça? Assim, primeiramente, tratou-se da transformação dos direitos fundamentais, discorrendo sobre a tipologia das cinco dimensões e a conquista constitucional do acesso à justiça. Posteriormente, fez-se uma análise dos meios consensuais de solução de conflitos, notadamente a mediação. Por fim, verificou-se a utilização de métodos de solução de conflitos em rede, ressaltando a mediação virtual. O aprofundamento teórico do estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica, a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva. Concluiu-se, portanto, que a mediação virtual pode servir de modelo adequado de resolução de conflitos, pois apresenta como principal vantagem a economia de tempo e dinheiro dos envolvidos na lide sociológica.

Palavras-chave

Direitos Humanos – Acesso à Justiça – conflitos – mediação – ambiente virtual

*Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014), com bolsa de pesquisa PNPd/CAPES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2013). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AIURIS (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade na Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, da Pós-graduação lato sensu da UNESC e do Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC), vinculado a Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e a Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Parecerista em diversas revistas. Participante em diversos projetos de pesquisa vinculados à UNISINOS e à UNESC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania - NUPEC, na UNESC. Autor de livros e diversos trabalhos científicos desenvolvidos nas áreas do Direito em diálogo com a Bioética e a Medicina. Avaliador do Curso de Direito pelo INEP/MEC. Membro de bancas examinadoras de concurso público. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, Direito Civil e Direito do Consumidor. E-mail: gustavoborges@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9673-4321>

*Graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1995). Especialização em Tendências Contemporâneas do Direito Processual (2005), pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Advogada desde 1996 - Escritório de Advocacia Mônica Abdel Al. Professora horista da Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc, atuando nas disciplinas de Estágio de Prática Jurídica I, II, III, IV e V, Processo Civil I e V e Constitucional I. Tem experiência na área de Direito.

THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL LAW OF ACCESS TO JUSTICE THROUGH THE VIRTUAL MEDIATION OF CONFLICTS

Abstract

The present research intends to analyze the effectiveness of the use of virtual mediation as a form of consensual resolution of conflicts. In order to verify this objective, the following research problem was formulated: can virtual mediation be used as a tool to reduce the increase in lawsuits as it concretises the fundamental right to access to justice? Thus, first, it was the transformation of fundamental rights, discussing the typology of the five dimensions and the constitutional conquest of access to justice. Subsequently, an analysis was made of the consensual means of conflict resolution, notably mediation. Finally, it was verified the use of network conflict resolution methods, highlighting the virtual mediation. The theoretical depth of the study was based on a bibliographical research, based on a hypothetical-deductive approach. It was concluded, therefore, that virtual mediation can serve as an adequate model of conflict resolution, since it presents as main advantage the time and money savings of those involved in the sociological.

Keywords

Human rights - Access to Justice - conflicts - mediation - virtual environment

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro atravessa uma grave crise devido ao aumento no volume de ações ajuizadas de um lado, e de outro, a carência de aparato material para suprir tal demanda. O número anual de processos sem resolução ultrapassa a marca dos 70%, conforme dados atuais do Conselho Nacional de Justiça. (CNJ – Relatório Justiça em Números). Diante do panorama complexo que se apresenta, torna-se premente encontrar formas para superar tais dificuldades.

Um dos caminhos a serem explorados foi o início da migração do Poder Judiciário para a virtualização com a utilização de processos eletrônicos tendo como objetivo o de dar agilidade ao trâmite processual. Todavia, tal medida não tem se mostrado suficiente para resolver o problema. Assim, como alternativa à morosidade da resposta judicial, faz-se necessário o repensar e fortalecer os denominados Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos, como a conciliação e a mediação, dando ênfase à solução dos litígios por meio da cultura do diálogo.

O presente artigo tem por objetivo analisar a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça por meio da realização das mediações com a utilização dos meios virtuais como forma de ampliação dos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos, aliada ao crescente uso de novas tecnologias pelo Poder Judiciário.

No intuito de buscar respostas a temática proposta, formulam-se as seguintes indagações: como se estabeleceu a ordenação histórico-cumulativa dos direitos humanos a partir de uma tipologia das dimensões? Como assegurar a garantia dos direitos fundamentais a partir da salvaguarda do acesso à justiça? A mediação por meio virtual pode ser considerado um método eficaz de concretização do acesso à justiça?

Para fins de enfileiramento dos objetivos específicos, este artigo está estruturado em três partes: primeiramente, fez-se uma abordagem sobre as modificações dos direitos fundamentais em suas conviventes dimensões e à conquista do acesso à justiça. Posteriormente, apresentam-se ponderações acerca dos meios consensuais de solução

de conflitos, notadamente a mediação e suas escolas. Por fim, após algumas exposições acerca de questões sobre as resoluções consensuais de conflitos, sustenta-se a viabilidade da utilização dos métodos de solução de conflitos em rede e a realização da mediação realizada de forma virtual.

O aprofundamento teórico do estudo fundamenta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras acerca da mediação, apoiando-se no método dedutivo.

Por fim, o presente ensaio é relevante porque trata de um problema atual a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, qual seja, o acentuado crescimento de demandas judiciais inversamente proporcionais às soluções definitivas proferidas pelos tribunais.

1. OS DIREITOS HUMANOS E AS ONDAS DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1. O desenvolvimento dos direitos humanos: ordenação histórica a partir de uma tipologia das dimensões

A luta para construção de um ordenamento jurídico que tivesse o intuito de assegurar direitos humanos de forma universal foi tarefa que se desenvolveu em séculos, todavia houve várias transformações na forma de proteção de referidos direitos. Foi preciso um árduo processo para que, além da preocupação em assegurar os direitos individuais, referidas garantias fossem estendidas também para direitos sociais e para grupos vulneráveis, além do meio ambiente. Na luta para ter acesso ao poder, a classe burguesa rebelou-se contra os monarcas e, assim, mobilizaram a população pela promessa de liberdade, igualdade e fraternidade. Desta forma, no século XVIII, nasceu, com a irrisignação burguesa frente ao absolutismo, o movimento de positivação dos direitos humanos, os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão¹. Direitos de grande relevância para a garantia da democracia, pois o cidadão passou a ter assegurado o direito ao voto, à liberdade de expressão, que protege não somente a manifestação de idéias e pensamentos, mas também manifestações de cunho artístico, intelectual e cultural, além da liberdade de imprensa. Nesse sentido, alude Sarlet que

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são produto peculiar [...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado [...] São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “di-

¹ Cumpre destacar que há uma divergência doutrinária referente à forma de retratar as transformações históricas por quais têm passado os direitos fundamentais. Certo grupo de doutrinadores faz alusão a uma evolução linear de ‘gerações’ sucessivas de direitos, que traduz a ideia equivocada de processo substitutivo e compartimentado. Todavia, autores nacionais, como Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Paulo de T. Brandão e Antônio Augusto C. Trintade, além de estrangeiros, como Joaquim Herrera Flores, David Sanchez Rubio e Helio Gallardo, preferem utilizar a expressão ‘dimensão’ em substituição ao termo ‘geração’. pois os direitos fundamentais não são alterados com o passar dos tempos, de forma sequencial, mas sim resultam de interações e lutas sociais referentes a todos os direitos, complementando-se e interligando-se. (WOLKMER e MORATO LEITE, 2016)

reitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo [...] os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. [...] e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto [...] (SARLET, 2012, p. 46-47)

Com a revolução industrial e o flagelo a que eram submetidos os trabalhadores, emergiu, a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, a segunda dimensão de direitos, os chamados direitos sociais, influenciados pelas doutrinas socialistas. Pode-se incluir nesta dimensão o direito à saúde, à educação, à previdência social e ao trabalho. Aludidos direitos, por exigirem uma prestação Estatal, têm cunho positivo, pois impulsionam o Estado a concretizar formas de acesso das pessoas às referidas garantias.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, mais tarde positivado pelos órgãos oficiais estatais, visam à proteção não mais da individualidade do ser humano, mas com características mais ampliadas buscando abarcar a humanidade como um grupo, uma coletividade. Os traumas deixados pela Segunda Guerra Mundial, bem como os danos ambientais causados pela depredação da natureza em nome do desenvolvimento econômico, impulsionaram a emersão da proteção dos aludidos direitos. Dentre estes direitos, destacam-se *“os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”*. (SARLET, 2012, p. 48)

No final de século XX, com o avanço e as novidades trazidas pela tecnologia e pela biomedicina, surgiram os denominados direitos de quarta dimensão, que se referem *“à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. [...] têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida [...] engenharia genética, clonagem, contracepção e outros”*. (WOLKMER e MORATO LEITE, 2016, p. 29)

Mais recentemente, com a universalização do acesso a *internet* e sua utilização pela população em vários campos, como no trabalho, no lazer e no âmbito familiar, surgiu a chamada quinta dimensão de direitos. Como aludem WOLKMER e MORATO LEITE,

a passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital. (2016, p. 32)

Todavia, embora na sociedade contemporânea formalmente tenha assegurado acesso às dimensões de direitos por meio de sua previsão como fonte de normatividade, convive, ao mesmo tempo, com realidades antagônicas materiais no que se refere à garantia destes direitos fundamentais, pois sua aplicabilidade e efetividade é flutuante em relação às classes sociais mais pobres da população.

A realidade brasileira, embora abstratamente a Constituição Federal assegure uma gama de direito fundamentais, mostra-se ineficaz em relação à concretização destes direitos, sobretudo, para a população mais carente. Neste contexto, o direito

fundamental do acesso à justiça mostra-se como sendo a essencial e principal via disponível para o cidadão hipossuficiente, carente dos direitos mais básicos como saúde, educação e moradia, por exemplo, lutar para conseguir a concretização de referidas garantias afirmadas pelo Estado. Destarte, importante avaliar de que forma o aparelho estatal assegura que este direito fundamental seja efetivamente disponível ao cidadão.

Averiguado o desenvolvimento e positivação dos direitos humanos, bem como suas dimensões, passa-se a examinar o acesso à justiça como elemento essencial para efetivação dos direitos fundamentais.

1.2. O acesso à justiça e suas ondas como forma de sustentação material dos direitos fundamentais

Com a ampliação dos direitos fundamentais que abarcaram também os direitos sociais, denominados direitos de segunda dimensão, restou assegurado, positivamente, o direito ao acesso à justiça. “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 13)

Referida garantia é de essencial importância para afirmação dos mais relevantes direitos humanos, pois, havendo omissão estatal, o cidadão busca amparo no Poder Judiciário para tentar suprir referidas lacunas e diminuir o abismo existente entre a formalidade legal e a realidade. Referida segurança constitucional é um verdadeiro escudo à população, que tem nesse remédio constitucional a forma mais eficaz de combater as malesas que lhe afligem, enquanto o Poder Legislativo ou o Executivo continuam passivos, ignorando os direitos fundamentais já contemplados pela Carta Magna.

A Constituição Federal proclama, em seu artigo primeiro, que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, a dignidade da pessoa humana. Todavia, num país assolado pela desigualdade de classes, onde milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza, como garantir a dignidade humana? Como atenuar a aflição de milhares de pessoas que não possuem saneamento básico, educação, saúde, moradia, emprego, transporte público, alimentação? A norma contemplativa, que assegura uma dignidade formal, está muito distante da realidade da população. O Poder Judiciário, dentro de Estado Democrático de Direito, tem a função de garantir a integridade da Constituição, aproximando o cidadão dos direitos assegurados, pois o processo judicial é o caminho, atualmente, mais eficaz, para a efetivação dos direitos negados pelo Estado.

Dentre os diversos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, o acesso à justiça figura como um dos mais importantes, pois busca assegurar, por meio do acesso irrestrito ao Poder Judiciário, que cada cidadão busque a proteção referente a cada violação dos direitos já consagrados constitucionalmente. Conforme sustentado por CAPPELLETTI e GARTH:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na au-

sência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (1988, p. 11-12).

Todavia, este anunciado direito não é devidamente prestado pelo Estado. O Poder Judiciário recebe um grande número de demandas², mas, ainda assim nesse contexto, a população carente tem grande dificuldade de acesso ao Judiciário. Destarte, como há muita dificuldade em diminuir o abismo existente frente às desigualdades sociais e a garantia dos direitos humanos mais básicos, que assegurem ao cidadão uma vida com dignidade, também se detecta uma deficiência enorme na franquia do acesso da população à justiça. Como destaca Antonio Carlos Wolkmer no sentido de que:

o certo é que, nos horizontes da cultura jurídica liberal e positivista, predominante nas instituições políticas brasileiras, o Poder Judiciário, historicamente, não tem sido a instância marcada por uma postura independente, criativa e avançada, em relação aos graves problemas de ordem política e social. Pelo contrário, trata-se de um órgão elitista distanciado da sociedade que, quase sempre ocultado pelo “pseudoneutralismo” e pelo formalismo pomposo, age com demasiada submissão aos ditames dos poderes dominantes e move-se através de mecanismos técnico-procedimentais onerosos, inviabilizando, pelos próprios custos, o acesso à imensa maioria da população de baixa renda. (2015, p. 107).

Diante dos obstáculos existentes à concretização do acesso à justiça, na década de 1970, foi iniciado o Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que deu origem ao livro *Acesso à Justiça*, no qual os autores apontaram soluções encontradas por países do Ocidente para as dificuldades do acesso à justiça, classificando-as em “ondas”.

A primeira “onda” do acesso à justiça refere-se à concessão de assistência jurídica gratuita para população mais carente, pois se verificou que o elevado valor das custas processuais e honorários advocatícios eram entraves para que os mais desafortunados tivessem devido acesso ao Judiciário.

A segunda “onda” alude à proteção dos interesses difusos ou coletivos, como, por exemplo, demandas em defesa dos consumidores, meio-ambiente, idosos, entre outras. Verificou-se que a efetividade do acesso à justiça não se resumia a proporcionar o ingresso por demandas individuais, mas sim, solucionar os problemas de uma mesma classe, que sofre o mesmo tipo de carência ou desrespeito.

E, por fim, a terceira “onda” preocupou-se com o “enfoque do acesso à justiça”, que deixa de ser somente o ajuizamento de ações como forma de inafastabilidade do

² A Justiça Estadual, composta por 27 tribunais, 2.710 comarcas e 10.156 unidades judiciárias de primeiro grau, subdivididas em 6.158 varas (sem iuizado), 2.613 varas únicas ou com iuizados especiais adjuntos e 1.385 iuizados especiais, recebeu, apenas no ano de 2015, um total de 18,9 milhões de processos, 6% ou 1,2 milhão a menos que o ano de 2014. CNI – Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cni.ius.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>, Acesso em: 20 out. 2017.

Judiciário, e passa a enfatizar a celeridade processual e os meios alternativos de resolução de conflitos, dentre as quais está incluída a mediação. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). As partes envolvidas em uma lide, quando conseguem, por si mesmas, encontrar a solução para seus conflitos, têm maior satisfação, ao contrário do que esperar anos para uma decisão judicial, que nem sempre vai lhe ser favorável.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 considerar o acesso à justiça como um direito fundamental e proclamar em seu artigo quinto que a *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, a realidade mostra-se distante do direito positivado.

A população carente, além de ter sonogado pelo Estado seus direitos fundamentais às condições de vida com dignidade, também enfrenta obstáculos ao tentar acionar o Judiciário para garantia da efetividade dos direitos violados. Também no artigo quinto da Constituição Federal de 1988, está assegurado que o *“Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”*. E para garantir referido acesso, assegurou a Defensoria Pública, conforme o artigo 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Contudo, apesar de todos os Estados da federação já possuírem Defensoria Pública, esta é deficiente e não consegue atender todos os cidadãos que buscam seus serviços, pois, na maioria dos casos, não existe quantidade proporcional de defensores públicos se comparada à camada da população hipossuficiente que necessita do seu atendimento jurídico para socorrer-lhes em seus pleitos.

Importante destacar que frente à realidade de inúmeras injustiças sociais que enfrenta o nosso país, pensar o acesso à justiça de forma individualizada é tornar a concretização deste direito uma conquista utópica, pois o Judiciário não conseguiria comportar o grande número de novas demandas que seriam ajuizadas. É preciso viabilizar o acesso de forma coletiva, para que uma parcela considerável da população que pleiteia os direitos sonogados tenha a respectiva resposta do Poder Judiciário. Esta é posição de SIDEKUM, WOLKMER e RADAELLI ao referirem que:

para um continente caracterizado tão fortemente pela sucessão crônica de injustiças em relação aos seus povos, falar de realização da justiça de forma coletiva parece ser algo quase inevitável, pois que, por mais que conseguisse ser efetivo, o acesso individualizado à justiça não supriria as demandas historicamente acumuladas na América Latina, desde os primeiros passos do processo de colonização europeia, levado a cabo nos inícios do século XVI. (2016, p. 14).

E mesmo com a deficiência na prestação do efetivo acesso à justiça, o Judiciário sofre com a crescente judicialização. É notória a crise pela qual passam os tribunais, que não conseguem suprir a quantidade crescente de demandas, sendo que as soluções se dão, na grande maioria, de forma morosa, contrariando o princípio da duração razoável do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. É

perceptível um certo fetichismo pela busca da jurisdição, que existe porquanto vivemos nessa cultura da sentença, em que se busca a verdade nas normas sem substituição a uma “cultura do diálogo”. Pensar no futuro da Justiça é encontrar novas formas de encarar os litígios, sejam individuais ou coletivos, com abertura para saber o que realmente desejam as partes, porque buscam o Judiciário e qual realmente é seu objetivo.

Conforme Relatório Justiça em Números 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015 foram ingressados 1.487 casos novos por magistrados no Poder Judiciário. Sobre a taxa de congestionamento, que demonstra o percentual de processos que permaneceu sem solução durante o ano, o mesmo relatório aponta que a Justiça Estadual apresenta um índice de 76,4%, enquanto a Justiça Federal um índice de 72,5%. Diante dos números apresentados pelo CNJ, torna-se premente a busca por soluções para resoluções de conflitos que não apenas a via tradicional do litígio no âmbito do Judiciário. (CNJ -Relatório Justiça em Números 2016)

Para o enfrentamento desta crise de acesso à justiça, no Brasil, iniciou-se um dos grandes marcos da reforma silenciosa da Justiça, inicialmente, por meio da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, que pretendeu realizar o que se denominou de “Reforma do Judiciário”. Mais adiante, por meio da implementação da Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses e trata da mediação e da conciliação como política pública. Além disso, houve também o implemento de políticas públicas e reconfigurações de textos constitucionais na América Latina que introduziram outras formas de tratamento dos conflitos além da promovida pelo Poder Judiciário como os Métodos não adversariais de conflito.

O congestionamento no número de processos sem solução, que é inversamente proporcional aos casos de números novos de demandas judiciais, fez com que o Brasil adotasse novas formas de resolução de conflitos, os chamados Métodos Adequados de Solução de Conflitos, baseados na conciliação e na mediação. Assim, em 2015, foi publicado o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15), que entrou em vigor no ano de 2016, estabelecendo, em seu artigo 334, que o juiz, ao receber a petição inicial, deverá designar audiência de conciliação ou mediação nos processos em trâmite, e após deverá citar o réu. O referido diploma legal também reconhece os conciliadores e os mediadores como auxiliares da justiça, aptos a realizarem o rito da conciliação e da mediação. Também no ano de 2015, foi publicada a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/15), com o objetivo de buscar soluções consensuais aos conflitos, incentivando o diálogo entre as pessoas envolvidas, visando à redução de litígios. Importante inovação trazida pela Lei de Mediação refere-se à possibilidade de órgãos da administração pública utilizar a mediação como solução conflitos. Como grande parte dos processos judiciais existentes envolvem administração pública, importante passo foi encaminhado para a redução do número de demandas.

Após a análise da relevância do direito de acesso à justiça dentre os direitos fundamentais de humanidade, passe-se a estudar o método da mediação como forma de resolução consensual de conflitos, a mediação virtual.

2. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E A MEDIAÇÃO VIRTUAL

2.1. OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Devido à crise enfrentada pelo Poder Judiciário, foi necessário buscar meios mais eficazes e menos morosos de solução de conflitos, com o intuito de diminuir o distanciamento do diálogo existente entre os tribunais e a sociedade.

O meio mais utilizado pelos cidadãos que enfrentam fatos conflituosos, seja com outro cidadão, ou com pessoas jurídicas, de direito público ou privado, é o caminho tradicional de busca do Poder Judiciário com o fim de solucionar o referido impasse, por meio do ajuizamento de ações judiciais. Porém, nessa procura, enfrentam-se inúmeros problemas, dentre eles, a dificuldade da pessoa carente de ter a sua causa patrocinada gratuitamente, assim como a morosidade no trâmite processual.

Diante dessa conjuntura que assola o Poder Judiciário, é preciso tratar a solução de conflitos sob um novo enfoque, que não escape aos ditames da cultura do litígio e que, por vias contrárias, fortaleça o diálogo entre as partes envolvidas no conflito paudado diante de uma “nova cultura cidadã”. É premente a mudança do paradigma privilegiado pela sociedade atual do “ganhar-perder” para um novo paradigma de metodologia na resolução de controvérsias no modelo “ganhar-ganhar”. Porém, para alcançar referido objetivo, é preciso mudar a cultura jurídica tanto dos operadores do direito, quanto da sociedade em geral. Não só isso, as faculdades de direito precisam, no mesmo sentido, dar ênfase a implantação de disciplinas que visem à solução consensual dos conflitos, conforme a orientação da resolução 125 do CNJ. Os juristas italianos Cappelletti e Garth já entendiam desta forma, quando iniciaram a análise do problema do acesso à justiça dizendo que:

os juristas precisam, agora, 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 regulamentação 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. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-13).

Destarte, com a utilização de métodos apropriados de solução de conflitos, busca-se a ampliação do horizonte de acesso à justiça. Convém, mesmo que de forma breve, analisar quais as principais formas de pacificação de conflitos. Dentre as formas apropriadas de resolução de disputas, a conciliação é a mais conhecida e utilizada, sendo na sua forma extrajudicial ou quando já em trâmite o processo judicial.

A conciliação pode ser definida como um *“processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, [...] para assistilas, por meio de técnicas adequadas a chegar a uma solução a um acordo”*. (CNJ – Manual de Mediação). Conforme Relatório Justiça em Números, do CNJ, a justiça que mais consegue estabelecer conciliações é a Justiça Trabalhista, solucionando cerca de 25% das demandas por meio da conciliação. Nos Juizados Especiais, o índice de conciliação é de aproximadamente 16% dos casos. Todavia, os índices tendem a aumentar devido a

entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que prevê a obrigatoriedade da realização de uma audiência prévia de conciliação ou de mediação entre as partes.

O Conselho Nacional de Justiça, desde 2010, com o fito de incentivar a conciliação, promove o prêmio “*Conciliar é Legal*”, que “*busca identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e, conseqüentemente, o aprimoramento da Justiça*”. (CNJ)

Portanto, outra forma bastante utilizada de resolução consensual de conflitos é a negociação, que ocorre quando os envolvidos, de forma voluntária, buscam a maneira mais adequada de solucionar o problema, levando em consideração o que consideram mais justo para ambas. Assim “*em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação [...]; iii) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações [...]*” (CNJ – Manual de Mediação). Aplainado os conceitos sobre os meios consensuais de solução de conflitos, passe-se ao estudo da mediação e as suas escolas.

2.2. A mediação

A Lei nº 13.140/2015 refere que: “*considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”. A função do mediador, portanto, é a de facilitar o diálogo entre os envolvidos no conflito, todavia sendo de responsabilidade destes o encontro da melhor solução para resolvê-los de forma amigável.

A mediação é um método que busca a harmonia dos envolvidos na situação conflituosa visando a resgatar a comunicação entre as partes, de modo que a solução encontrada envolva todo o contexto dos fatos. Os interessados devem chegar a uma avença sem que haja interferência do mediador, interagindo voluntariamente e sob a orientação daquele. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2015, p. 51). Como explana WARAT:

para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. [...] O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. (WARAT, 2001, p. 31)

Por meio de técnicas específicas, a mediação tem como escopo investigar os motivos intrínsecos e extrínsecos que deram causa ao real problema, denominado lide sociológica, para que se possa construir uma solução efetiva e eficaz para a controvérsia. O conflito jurídico é melhor resolvido quando o que está por trás dele, escondido no âmago dos envolvidos, com a identificação e esclarecimento de questões, interesses e sentimentos é revelado. E para alcançar a referida revelação, é necessária a pre-

sença e atuação de uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos, assistentes sociais, além de advogados, dentre outros profissionais.

O legislador pátrio, reconhecendo a importância dos meios não adversariais de solução de conflitos, deu ênfase à mediação e conciliação no Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016, sendo que em seu artigo 3º, § 3º, estabelece que a mediação e a conciliação, bem como outros métodos de solução consensual de conflitos devem “ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. E para ressaltar a importância da utilização de meios consensuais para resolução de litígios, o referido código, estabelece em seu artigo 319, inciso VII, que a petição inicial deve conter “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”, sendo que o réu deverá manifestar seu desinteresse pela autocomposição, por petição, com no mínimo dez dias de antecedência da audiência designada, conforme artigo 334, § 5º do CPC. E para fortalecer ainda mais a cultura do diálogo, o parágrafo 8º deste artigo estabelece que a falta injustificada das partes à audiência de conciliação e mediação é considerada ato atentatório a dignidade da justiça, sendo passível de multa de “até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

Analisada a mediação, passa-se ao estudo das resoluções de conflito em rede, com ênfase na mediação virtual.

2.3 Metodos de solução de conflitos em rede e a mediação virtual

Atualmente, estamos imersos na era da comunicação virtual, dos relacionamentos virtuais. Cada vez mais as pessoas estão deixando de compartilhar o contato físico para substituí-los e mantê-los por meio da via *internet*, tamanho a gama de redes sociais colocadas à disposição dos internautas, como *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp*, *Skype*, entre muitos outros.

No Poder Judiciário não é diferente. O número de processos virtuais vem aumentando gradativa e exponencialmente. Conforme o relatório do CNJ, Justiça em Números 2016, “o percentual de processos que ingressaram eletronicamente no Poder Judiciário tem crescido linearmente, em curva acentuada desde 2012”. O índice de casos novos eletrônicos, correspondem a 82,9% na Justiça do Trabalho, 66,9% na Justiça Federal e 51,7% na Justiça Estadual. (CNJ). No que se refere aos meios adequados de solução de conflitos, a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/15), em seu art. 46 estabelece a possibilidade da mediação “ser feita pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.” O Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), em seu artigo 334, § 7º assegura que a “audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”.

Deste modo, no caminho da crescente virtualização da justiça convém criar formas de viabilizar a resolução de conflitos com os métodos apropriados, para que os mesmos possam ocorrer de forma virtual, caminhando e interagindo ao lado da era digital.

As formas de solução de conflitos *online* (Online Dispute Resolution - ODR) surgiram no início da década de 1990. A partir de 1992, quando a internet foi aberta para

transações comerciais, houve a geração de uma série de novos modelos de conflitos, tornando essencial a criação de um formato de solução de conflitos que atuasse no mesmo ambiente onde os conflitos foram originados. Assim, foi criado o primeiro software de arbitragem em rede, o *Virtual Magistrate*. (LIMA; FEITOSA, 2016)

Com o lançamento, em 1998, da *Amazon* e *eBay* (plataformas de compra-venda pela internet), ampliou-se a diversidade de conflitos. Por isso, o *eBay* criou um experimento para mediar conflitos envolvendo seus usuários, que em duas semanas mediu 200 conflitos, vindo a adotar o instrumento como política institucional, o que foi seguido por outros tipos de plataformas de venda online. O *eBay* divulgou que, até o ano de 2010, ocorreu a solução de mais de 60 milhões de conflitos mediados pelo *site*. Em meados dos anos de 2010 percebeu-se novamente o interesse para as soluções *online* de conflitos, principalmente com propostas governamentais, a exemplo da União Européia e estados Unidos. No Brasil, foi criada a plataforma *consumidor.gov.br* e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro implantou o aplicativo de conciliação pré-processual. (LIMA; FEITOSA, 2016). Pode-se constatar o êxito de referidos *sites*, na utilização de resolução de conflitos de forma virtual. Nesse sentido, convém ao Poder Judiciário adotar medidas para utilização de ODR na solução de conflitos. Mas é preciso refletir sobre as vantagens, e também as desvantagens na utilização desse tipo de procedimento nas resoluções consensuais de conflitos.

As vantagens se referem principalmente à economia de tempo e de dinheiro. Os diálogos *online* resultam em economia financeira dos envolvidos, que não precisam se deslocar até um local físico para as tratativas. A economia aumenta quando as partes pertencem a locais geograficamente distantes, e conseqüentemente, há a economia de tempo. Destaca-se que, na grande maioria das vezes, quando a parte precisa se deslocar a uma grande distância, ela não o faz quando se trata de um método consensual, não obrigatório. Desta forma, a tendência é de um aumento na participação nos métodos adequados de solução de conflitos, se executados virtualmente.

Pode-se utilizar como exemplo, uma disputa de guarda, onde um dos genitores resida no exterior. A mediação virtual possibilitará o diálogo entre os envolvidos na disputa, sem que tenham que se deslocar de suas cidades, poupando tempo e dinheiro. Sobre a realização de mediação virtual, convém ressaltar que:

A realização de sessões virtuais de mediação ainda provoca desconfortos, pois suprime o caráter pessoal das negociações, conhecido como “face-to-face mediation”. Por outro lado, muitos já se convenceram da conveniência do método, na medida em que reduz os custos operacionais e conecta pessoas localizadas em diferentes partes do mundo. Em que pese aos argumentos contrários, o processo de mediação eletrônica parece adequar-se bem aos novos tempos. Os benefícios do rompimento das barreiras geográficas, a acessibilidade que proporciona às pessoas com deficiências físicas, a celeridade do rito, as módicas despesas econômicas suportadas pelos usuários, tudo isso justifica a aposta do Código de 2015 nessa ferramenta. O ponto de preocupação relacionado às plataformas *online* reside na asseguarção da higidez do procedimento e das cláusulas de garantia das partes. Os sistemas de videoconferência dos tribunais deverão avaliar a identidade dos intervenientes, certificando a titularidade e autenticidade da firma. Além disso, os mediadores deverão desenvolver habilidades específicas para interpretar

à distância os sentimentos das partes e a ocorrência de vícios no consentimento. Por fim, cumpre dizer que a mediação virtual já é amplamente utilizada em países como a Alemanha, Estados Unidos, Holanda e Argentina. Tanto é assim que muitas empresas de tecnologia se especializaram no desenvolvimento de softwares próprios para o desenvolvimento das sessões online. (SIVIERO, 2015, p. 325-226).

No que se alude às desvantagens, referem-se principalmente a ausência de contato entre as partes e a os problemas que grande parte da população enfrenta ao acesso à internet. Tendo em vista que a mediação, que tem como objetivo estimular o diálogo entre as partes, esta falta de contato pode ser um obstáculo que precisará mais estudo. Primeiramente, parece essencial que para uma mediação *online* tenha êxito, é preciso utilizar métodos como a vídeoconferência, onde os envolvidos poderiam ter um contato mais aproximado, e ocorrer formas não verbais de comunicação, como a linguagem corporal, expressão facial.

Em contrapartida, como são necessários profissionais capacitados para realizar uma mediação, e a necessidade da interdisciplinaridade, pois além dos advogados dos envolvidos, muitos casos necessitam de psicólogos e assistentes sociais, como nos casos que envolvem conflitos familiares, as mediações *online* facilitariam a presença de referidos profissionais em maior número de sessões.

Verifica-se, portanto, que as dificuldades existentes não são intransponíveis, sendo que caberia ao Judiciário estudar as formas mais adequadas para implantar métodos virtuais de solução consensual de conflitos.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, verificou-se que a construção dos direitos fundamentais apresenta-se em dimensões, que não são sucessivas, mas concomitantes, sendo que as garantias conquistadas em uma dimensão, não afastam os direitos pleiteados em outra.

Averiguou-se, ainda, que o direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição não precisa ocorrer somente com o ingresso de processos perante o Poder Judiciário, pois há formas consensuais de solução de controvérsias, como a mediação, a conciliação, e até mesmo a negociação, que também são formas de acesso à justiça, que tem como finalidade restabelecer o diálogo entre as partes e construir a “cultura da paz”.

Com a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), bem como o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) o Judiciário brasileiro caminha para alcançar a solução da morosidade processual e da exclusão de cidadãos do acesso à justiça. Todavia, a inovação legislativa não é suficiente, é preciso uma revolução social e cultural, onde as partes deixam de visualizar o litígio como a única forma de solução do conflito. Além disso, é preciso a mudança concomitante dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, para que realmente apliquem a lei, e estimulem a conciliação e mediação.

Por fim, a sociedade atual está cada vez mais utilizando a comunicação virtual, e desta forma, também pode utilizar a rede para encontrar solução aos conflitos. A me-

dição virtual pode servir de modelo adequado de resolução de conflitos, pois tem como vantagem a economia de tempo e de dinheiro, além de resolver os problemas como a distância entre os envolvidos.

Sabe-se que existem dificuldades no uso desta ferramenta, que se refere principalmente a falta de contato entre as partes, um dos requisitos para que a mediação ocorra, todavia, a utilização de sistemas de videoconferência tende a resolver referido impasse. Outro problema verificado refere-se ao fato que grande parte da população enfrenta dificuldade ao acesso à internet. Todavia, a realização de mediação em rede em espaços fornecidos pelos Tribunais seria uma solução para a dificuldade apresentada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. 6 ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Premio Conciliar é legal. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>>- Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.140/2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>

Acesso em: 20 out. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. Revista do Direito [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>>

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012..

SIDEKUM, Antônio; WOLKMER, Antonio Carlos, et al. Organizadores. Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação Revista eletrônica UFRS. Disponível

em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>> . Acesso em: 20 out. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (organizadores). Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem. [recurso eletrônico] Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei 13.105/2015 e com a resolução nº 125/2010 do CNJ. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

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

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17-50.

_____. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

