



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
BACHARELADO EM DIREITO

DÉBBORAH DUARTE MORAIS PINHEIRO

**O PAPEL DO MAGISTRADO NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA
PACIFICAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS**

FORTALEZA

2022

DÉBBORAH DUARTE MORAIS PINHEIRO

O PAPEL DO MAGISTRADO NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA
PACIFICAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a. Janaína Soares Noleto
Castelo Branco

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- P1p PINHEIRO, Déborah Duarte.
O PAPEL DO MAGISTRADO NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS / Déborah Duarte PINHEIRO. – 2022.
58 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Profa. Dra. Janáina Soares Noleto Castelo Branco.
1. Magistratura. 2. Acesso à Justiça. 3. Justiça Multiportas. 4. Solução de Conflitos. I. Título.
CDD 340
-

DÉBBORAH DUARTE MORAIS PINHEIRO

O PAPEL DO MAGISTRADO NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA
PACIFICAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: 24/06/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª Dr^ª. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª Dr^ª. Márcia Correia Chagas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Júlio César, Jaqueline e Júlio César Filho,
tudo por vocês e com vocês.

AGRADECIMENTOS

A todos que me ajudaram nessa jornada, durante a faculdade e até o término dela com este trabalho, minha gratidão eterna, especialmente:

A Deus, por me dar forças e por estar sempre do meu lado, principalmente nos momentos mais difíceis, que nunca são tão difíceis por ter Ele.

A minha família, que tanto amo, que tanto me apoia e me dá suporte para alcançar todos os meus sonhos, e que vivem todos estes momentos comigo.

Ao meu padrinho Carlos e minha madrinha Cristiane, por sempre acreditarem em mim e no meu potencial.

À Professora Janáina Noletto, minha orientadora, por ter me apresentado, desde a cadeira de Teoria Geral do Processo, o mundo dos métodos adequados de solução de conflitos, que me arrebatou completamente e me deu um norte do que eu realmente me identifico no Direito. Uma das maiores sortes que tive na graduação foi ter sido sua aluna.

Aos professores William Marques e Márcia Chagas, minha banca, por todo aprendizado e oportunidades durante a faculdade, até este momento crucial.

Ao professor Gustavo Raposo, pela ajuda e orientação, e à Juíza Trícia Navarro, pelos materiais e pela força de persistir no tema com seu elogio, bem como pelo exemplo a ser seguido.

Aos meus amigos do Colégio Militar, por mais de 10 anos de amizade e por nunca terem desistido de mim.

Aos meus amigos do Ari de Sá, por terem me acolhido e me tornado parte da família.

Aos amigos que fiz na Faculdade de Direito, tantos grupos, tantas histórias, tantos momentos compartilhados.

À Mariana Camurça, Ana Jéssica e Giulia Nóbrega, por estarem muito próximas dessa minha reta final e sempre acolherem meus surtos com amor.

Aos demais amigos que conheci neste caminho, que tanto engrandecem minha vida.

Aos meus professores de todas as fases da vida, principalmente do Aconchego Pedagógico, que foram essenciais em minha formação.

À CAMES Ceará por ter me recebido como funcionária, me dado uma perspectiva e me mantido cada vez mais próxima dos métodos adequados de solução de conflitos.

“Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere”

Ulpiano

RESUMO

O presente trabalho visa entender qual o papel do Poder Judiciário, e mais especificamente dos magistrados, no que se refere aos métodos adequados de solução de conflitos, relativo ao atual conceito de acesso à justiça consagrado pelo ordenamento brasileiro, a fim de alcançar o objetivo maior da pacificação social e resolução dos conflitos. Ademais, busca também destacar nas principais legislações concertantes à justiça multiportas quais responsabilidades foram designadas aos juízes em sua função judicial e nas demais funções que estes exercem. Inicialmente, explica-se os conceitos de conflito, de que forma o Estado e o Direito surgiram para pacificá-los e organizar a sociedade, bem como o papel jurisdicional e a questão da crise do Judiciário. Na sequência, busca trazer ao leitor a questão do acesso à justiça, seu surgimento, sua contextualização nos dias atuais, bem como aspectos que obstam a ele e de que forma ele se observa na realidade fática brasileira. Seguindo, destrincha-se o conceito de Justiça Multiportas e dos métodos adequados de solução de conflitos. Por fim, traz uma visão voltada ao magistrado inserido em todos estes supracitados âmbitos, inclusive legislativamente falando, e destacando o papel dos juízes. A metodologia adotada consiste em pesquisa de natureza aplicada, com fontes em doutrina e legislação, e em cima destes uma análise descritiva e exploratória acerca do tema.

Palavras Chave: Magistratura, Acesso à Justiça, Justiça Multiportas, Solução de Conflitos

ABSTRACT

The present work aims to understand the role of the Judiciary, and more specifically of the judges, regarding the alternative dispute resolution methods, relative to the actual concept of the access to justice observed in the Brazilian legal system, in order to achieve the greater objective of social pacification and conflict resolution. In addition, it also seeks to highlight in the main legislations concerning multidoor courthouse which responsibilities were assigned to judges in their judicial role and in the other functions they exercise. Initially, the concepts of conflict are explained in what way the State and the Law are defined to pacify it and organize a society, such as the jurisdictional role and the issue of the crisis of the judiciary. In, bringing to justice the access to the sequence, seeks its search in the current data, as well as the aspects that hinder it and the Brazilian issue it is observed in reality. Following, the concept of Multi-Door Justice and conflict resolution methods are explained. Finally, it brings a legislative decision inserted in all the aforementioned judges, including highlighting the role of legislative judges. The methodology adopted consists of research of an applied nature, with sources in doctrine and legislation, and on top of these a descriptive and exploratory analysis on the subject.

Key Words: Magistrature, Access to Justice, Multi-Door Justice, Conflict Resolution

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR *Alternative Dispute Resolution*

CF Constituição Federal de 1988

CEJUSC Centro Judicial de Solução de Conflitos

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CPC Código de Processo Civil

NUPEMEC Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. CONFLITOS E JURISDIÇÃO	14
3. ACESSO À JUSTIÇA	19
3.1 Obstáculos do Acesso à Justiça	21
3.2 Acesso à Justiça no contexto brasileiro	24
4. JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS ADR	26
4.1 Autotutela	29
4.2 Autocomposição	30
4.2.1 Negociação	31
4.2.2 Mediação	31
4.2.3 Conciliação	32
4.3. Heterocomposição	34
4.3.1 Arbitragem	35
4.3.2 Jurisdição estatal	36
5. MAGISTRADOS E FUNÇÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA	38
6. MAGISTRADOS, JUSTIÇA MULTIPORTAS E LEGISLAÇÕES	42
6.1 Constituição Federal de 1988	47
6.2 Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem)	47
6.3 Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	48
6.4 Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil)	49
6.5 Lei nº 13.140/15 (Lei da Mediação)	50
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
8. REFERÊNCIAS	54

1. INTRODUÇÃO

Os magistrados, como atores principais da jurisdição estatal desde que ela iniciou sua ingerência nas sociedades, têm sua atuação pautada por princípios e determinações legislativas, bem como pela realidade em que estão inseridos. Passaram por períodos de isolamento, depois despontaram como sendo uma das funções mais essenciais da sociedade, e hoje devem guiar sua atuação de forma cooperativa com os demais atores sociais, para que possam atingir a finalidade precípua do que representam, qual seja, o acesso à justiça.

Dessa forma, o presente trabalho visa entender qual o papel do Poder Judiciário, e mais especificamente dos magistrados, no que se refere aos métodos adequados de solução de conflitos, relativo ao atual conceito de acesso à justiça consagrado pelo ordenamento brasileiro, a fim de alcançar o objetivo maior da pacificação social e resolução dos conflitos. Ademais, busca também destacar nas principais legislações concertantes à justiça multiportas quais responsabilidades foram designadas aos juízes em sua função judicial e nas demais funções que estes exercem.

Encara-se o conflito como aspecto natural do convívio social, inevitável, e em crescente expansão, devido aos fatores sociais que dão origem aos litígios também estarem cada vez mais acentuados. Desponta, assim, o Direito e o Estado, a fim de organizar e solucionar tais conflitos, por meio da atuação do Poder Judiciário através dos seus órgãos, especialmente os magistrados.

Passa-se então à análise do conceito de justiça, o qual é diverso e depende diretamente da realidade social na qual se fará a observação. Dessa forma, o acesso à justiça também permite diversas acepções, sendo a mais difundida e a referência deste trabalho aquela definida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth por ocasião do Projeto Florença e da publicação do relatório de Acesso à Justiça. Neste trabalho, falou-se sobre as principais barreiras do acesso à justiça, bem como delimitou-se ondas renovatórias referentes a esta temática, servindo de referência acadêmica e prática até os dias atuais.

No contexto do Brasil, ainda que este país não tenha participado do relatório, é possível observar diversos reflexos do estudo, como a garantia constitucional do acesso à justiça, a criação do Conselho Nacional de Justiça e suas ações constantes e relevantes nesse sentido.

Uma das principais contribuições do relatório foi dar mais visibilidade ao contexto dos métodos adequados de solução de conflitos, e juntamente com a teoria da Justiça Multiportas desenvolvida por Frank Sander em 1976, tornou-se paradigma para a busca da pacificação

social através de outras formas aquém da jurisdição estatal, mas ainda contando com o seu respaldo.

Uma das grandes questões sociais que acabou dando espaço também para esta discussão é a crise do Judiciário, que faz com que conceitos historicamente delimitados e estruturas já conhecidas sejam repensadas a fim de melhor se adequarem a realidade social que se vive.

Visto isso, revisitam-se conceitos como a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição, para melhor entendê-los e verificar de que forma eles se encaixam na atualidade, na qual se busca uma expansão do acesso à justiça e da pacificação social não somente através da justiça estatal.

Destarte, analisa-se os magistrados como função essencial da justiça não somente em seu papel adjudicador e emissor de sentenças, mas também como importante ator inserido em uma democracia, devendo ter um papel mais ativo, interventivo, fiscalizador e conscientizador, não se atendo completamente aos ditames estritos da legislação, como já foi no passado.

A metodologia adotada para que se procedesse à presente pesquisa consiste em pesquisa de natureza aplicada, hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, tendo sido utilizadas fontes diversificadas do tipo primária e secundária (v.g., legislação e doutrina), e em cima destes uma análise descritiva e exploratória acerca do tema.

A execução desse trabalho dá-se em quatro partes. Na primeira, explica-se os conceitos de conflito, de que forma o Estado e o Direito surgiram para pacificá-los e organizar a sociedade, bem como o papel jurisdicional e a questão da crise do Judiciário. Na sequência, busca trazer ao leitor a questão do acesso à justiça, seu surgimento, sua contextualização nos dias atuais, bem como aspectos que obstam a ele e de que forma ele se observa na realidade fática brasileira. Seguindo, destrincha-se o conceito de Justiça Multiportas e dos métodos adequados de solução de conflitos. Por fim, a última parte traz uma visão voltada ao magistrado inserido em todos estes supracitados âmbitos, inclusive legislativamente falando, e destacando o papel dos juízes.

2. CONFLITOS E JURISDIÇÃO

Inicialmente, deve-se ressaltar que o conflito é consequência natural da sociedade. Um vez que existem indivíduos que são levados a estar compartilhando uma convivência, que esses indivíduos possuem interesses próprios e que muitas vezes esses interesses acabam indo de encontro uns aos outros, nascerão embates que são comumente chamados de conflitos. Estas disputas podem dar-se entre pessoas, entre grupos, ou até mesmo com organizações e instituições.

No entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p 33):

O adensamento populacional, o caráter finito e conseqüente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas.

Dessa forma, observa-se que existem muitos fatores que contribuem ativamente para o aumento das querelas, fatores estes que estão em uma tendência crescente na atualidade. A população se multiplica, o ser humano utiliza tudo que tem disponível no mundo de forma irrazoada, as desigualdades se escancaram cada vez mais, e com tudo isso os conflitos evidenciam-se, bem como sua complexidade.

Encarando o conflito como algo precipuamente inevitável, mas que pode trazer e traz grandes questões, faz-se necessário analisar de que forma ele poderá ser percebido para evitar que seus danos sejam maiores. Apesar de toda tensão que é criada com sua existência, não é impossível repensar a controvérsia de forma a encará-la como algo positivo, da qual irão surgir novas possibilidades, fruto do embates entre as vontades.

O Direito surge então na sociedade para atuar em um papel de ordenação, de maneira a orientar os interesses sociais, contribuir para a composição dos indivíduos e solucionar as possíveis lides que surgirem das relações. O Estado assume o papel de solucionador de conflitos, de forma que é dele a responsabilidade de determinar como se dará a aplicação do direito nestes embates, o que se chama de jurisdição, exercida por atores específicos, os magistrados. Esta atuaria através da provocação dos interessados, os quais estão submetidos a ela, iniciando-se um processo de busca da verdade dos fatos ou do direito através do certame entre as partes, sendo por fim levada a análise desse julgador.

Compete assim ao Poder Judiciário essa função de distribuição e aplicação da justiça contida no ordenamento jurídico de países com tripartição de poderes, como o Brasil. E essa competência de determinar a resolução é reiteradamente atribuída ao Estado, pela quantidade

gigantesca de conflitos que se apresentam na atual sociedade, conforme preceitua Petrônio Calmon (2008, p. 25).

No entanto, há controvérsia acerca dessa compreensão. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 54), sociologicamente analisando, atualmente o Estado não teria mais o domínio exclusivo da criação e determinação do direito, pois, ainda que dominante, o direito advindo do Estado coexiste com outras formas de juridicidade que com ele se articulam.

Nesse sentido, existe uma compreensão errônea difundida acerca da inafastabilidade da prestação jurisdicional, princípio este contido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esta conjuntura favorece a permanência da cultura de conflitos vista de maneira negativa. Uma vez que grande parte dos indivíduos ainda acredita que toda querela deve ser levada para ser resolvida pela via judicial, e tal via sendo limitada em relação a pacificação efetiva dos litígios, há um distanciamento de outros modos de se solucionar as questões, alternativos à jurisdição estatal direta.

Cabe ressaltar a visão de Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 165) acerca da natureza da jurisdição:

[...] a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Portanto, vê-se que eles acreditam na jurisdição como sendo exclusivamente estatal, o que não excluiria a possibilidade de haver solução de conflitos de maneira extrajudicial. Dessa forma, aos autores, o sistema processual e todo o seu arcabouço material seria criado justamente para exercer tal poder, que teria como propósito a pacificação social e a busca da justiça, que trariam satisfação e felicidade aos indivíduos.

Observa-se, ainda, um esforço conjunto para expandir cada vez mais o alcance dessa jurisdição às pessoas, independente de classe social, condição financeira, conhecimento técnico de direito, a fim de que todos possam ter a tutela de seus direitos, maximizando o que se conhece como acesso à justiça e que será melhor destrinchado em tópico próprio deste tomo.

Ademais, esta expansão acarreta em uma “judicialização do cotidiano”, nas palavras de Mancuso (2009, p. 9-36), na qual litígios que poderiam e deveriam passar por

determinados filtros e determinado amadurecimento antes de serem colocados nas mãos do Judiciário, muitos que são de baixa expressão financeira e pouca complexidade, são indiscriminadamente judicializados, numa conexão direta entre as controvérsias e o fórum.

Tudo isso leva a uma conhecida questão que é a sobrecarga do Poder Judiciário, dos seus serviços, dos juízes e dos tribunais. Há uma tendência de exaurimento da capacidade de se solucionar efetivamente os problemas justamente causada por essa superlotação de lides a serem resolvidas. Os serviços da justiça tendem a ficar mais burocratizados e a não atender a todos, os juízes têm menos tempo para se debruçar sobre as questões e argumentos, prejudicando sua análise, os tribunais acumulam recursos e demandas de competência originária pro não terem capacidade para lidar com a grande quantidade.

Ver o Estado como primordial ou como única forma de alcançar a composição de interesses conflitantes, e não como uma *ultima ratio*, uma reserva de ação, vertente reducionista defendida por Mancuso (2009, p. 9-36), acarreta essa situação. Luiz Fux (2014, p. 67), também nesse sentido, entende que “o acesso à jurisdição deve ser excepcional, haja vista que, numa sociedade harmônica, o ideal, mercê do cumprimento espontâneo do direito, é a própria autocomposição, que otimiza sobremodo o relacionamento social”.

Dessa forma, compreende-se que o Judiciário, no qual já se abarrotam uma infinidade de lides e tende-se a receber mais, deve ser entendido como um receptor e um guia relativo aos indivíduos que nele buscam solucionar suas querelas, não como o único solucionador possível, mas como um identificador da natureza e os detalhes dos casos que chegam para dar o correto tratamento, seja ele jurisdicional ou não.

Além disso, deve-se ainda buscar um empoderamento da sociedade relativo ao controle de suas demandas, uma vez que o poder de decisão advindo deste conhecimento contribui para a pacificação das relações de uma forma mais duradoura. Contra isso, ainda existe uma estrutura muito formalista, com excesso de burocratização nos procedimentos e atores e ambientes intimidadores, fatores que estão sendo combatidos paulatinamente por diversas frentes, visando a reforma do Judiciário.

Tal reforma perpassa não somente por modificações da letra da lei, como também por mudanças significativas de cultura, abrangendo a formação dos operadores do direito, principalmente daqueles que tem poder decisório mais elevado dentro do processo, bem como a própria mentalidade e conscientização da população em geral. Exige-se, portanto, que haja uma cooperação de aspectos a fim de que o sistema possa de fato ser positivamente influenciado pelas mudanças pretendidas.

A crise do Poder Judiciário traz à tona justamente essa movimentação e reanálise de estruturas que antes estavam estagnadas em busca de renovação. Revisitam-se conceitos historicamente construídos a fim de que se possam ser adaptados para a moderna realidade dos conflitos, na forma que eles estão se apresentando na sociedade, bem como o que eles exigem para ser melhorados.

Ganha destaque então a discussão acerca da Função Social do Poder Judiciário, que ao invés de se apresentar meramente como um solucionador, expande sua atuação para além do processo e de todo o arcabouço que o envolve, passando a responder de forma mais completa os anseios dos jurisdicionados.

Ademais, tal função social também tem o condão de transformar a percepção do conflito, ressignificar a forma que se encara a dissonância dos interesses, para vê-la não como um fator de desagregação e separação, e sim como motivo para construção e possível evolução de paradigmas e modificação de comportamentos. E isso só se dá com uma abordagem correta e adequada destas questões.

Conforme aduz Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 3):

O estudo do direito processual a partir da análise de um campo específico da realidade social deve determinar a melhor resposta processual para a crise de direito em jogo. Isso significa examinar os conflitos que existem na sociedade, para chegar à tutela processual adequada. E como tutela processual adequada, em última análise, se perfaz por intermédio do procedimento adequado, nesses trabalhos o procedimento assume uma nova dimensão, sendo, ao lado do processo, instrumento para o atendimento da pacificação. Falamos em tutela processual e não em tutela jurisdicional, por que, assim a jurisdição hoje, em nossa visão, não se restringe à estatal e à arbitral – abrangendo os meios consensuais de solução de conflitos – ela é sobretudo garantia do acesso à justiça.

Além disso, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 116) enuncia que toda a acepção relativa ao processo civil, sua ciência e métodos, aplicados à realidade fática, só existe por causa dos conflitos entre pessoas e grupos. Sua visualização como estratégia de pacificação está fundada nas crises jurídicas sociais e nela ganha legitimidade social e política a fim de proteger os interesses nacionais. Dessa forma, “todo o discurso sobre o acesso à justiça, seja mediante a tutela jurisdicional de que se encarrega o Estado ou por obra dos meios alternativos [...], insere-se na temática dos conflitos e da busca de soluções. “

Portanto, há de se entender que conflitos são intrínsecos à sociedade, estão historicamente submetidos ao poder do Estado, mais especificamente, à jurisdição executada pelo Poder Judiciário, mas que tal conformação tem sido insuficiente para atender os pleitos sociais. Esta situação demanda uma reforma estrutural e cultural, a fim de estender a capacidade de dar respostas adequadas a cada tipo de questão, conseqüentemente repensando

a função primordial do Judiciário. E tudo isso tem como objetivo final a pacificação social por meio do acesso à justiça, o qual será melhor explicado no próximo tópico.

3. ACESSO À JUSTIÇA

A justiça é um tema de alta complexidade e relatividade, pois sua análise terá uma acepção diferente para cada período e para cada civilização que está em foco. Até mesmo individualmente cada pessoa possui um entendimento próprio do que seria essa justiça, sendo este influenciado por crenças, por experiências e por ensinamentos que são adquiridos ao longo da vida. O que determinará de que forma ela é compreendida para a coletividade são as questões vividas por esta e as formas encontradas para dirimir tais questões.

O Direito, como falado anteriormente, vem justamente nesta toada de garantir a justiça social, realizando seu objetivo por meio da aplicação da jurisdição. É importante fazer uma distinção entre a justiça e a jurisdição, conforme delineado abaixo:

[...] a justiça é um ideal de equidade e de razão, é um sentimento, uma virtude, um valor. A jurisdição é uma das funções da soberania do Estado, consistente no poder de atuar o Direito objetivo, compondo os conflitos de interesse, resguardando a ordem social. (BARBOSA, 2003, p. 52)

Dessa forma, ainda que os conceitos não se confundam, eles se aproximam, pois a ordem social deve estar baseada em um ideal de justiça resguardado no ordenamento jurídico e nos costumes da sociedade.

Uma vez que a justiça é plural, o acesso à ela igualmente será um tema amplo e em constante modificação. Desde os primórdios da evolução social observam-se formas de tentar alcançar o que se entende por justiça, seja de forma pacífica, por autocomposição, de forma contenciosa, pela autotutela, ou ainda de forma impositiva, pela jurisdição estatal.

Ainda que o acesso efetivo à justiça seja cada vez mais visto como um direito social fundamental na sociedade moderna, tal “efetividade” é um tanto vaga. No âmbito de um determinado direito material, a eficácia perfeita pode ser exprimida como a garantia de que o ato final depende apenas do mérito jurídico do contraditório exercido pelos lados da relação, e nada tem a ver com diferenças extrajurídicas que possam alterar de alguma forma o interesse em jogo. Claro, essa igualdade perfeita é ilusória. As diferenças entre as partes nunca podem ser completamente resolvidas. O ponto é entender a limitação do avanço nessa ilusão e quais são as consequências disso.

O acesso à justiça tem sido compreendido de forma cada vez mais garantista, conforme afirma Bobbio (1992, p. 25):

Não adianta só reconhecer direitos ou declará-los formalmente. O mais importante atualmente é definir como efetivá-los, como garanti-los, evitando que sejam violados continuamente. Essa efetivação constitui a problemática do acesso à justiça, novo método de pensamento que confere à ciência jurídica uma nova dimensão conceitual e impõe uma revisão completa nos modelos clássicos de enquadramento conceitual e metodológico.

Este conceito não se define como apenas o reconhecimento do processo perante uma corte. Para que seja efetivo, deve-se permitir, de forma mais extensiva possível, a demanda e a defesa condizentes, bem como não deixar de resguardar causas de menor monta, direitos coletivos, entre outros casos. Urge garantir o acesso aos tribunais, mas essencialmente das a possibilidade aos cidadãos da garantia de direitos e interesses legalmente tutelados através de um ato de jurisdição.

É necessário ressaltar que deve-se aprofundar o conhecimento sociojurídico, uma vez que há uma discussão relativa a protagonismo judicial, analisando-se de que forma ele se relaciona com o funcionamento de toda a manifestação do sistema judiciário e contencioso, da identificação de possíveis litígios e o modo que eles se apresentam no dia a dia, o importante papel da educação jurídica no cultivo de profissionais do direito, e por fim, como a democracia e seu arcabouço judiciário aproximariam o indivíduo do Poder Judiciário em si.

Com esse fito, entre os anos de 1960 e 1970 deu-se início a um estudo intitulado Projeto Florença¹, com o objetivo de levantar questões relativas a este âmbito de acesso à justiça, que teve abrangência mundial com a participação de diversos países e de especialistas em vários campos das ciências, como a sociologia, psicologia, antropologia e o direito. Tal estudo comparado realizou-se por meio de inquirições acerca da experiência relativa ao acesso à justiça dentro dos sistemas judiciários de cada nação, e por fim deu origem a um relatório, o “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective - A General Report*”.²

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os idealizadores da pesquisa, identificaram as barreiras principais do acesso à justiça, quais sejam: custos processuais (como os honorários advocatícios), hipossuficiência financeira ou de conhecimento de uma das partes, lentidão no processamento das demandas e defesa tanto dos direitos difusos quanto dos direitos coletivos.

Ademais, trouxe também as três ondas renovatórias do acesso à justiça, sendo a primeira a assistência judiciária gratuita a hipossuficientes, a segunda a tutela de direitos e interesses coletivos e difusos (como o meio ambiente) e a terceira a expansão do que

¹ o panorama histórico relativo a este projeto pode ser encontrado em <https://globalaccessjustice.com/historical-background/?lang=pt-br>. Acesso em mai/2022.

² Acesso à Justiça: O Movimento Mundial para Tornar os Direitos Efetivos - Um Relatório Geral (tradução livre)

acreditava-se ser o próprio conceito de acesso à justiça com uma ressignificação que envolvesse outros métodos adequados de processar e prevenir os conflitos na sociedade moderna.

O relatório trouxe uma visão muito importante para o direito como um todo, sendo de enorme referência para a comunidade acadêmica, dando destaque que antes não havia à temática específica do acesso à justiça e trazendo um enfoque nela como linha de estudo.

Desde então, muito se modificou, seja de forma autônoma, seja por influência e intermédio do resultado do estudo. Porém, tal evolução e mudança ainda devem ser visualizadas de forma abrangente, nos moldes que foi o Projeto Florença, uma vez que, devido à expansão da comunicação e da informação na realidade em que se vive atualmente, isso torna-se mais realizável. Tal situação gera uma dificuldade em progredir ainda mais nesse campo, na busca de futuras transformações.

Atualmente, passa-se por mais um ciclo de expansão e contração do modelo de assistência jurídica. No entanto, tal movimentação não advém somente de países com altos níveis de desenvolvimento econômico, pois muitos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, encontraram experiências e perspectivas inovadoras, desencadeando novidades positivas e negativas no que tange ao movimento de acesso à justiça global. As filosofias, modelos e tecnologias desenvolvidos nos países hoje são extremamente diversos e às vezes contraditórios, mas começam a surgir temas comuns e novas tendências estão no horizonte.

Portanto, deu-se início à um novo estudo, intitulado “Global Access to Justice Project³, justamente para preencher esta lacuna de informações acerca de países mais periféricos, bem como de atualização das informações e das tendências que despontaram durante todos estes anos.

3.1 Obstáculos do Acesso à Justiça

As barreiras jurídicas ao acesso à justiça enunciadas por Cappelletti e Garth são aquelas que existem em áreas processuais, como a exigência de advogados e o consequente pagamento de honorários e custas em geral, a deficiência das estruturas processuais que auxiliem às partes que são menos informadas e preparadas, a ausência de uma assistência

³ Projeto Global de Acesso à Justiça” (tradução livre), que pode ser encontrado em <https://globalaccesstojustice.com/>. Acesso em mai/2022.

jurídica mais preventiva relativa aos direitos difusos, entre outras questões. Grinover (2008, p. 72) delinea:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente.

A entrada de uma ação judicial para resolver um conflito envolve custos financeiros elevados ao jurisdicionado, como honorários de advogado, consultas, produção de provas, gastos com cartórios e seus emolumentos extremamente burocráticos e com preços elevados, a expedição de certidões, entre outros. Em causas que tenham maior demora na justiça ou que tenham menores valores, tais custos ficam ainda mais relevantes e problemáticos, neste caso pelo baixo custo-benefício e naquele por ter que suportar todo o período do causídico.

Ainda, a questão do auxílio no que tange ao conhecimento das partes, tem-se que considerar que permanece uma ausência de instituições que foquem na prevenção e conscientização da população acerca de seus direitos, não somente para buscá-los na seara judicial, como também extrajudicialmente.

Por fim, os direitos da coletividade também apresentam-se como entraves do acesso à justiça, pois exigem determinada organização para que sejam demandados e efetivamente alcançados, e a legitimidade de tal ação muitas vezes não é conhecida ou colocada em prática.

Há também obstáculos não jurídicos, como questões políticas, sociais, psicológicas e culturais. Merece destaque a questão em torno da formação dos profissionais do direito, com vistas ao ensino e aprendizagem voltados à resolução contenciosa de conflitos de interesse. Existe ainda uma tendência de que a formação acadêmica do profissional jurídico volte-se quase que completamente à adjudicação e ao processo judicial, relegando um status secundário à disciplinas voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos.

Dá-se um peso gigantesco à sentença proferida pelo representante estatal e tudo que gira em torno dela, sendo este o enfoque durante quase toda a graduação, sendo que o certo deveria ser entender a questão maior da solução do conflito como objetivo final, dando mais importância aos interesses dos conflitantes, à sua participação na resolução e aos pormenores e circunstâncias específicas de cada caso.

Conforme preleciona Kazuo Watanabe (2005, p. 6), tal modelo está arraigado nas Faculdades de Direito nacionais, bem como ainda é o modelo que mais se exige do

profissional de direito inserido no mercado, especialmente no que tange às principais áreas, quais sejam: advocacia, Ministério Público, procuradorias públicas e magistratura, o enfoque principal deste trabalho.

Para tentar modificar esta realidade, o Conselho Nacional de Educação editou a Resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2018⁴, que foi homologada pela Portaria nº 1.351 de 2018 do Ministério da Educação, resolvendo que uma das garantias asseguradas por qualquer curso de graduação em Direito deveria ser o “ domínio das formas consensuais de composição de conflitos“ (Art. 3º, caput), bem como atender a perspectiva formativa técnico-jurídica teórico e prática relativa a “Formas Consensuais de Solução de Conflitos” (Art. 5º, II) e ainda dar ênfase em todas as perspectivas formativas à “resolução de problemas” (Art. 5º, §1º).

Via de regra, no sistema de justiça, a formação dos profissionais do direito tem impacto significativo nas condições de tratamento dispensado aos conflitos. Portanto, os métodos de ensino devem destacar cenários autocompositivos, apoiando-se em modelos que efetivamente desenvolvam habilidades e competências, e não apenas sensibilizar os graduandos para a relevância de mecanismos de consenso para a resolução de conflitos.

Nesta toada, o papel dos operadores do direito deve ser a cura dos conflitos humanos, promovendo mecanismos que tenham a maior celeridade possível, com resultados efetivos e mínimo de custos, sejam eles financeiros, sejam eles de desgaste dos indivíduos e das relações, e com isso alcançaria-se a justiça.

Passa-se então a analisar esta cultura social voltada à sentença como entrave. A expressão “acesso à ordem jurídica justa” foi muito bem delineada e difundida por Kazuo Watanabe (2011, p. 684-690), cite-se:

[...] o princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5o, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania! e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.

⁴RESOLUÇÃO Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências.

Dessa forma, aos cidadãos deveria garantir-se que, uma vez que fossem confrontados com conflitos de interesses quaisquer, pudessem encontrar no Poder Judiciário uma orientação adequada à sua situação, e não somente uma porte de entrada para processos. E além disso, o próprio direito de atenção à querelas jurídicas que os impeçam de exercer seu papel social, como o acesso a documentos.

Tal ordem jurídica justa iria diretamente de encontro a ideia da cultura de sentença também explicada por Watanabe (2005, p. 7), a qual está ainda muito arraigada na sociedade, prevalecendo o contencioso puro e simples, ao invés da busca pelo diálogo, pela negociação e pela autocomposição. A Justiça, que deveria ser um dever coletivo, fica sendo exigida e esperada somente daquele responsável por emitir a sentença, como se esta fosse uma panaceia para todos os problemas encontrados na sociedade.

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 25), defensor da instrumentalidade do processo, afirma que o “aprimoramento do sistema processual é premissa indispensável nos estudos e propostas pela efetividade do processo”. Destaca, assim, a busca pela resolução da querela para pacificação social, e não unicamente para servir à perfeita subsunção à letra da lei no que tange ao processo, dando ênfase à efetividade e a utilização do processo como meio para alcançar os direitos dos jurisdicionados litigantes, e não como fim em si mesmo.

3.2 Acesso à Justiça no contexto brasileiro

Ainda que o Brasil não tenha participado dos estudos de Cappelletti e Garth na ocasião do Relatório de Acesso à Justiça, observa-se que muito do que lá estava aplica-se a realidade brasileira, demonstrado diversos enfoques da experiência real com o Judiciário brasileiro e também pontos de melhoria.

Boa parte das questões foi contemplada na Constituição de 1988, mais muitas ainda ficaram pendentes de reforma e de mais atenção por parte do poder público. O próprio art. 5º, XXXV traz essa tentativa de garantir a universalidade da jurisdição, porém, se interpretado de forma errônea (como por muito tempo foi), faz com que se pense que tudo deve ser judicializado, sem restrição alguma. Mancuso (2009, p. 9-36) traz essa ideia, ao delinear a percepção equivocada de ver

o Judiciário um 'guichê geral de reclamações', receptivo a todo universo de interesses contrariados ou insatisfeitos que grassam ao interno da coletividade. Por essa concepção aberta e, até, banalizada, a resposta judiciária aparece franqueada, sem qualquer filtro ou qualquer outro cuidado, a toda pessoa física ou jurídica de direito privado ou público, que agite um histórico de dano sofrido ou temido.

Em 2004, buscando-se uma reforma do Judiciário nesse sentido, cria-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da Emenda Constitucional 45/2004⁵, órgão esse responsável por um controle administrativo do Poder Judiciário e verificação de dados e estatísticas referentes a atuação dos magistrados. Ademais, ele tem o condão de unificar as atuações e gestões esparsas dos tribunais do país em um sistema de justiça, de maneira a uniformizar as ações a fim de alcançar mais plenamente o acesso à justiça. Era necessário trazer essa racionalização e sistematização dos procedimentos para que houvesse uma evolução nesse aspecto.

Uma das atuações mais relevantes do CNJ foi a publicação de um estudo chamado Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009, que fez uma análise de diversos aspectos, como o “panorama dos conflitos vivenciados, das soluções buscadas e das instituições responsáveis por elas”, “A demanda social pela solução de conflitos e a questão do desalento”, “Responsáveis pela solução dos conflitos e o grau de resolutividade das instituições de pacificação de conflitos”, “Desconhecimento como causa das desigualdades no acesso à Justiça”, entre outros. Nota-se uma semelhança latente entre os âmbitos que foram delineados como indicadores para análise e as questões levantadas por Cappelletti e Garth em sua obra.

Além disso, anualmente este órgão compila dados estatísticos para publicação em um relatório intitulado “Justiça Em Números”, a fim de fazer o monitoramento da litigiosidade nacional, buscando informações sobre estrutura, gestão judiciária, possíveis gargalos de eficiência, entre outras.

Em 2010, o CNJ publicou a Resolução nº 125/2010⁶, após análise dos dados coletados no panorama supracitado, de forma a dar um encaminhamento às questões suscitadas. Esta resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamentos de Conflitos, e suas orientações e determinações serviram para impulsionar o Poder Judiciário no caminho da Justiça Multiportas, e com isso proporcionar e tornar mais facilitado o acesso à justiça no contexto brasileiro.

⁵ Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

⁶ Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

4. JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS *ADR*

Observando o que foi proposto por Cappelletti e Garth em sua terceira onda renovatória, bem como as novas tendências de resolução de conflitos mundial, desenvolveu-se uma necessidade maior de fazer uma adaptação do que se entendia por processo a cada forma de querela que se apresentasse para resolução e de surgissem institutos efetivos para buscar tal resolução.

Em 1976, o professor de Harvard Frank Sander entrega um artigo intitulado “*Varieties of Dispute Processing*”, ou “Variedades de Processos de Disputa” em tradução livre, na conferência de Roscoe Pound, encontro nomeado em homenagem a um antigo reitor de Harvard que defendia o direito como uma espécie de engenharia social, a qual o operador do direito se utilizaria para resolver as questões sociais.

Nesta conferência, Frank Sander fez um discurso no qual trouxe a noção da “*multi-door courthouse*”, ou tribunal de múltiplas portas em tradução livre, que seria um modelo de variedades de resolução de disputa que já era utilizado em diversos locais dos Estados Unidos. Esta nova técnica de enxergar o sistema de justiça traria mudanças que levariam a redução de litígios e a superação de formas de disputa únicas.

No seu artigo, Frank Sander (1976) delinea:

Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos - solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado “resolver” disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas (tradução livre)⁷

É válido ressaltar que o Sistema de Multiportas trazido pelo professor em sua defesa é intrinsecamente ligado ao Poder Judiciário, ou “*court-connected*”, conectado à corte em tradução livre, uma vez que viria para tornar mais completa a ingerência do Judiciário relativa aos conflitos.

⁷*We lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution. We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only – dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to “solve” racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential therefore to examine other alternatives.*

Tem-se que tal sistema deve ser conectado à corte porque a cultura de resolver os litígios ainda é precipuamente de levá-los ao Judiciário, dessa forma, as multiportas devem estar no Judiciário. Com o tempo, com a absorção e entendimento da cultura de forma mais expressiva, não vai mais haver a necessidade intrínseca da resolução passar primeiro pelo crivo do Judiciário, visto que as pessoas terão alternativas a isso.

Traz portanto a ideia de “*Alternative Dispute Resolution - ADR*”, ou métodos alternativos de solução de disputas, em tradução que posteriormente verificou-se não ser a mais correta. Tal expressão, de acordo com o New York State Unified Court System⁸, tem relação com as diferentes formas que as pessoas podem resolver suas disputas sem um julgamento, incluindo a mediação, a arbitragem, e a avaliação por um terceiro imparcial, os quais geralmente são confidenciais, menos formais e menos estressantes que os procedimentos tradicionais das cortes (tradução livre).

Acerca da resolução dos litígios, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p.45) aduzem:

Abrem-se agora os olhos, todavia, para todas essas modalidades de soluções dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

Estes meios de solução levam em seu bojo o objetivo primordial de suscitar uma justiça restauradora, remediando dos e sofrimento das partes envolvidas. Tal questão baseia-se na premissa de que, em muitos desses contextos, tem-se um interesse em continuar com as relações, situação que exige algo do sistema de justiça tradicional que talvez ele não seja capaz de oferecer, e que faz com que se deva procurar em outras formas, mais reparadoras e menos formais, a fim de satisfazer as pretensões (CALMON, 2008, p.151).

Portanto, são entendidos como equivalentes jurisdicionais, que são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. São assim denominados equivalentes porque, não sendo jurisdição estatal direta, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas. Os principais exemplos são a autotutela, a autocomposição, arbitragem e o julgamento de conflito por tribunais administrativos (solução estatal não jurisdicional de conflitos) (DIDIER JR.2015, p.164).

Na prática, o tribunal multiportas adentra o contexto conflituoso após uma avaliação do litígio por um profissional que entenda de conflitos e de soluções, como um negociador, um mediador, um árbitro ou, como defendido por este trabalho, um magistrado. Tal análise

⁸ presente em http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em mai/2022.

deve identificar as questões que estão mais latentes na situação, bem como as possíveis questões subjacentes, para que se possa orientar às partes ou aos interessados qual a porta seria a mais adequada à solucionar a demanda. Apesar de ser uma ideia aparentemente simples, não é fácil de se executar pois tal decisão e avaliação exigem largo conhecimento de quem irá fazer.

Condições que irão influenciar criticamente a recomendação ou a determinação do mecanismo de resolução de divergências albergam (GOH, 2007, p. 8):

- a) Interesses, perspectivas e posições relativas das partes;
- b) Natureza e consequências da violação alegada e do aumento do conflito;
- c) O enquadramento da eficácia, custo, credibilidade e no desenvolvimento do mecanismo proposto;
- d) A importância do desenvolvimento do caso.

Cada um desses aspectos será de grande relevância para análise, e exigem habilidades, competências e sabedorias específicas para sua correta interpretação. Há a necessidade de se remendar as situações que aparentemente causaram rupturas, devido às divergências, a fim de que se possam retornar a um estado de coexistência pacífica entre os indivíduos ou entre os grupos que possuem relações complexas e duradouras.

Conforme falado anteriormente, após um certo tempo, entendeu-se que a correta tradução para o termo *Alternative Dispute Resolution* não seria métodos alternativos, e sim métodos adequados, visto que a alternatividade traria uma noção de secundarismo dos métodos, ou seja, ou que deveria tentar-se primeiro a solução adjudicada e, caso esta não funcionasse, pudesse recorrer a outras formas de resolver, ou mesmo que as soluções trazidas por estes métodos fossem menos importantes ou menos fortes que a sentença. Na realidade, a adequação é muito mais compatível com o tribunal multiportas, uma vez que cada conflito tem seus pormenores e, de acordo com estes, pode-se escolher uma via que se conforme melhor ao problema e a tática de se solucionar.

É possível ressaltar que, destacando um contexto real nesta análise, a pandemia da COVID-19 trouxe ainda mais ênfase para os métodos adequados, pois muitos conflitos surgiram ou foram exacerbados e a forma que se buscava antes para solucioná-los ou estava indisponível ou não traria uma solução em tempo hábil. Muitas adequações tiveram de ser feitas para garantir que o acesso à justiça não fosse inviabilizado pela situação fática vivida, passando boa parte delas pelos métodos autocompositivos, em detrimento da judicialização. Dessa forma, exigiu-se também um preparo dos próprio operadores de direito para esta nova realidade, que ainda que esteja voltando ao normal, nunca será a mesma de outrora.

Indiscutivelmente, as estruturas contemporâneas devem ser reconsideradas na teoria geral do processo, a fim de reunir juristas e sociedade, meios judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos. É necessário que se faça uma reanálise de determinados âmbitos do direito processual civil, como a questão do interesse de agir pela via da adequação, visto que é justamente esta condição da ação que dá azo para que os litígios sejam bem observados e encaminhados antes de serem judicializados.

Resta como papel do operador do direito a superação desse pensamento limitado da cultura de sentença para que se possa instrumentalizar a resolução das controvérsias face ao novo pensamento de tribunal multiportas de Frank Sander e de ondas renovatórias de acesso à justiça de Cappelletti e Garth.

4.1 Autotutela

Por meio da autotutela, os indivíduos resolvem os conflitos impondo sua própria força, sendo assim um embate para se sobressair o mais forte e perder o mais fraco. Ganha-se a vantagem aquele que seja potencialmente mais robusto, e portanto, seu interesse é o que predomina na situação. Esta abordagem é muitas vezes contrariada pela ideia de ressaltar a violência e sacrifício de uma das partes no processo. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 42): “encarando-a do ponto de vista da cultura da presente fase da civilização dos povos, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.”

Este instituto primitivo era típico das sociedades antes da interferência estatal, seja por ausência do que se entende por Estado, seja na época em que este ainda não tinha imposição suficiente ante às relações. No entanto, pode-se observar ainda hoje uma certa espécie de autotutela permitida pelo Estado, como a legítima defesa expressa no Código Civil⁹ e a legítima defesa do Código Penal¹⁰. Não é a autotutela vista nos primórdios da civilização pois esta tem um respaldo estatal para que aconteça, bem como possui limites, inclusive sendo penalizada caso esses limites sejam ultrapassados, configurando possível crime previsto também no Código Penal¹¹.

⁹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; (BRASIL, 2002)

¹⁰ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:[...]

II - em legítima defesa; (BRASIL, 1940)

¹¹ Exercício arbitrário das próprias razões: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite[...] (BRASIL, 1940)

Dessa forma, mesmo que seja um método de resolver conflitos, dificilmente irá se aplicar em alguma situação como sendo o mais ideal, salvo raras exceções. Ainda assim, cabe o seu destaque, para compreensão e também para desestímulo do uso.

4.2 Autocomposição

A autocomposição utiliza-se do diálogo para a prevalência de interesses mediante um conflito. Dá-se mais importância à autonomia da vontade dos indivíduos, a como aquela situação irá afetar a relação das partes no futuro, à busca de opções e alternativas para melhor atender os interesses, incentivando a colaboração para chegar em um ponto comum que seja satisfatório, e sem a interferência direta ou a determinação de um terceiro.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 42) explicam tal técnica da seguinte maneira:

São três as formas de autocomposição, as quais sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis: a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais - no sentido de que dependem da vontade e da atividade de um a ou de ambas as partes envolvidas (nesse caso, solução consensual de conflitos).

Por conseguinte, não existe somente uma forma de encontrar resposta para aquela querela que está posta, e por meio da autocomposição diversas respostas vêm a tona e são possíveis de serem seguidas, devendo os conflituosos, em comum acordo, selecionar qual seria a melhor para aquele momento e para ambos. Diferentemente do que ocorreria em um processo heterocompositivo monista, no qual o terceiro encarregado de determinar a solução através de uma adjudicação, seja ela judicial ou extrajudicial, só julga de uma forma, que é a que prevalece, e ainda que seja reformada posteriormente, mantém-se como solução única.

Cabe ressaltar, no entanto, que para que as soluções sejam atingidas com sucesso pelos meios autocompositivos, as demandas que estejam em discussão devem ser disponíveis em alguma medida, seja por inteiro ou parcialmente, contanto que a parte debatida tenha essa capacidade, portanto, seja passível de transação.

Tais métodos consensuais acima delineados devem ser cada vez mais estimulados e vistos como ferramentas indispensáveis para os operadores de direito, independente de sua seara e de sua função, os quais precisam ter contato com isso para que entendam e tenham a capacidade de aplicar de forma tecnicamente adequada.

4.2.1 Negociação

A negociação consiste-se em um método de resolução no qual as partes, seja de forma direta, seja através de advogados, ou até mesmo contratando negociadores profissionais, dialogam de forma ordenada para chegar em um consenso. Não há, portanto, a presença de uma terceira figura facilitadora na relação, ela é apenas uma reta, e não um triângulo, como os outros modos. Para melhor definição, veja-se o que fala Calmon (2008, p.113) sobre o tema:

É uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão), é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se, então, de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade.

Utiliza-se, portanto, de técnicas de convencimento e pode ser que haja uma certa determinação de como ela irá acontecer, momento oportuno, ordem de fala, continuidade ou suspensão, entre outros aspectos. Ademais, por ser algo inerente do ser humano, também pode ocorrer sem nenhuma formalidade, apenas sendo uma consequência natural do surgimento de um dissídio qualquer.

Costuma-se chegar em um acordo final quando ambas as partes estão abertas e dispostas a fazer concessões e a transacionar dentro do processo, mas caso elas não o façam por espontânea vontade, é possível recorrer a um terceiro auxiliador do processo, dando espaço então para as próximas formas de resolução de conflito, quais sejam, a mediação e a conciliação.

4.2.2 Mediação

A mediação é uma forma de solução de conflitos na qual um terceiro imparcial, escolhido como mediador, conduz o procedimento por meio de habilidades específicas, sem julgamento ou qualquer sugestão de solução para a causa, somente facilitando o diálogo entre as partes.

A mediação pode ocorrer tanto judicialmente como extrajudicialmente, pois não há uma exigência de que o terceiro facilitador tenha qualquer vínculo com o Poder Judiciário, somente que ele seja elencado consensualmente pelas partes, caso não possua este vínculo.

No Brasil, tem-se que desde antes dos anos 2000 há um certo movimento legislativo processual que favorece a mediação, e na década seguinte tal estímulo permaneceu, inclusive dando origem a projetos diversos nessa área, como mediação comunitária, mediação civil e até mesmo mediação penal. Porém, somente a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) e da Lei da Mediação¹² (Lei nº 13.140), também de 2015, é que tal prática foi efetivamente institucionalizada.

Fernanda Tartuce (2018, p. 204) afirma que a Resolução nº 125 traz previsões relativas à mediação e à conciliação de forma conjunta, ainda que se entenda que os dois conceitos sejam distintos, além de tratar sobre direcionamentos éticos e principiológicos. Fala também que o CPC delinea especificamente acerca da atuação do mediador, e de quando irá se tratar de uma mediação: de preferência, quando houver vínculo prévio entre as partes e que haja um interesse de continuidade pacífica desta relação, além de questões mais profundas ao invés do que se coloca superficialmente como o conflito em si. É papel do mediador perceber isso e fazer com que as partes também se compreendam mutuamente, sem a obrigatoriedade de um acordo no final, mas sim facilitando o diálogo.

Destacam-se os princípios da mediação, presentes no art 2º da Lei nº 13.140, quais sejam: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Para que um procedimento de mediação tenha sucesso, como afirmado acima, não se exige que se chegue em um consenso perfeito, apenas que tais princípios sejam plenamente observados.

A mediação deve ser uma porta efetivamente considerada devido a sua capacidade de levantar questões emocionais à baila e fazer o devido tratamento delas antes que se proceda a uma decisão, o que não acontece no processo judicial, no qual há apenas a decisão impositiva do magistrado. Portanto, isso traz uma possibilidade maior de que o conflito seja plenamente resolvido, ao invés de apenas remediado superficialmente e temporariamente, enquanto as reais motivações para que ele acontecesse não surgissem novamente.

4.2.3 Conciliação

A conciliação é um método de solucionar demandas na qual um terceiro imparcial, definido como conciliador, conduz o procedimento de diálogo, mas diferentemente da

¹² Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

mediação, este terceiro poderá sugerir possíveis soluções para a querela, não de forma impositiva, mas fazendo a observação e interpretação dos interesses das partes e de possíveis questões que elas ainda não conseguem identificar por si mesmas. Segundo Calmon (2008, p. 150), “O conciliador usa a atividade desenvolvida pelo juiz como espelho, possui uma postura mais ativa em relação ao conflito, pois emite opiniões, aconselhamentos, indicando sua visão sobre a possível decisão judicial, até chegar aos termos do acordo”.

No ordenamento jurídico pátrio, a conciliação não é um método novo, embora não tenha permanecido sempre no direito brasileiro desde que foi introduzida pela primeira vez. A Constituição do Império de 1824 traz em seu texto a sua previsão, nos arts. 161 e 162¹³, de forma obrigatória e prévia ao processo propriamente dito, e realizada pelos juizes de paz, que eram cidadão eleitores, os quais não se exigia formação jurídica ou conhecimento das leis (CAMPOS, 2011). Estes juizes, após algum tempo, começaram a acumular funções gerais de ordem pública, como atribuições policiais, judiciais de menores casos, administrativas e eleitorais. (MOTTA, 2013, p.64-65). No entanto, após algum tempo, tal papel foi esvaziado e delegado a outras funções da justiça, como a própria magistratura, inclusive a função de conciliar.

Após certo tempo, houve uma flexibilização da prática da conciliação, a qual tornou-se facultativa no início da República. Somente durante o período de redemocratização foi que voltou-se a visualizar e a dar importância a esse método, bem como aos demais métodos adequados de solução de conflitos.

Assim como a mediação, a conciliação também pode ser extrajudicial ou judicial. Além disso, estas modalidades podem ser também prévias ao processo ou incidentais. A conciliação resolve as questões durante a audiência, sem que haja produção ou demonstração de provas, unicamente com o que for falado pelas partes naquele momento. É efetiva pois a solução que se chega no final advém das partes, as quais configuram e aceitam seus termos de forma voluntária e pacífica, ao invés de terem algo imposto, sem a sensação de que se perdeu, e sim com a percepção de que houve benefício comum. Tem baixo custo devido à informalidade e a celeridade do procedimento.

A Constituição Federal de 1988 criou a figura dos juizes leigos¹⁴ e a Lei nº 9.099/95,

¹³Art.161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.
Art.162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elege os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Distritos serão regulados por Lei.(BRASIL, 1824)

¹⁴ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; [...](BRASIL, 1988)

Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, orientou a sua ação nestes institutos¹⁵, de forma a concretizar uma maior adesão do público à conciliação e a ajudar os juízes em seu papel jurisdicional. Ademais, tal lei também volta-se bastante ao estímulo da conciliação, determinando uma fase conciliatória prévia e obrigatória aos litigantes que demandarem no juizado¹⁶. Por fim, pode se destacar ainda as tentativas de conciliação nas reclamações trabalhistas presentes nos arts. 846 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).¹⁷

Mauro Cappelletti (2017, p. 732-734) já se manifestou acerca da diferenciação entre conciliação e jurisdição, em relação aos terceiros responsáveis por cada uma, no caso, conciliador e magistrado, respectivamente:

Essa causa consiste no defeito, até mesmo na contradição, de querer unir na mesma pessoa e no mesmo órgão funções de caráter jurisdicional e funções que não são jurisdicionais, porque obviamente a conciliação verdadeira e própria [...] não são de fato funções jurisdicionais. Conciliação e jurisdição consistem bem assim o mesmo problema da realidade, ou seja, o problema da resolução ou composição das controvérsias, mas resta o fato que os modos e os fins da conciliação são assaz diversos dos modos e fins da função jurisdicional. E esta combinação de funções e papéis diversos no mesmo órgão, segundo a análise que pude controlar sobre os dados de vários países dá quase sempre lugar a resultados muito dúbios e geralmente negativos

O autor defende que o magistrado tem como porção limitada de sua atividade, de forma espontânea, uma natureza conciliatória, ainda que sua ação seja impositiva. No entanto, não há como confundir isto com função conciliativa, exercida efetivamente pelo conciliador e que não cabe ser acumulada com a função de juiz, devido a terem diversidades e solicitarem habilidades e atuações diferenciadas, as quais não são comuns de se encontrarem no mesmo órgão ou indivíduo.

4.3. Heterocomposição

A heterocomposição, por sua vez, utiliza-se da adjudicação de um terceiro imparcial, que terá o objetivo de verificar a demanda levada a ele e a partir desta análise dar uma

¹⁵ Art. 7º Os conciliadores e Juizes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. [...] Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação (BRASIL, 1995)

¹⁶ Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei. (BRASIL, 1995)

¹⁷ Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão. (BRASIL, 1943)

resolução, baseada em evidências, aplicação da lei e da jurisprudência e de entendimentos firmados. A heterocomposição pode ser extrajudicial, que é a arbitragem, ou judicial, que é a própria jurisdição estatal.

Há uma predominância da verificação do que já aconteceu, examinando retrospectivamente os fatos a partir do que for trazido pelas partes. Busca-se, com isso, a definição de quem estaria certo e quem estaria errado na situação, uma vez que é necessária uma reparação, e para alcançar esse objetivo pode utilizar de produção de provas, perícias, entre outras ferramentas típicas da ordem processual ou procedimental. Tudo o que for usado para o convencimento e influenciar a decisão final deve estar, de forma transparente, relatado nos atos processuais, ainda que estes sejam sigilosos para o público em geral (ocorre primordialmente na arbitragem e nos processos que correm em segredo de justiça).

Observa-se uma certa formalidade a ser seguida para que os processos heterocompositivos sejam tidos como válidos, mesmo na arbitragem, que é extrajudicial, mas que também terá um rito a ser seguido, que é ajustado pelas partes nas convenções que forem acertadas para tal. Já nos processos judiciais a lei determina praticamente tudo, mesmo que haja uma certa margem para negócios processuais e instrumentalismo na atualidade.

Existe um foco muito maior no terceiro adjudicador, seja ele árbitro ou juiz, do que nas partes, que serão meras peças do procedimento, ponto chave diferencial para os métodos autocompositivos. Visto isso, tem-se que estas portas para solução de conflitos devem ser buscadas quando há menos possibilidade de diálogo entre as partes, sejam por elas serem mais afastadas, ou por serem grandes empresas com rígidas regras, ou ainda por só terem suas pretensões atendidas por meio da judicialização cogente na lei, entre outras limitações.

4.3.1 Arbitragem

A arbitragem é, como já foi dito acima, uma forma de resolução de demandas heterocompositiva, privada, adjudicada por um ou mais árbitros, seguindo os procedimentos pactuados pelas partes e os regramentos particulares específicos aplicáveis, que culminará na sentença arbitral, a qual é equiparada e tem peso de título executivo judicial e irrecorrível. Conforme preceitua Luiz Antonio Scavone Junior (2018, p. 19):

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

Assim como a conciliação, a arbitragem não é um instituto novo no ordenamento jurídico pátrio, pois estava presente no art. 160 da Constituição do Império de 1924¹⁸. Em 1996, ganhou normatividade própria com a Lei 9.307/1996¹⁹, denominada Lei de Arbitragem, sendo o primeiro dos métodos adequados a ter legislação exclusiva regulamentando.

Nelson Nery Junior (1997, p. 1300) defende que a natureza jurídica da arbitragem seria de jurisdição, uma vez que o exercício do árbitro seria de aplicar o direito ao caso concreto para fazer sua análise, tendo como objetivo final uma decisão que busca a pacificação social, decisão e stá com natureza de título executivo judicial. Dessa forma, poderia-se falar da arbitragem como uma jurisdição privada, visto que não é realizada nem promovida pelo Estado, ainda que seja albergada por ele no CPC, em seu art. 3º, § 1º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

A arbitragem é muitas vezes preferida como metodologia de resolução de conflitos por ser muito semelhante à jurisdição estatal mas corrigindo muitos de suas questões, como a morosidade, uma vez que existe um prazo legal e célere para que seja emitida a sentença arbitral em caso de ausência de convenção entre as partes.²⁰ Ademais, ela também é mais especializada do que as cortes, varas e tribunais, pois os conflitantes podem selecionar árbitros que tenham expertise na área do conflito, diferentemente do que ocorre com os magistrados, apesar das subdivisões do Poder Judiciário, que são muito generalistas. Por fim, destacam-se os custos da arbitragem, que ainda que sejam altos, apresentam-se com um custo-benefício superior ao de levar o causídico para a lentidão da resolução no Judiciário.

4.3.2 Jurisdição estatal

Ainda que não seja uma forma alternativa de resolver o conflito, visto que continua sendo a principal forma utilizada, a jurisdição estatal merece destaque por não poder ser excluída como uma das portas possíveis do tribunal. Há muitas questões envolvendo o direito que somente podem ter sua resolução com ações judiciais, ou que sua resolução virá de forma mais adequada através desse meio, como querelas relativas a direitos indisponíveis não passíveis de transação e não patrimoniais, e questões de interesse público.

¹⁸Art. 160. Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. (BRASIL, 1824)

¹⁹ Dispõe sobre a arbitragem.

²⁰ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. (BRASIL, 1996)

Como já falado anteriormente, o Estado, por ter um importante papel de organizador social e de pacificação das relações, precisa dar a possibilidade dos indivíduos terem seus conflitos de interesses apreciados e resolvidos, mas é importante que, mesmo vendo a judicialização como adequada em alguns aspectos, ela também possa ser analisada como *ultima ratio*, a fim de garantir a vontade da lei, mas somente se os demais mecanismos presentes na realidade social falharem nesse aspecto.

Há quem entenda que a jurisdição em sentido amplo abrangeria também a justiça conciliativa, não se restringindo somente ao poder e atuação estatal, estes estando presentes somente se os acordos fossem descumpridos e, com isso, fosse necessário acionar a execução judicial dos títulos adquiridos pelo acordo e sua homologação. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2015, p. 45).

A jurisdição é composta pela delimitação do objeto alvo de litígio, pelas partes as quais irão concorrer por este objeto e pela decisão emitida pelo magistrado, sentença, que deve estar amparada completamente nos ditames da lei, sendo capaz de produzir coisa julgada. (TARTUCE, 2018, p. 65).

Por fim, o maior representante da jurisdição estatal é o magistrado, ele que tem a responsabilidade e o foco de determinar as soluções das demandas, utilizando o poder conferido a ele pelo Estado. No entanto, tal magistrado não possui uma atuação somente na jurisdição estatal, ele também possui diversos papéis no que tange aos demais métodos de solução de conflitos, sejam esses papéis determinados pela lei, pelos costumes ou pela própria natureza de sua atividade, o que será melhor delimitado a seguir.

5. MAGISTRADOS E FUNÇÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA

Os magistrados, como atores principais da jurisdição estatal desde que ela iniciou sua ingerência nas sociedades, têm sua atuação pautada por princípios e determinações legislativas, bem como pela realidade em que estão inseridos. Analisando sua função, tem-se que por muito tempo, ela foi vista como totalmente restrita à aplicação exata da lei no caso concreto do conflito levado até ele, de forma literal, apática e técnica, quando entendia-se que a justiça era apenas a observância da lei em sentido estrito. Assim falava Montesquieu (1973, p. 238-239):

O poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.

Eles eram figuras isoladas do convívio social, por serem considerados de certa forma superiores e tal distanciamento ter o condão de garantir seu posicionamento social e seu efetivo exercício. Dessa forma, um juiz apartado das questões corriqueiras e dos questionamentos sociais favorecia aos ditames dos que controlam as leis, dos que tem acesso às jurisprudências, servindo como enunciadores destas verdades, sem qualquer papel de investigação, criação ou contestação.

A partir do despontamento do Estado Democrático de Direito, principalmente com o fortalecimento da discussão dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário deixou de ser completamente submisso à lei e passou a ter um papel mais interventivo, o que trouxe uma nova orientação aos magistrados, que agora passaram a usar mais a criatividade de interpretação frente ao ordenamento jurídico e aos direitos sociais. (CAPPELLETTI, 1993). Assim, adquirem uma atuação responsável por ajudar a construir e manter a democracia e o bem estar social, essencialmente relativa à garantia de direitos fundamentais passíveis de violação ou descumprimento, conforme enuncia Dallari (1996, p. 85):

Em vez de apenas dirimir conflitos individuais, valendo-se da letra da lei, o juiz passa não só a assegurar direitos individuais, mas também a concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Converte as promessas sociais em realidade. Deixa de ser a boca inanimada da lei e passa a desempenhar nítido papel político. Não político-partidário; e sim como agente corresponsável por assuntos relevantes da nação; voltado à vida social e à realização do bem comum, postura esta indispensável para a preservação e consolidação do Estado Social e Democrático de Direito em sua dimensão mais ampla.

Dessa forma, eles continuam a fazer a interpretação das leis substantivas e adjetivas, no entanto, voltados mais para a concretização de direitos, e não somente pelo fim da aplicação legislativa em si própria. Observam uma adequação da tutela jurisdicional que foi estruturada pelo legislador, e fazem a adaptação desta tutela no caso concreto, levando em consideração para a sua análise o contexto geral de inserção dos direitos.

A sociedade hodierna espera não somente que os magistrados julguem suas questões, mas que possam também pacificar suas relações, não somente através de sua atuação processual individual, como também relativa a políticas públicas. Demanda-se um envolvimento com a realidade que respeite os princípios processuais, mas que também busque a justiça social, dando ênfase ao seu papel ativo de concretizar a paz. O juiz teria uma função social mais voltada para a harmonização, a partir da provocação da jurisdição estatal, mas sempre com proporcionalidade, ética e razoabilidade.

Trazendo uma breve análise de direito comparado, Cappelletti e Garth (1988, p. 77) aduzem que a neutralidade judicial dos Estados Unidos estava sendo fortemente criticada desde o discurso de Roscoe Pound, em 1906. Eles entendem que um juiz mais ativo na realidade atual é um apoio, não um entrave, pois tal atuação teria a capacidade de minimizar as desigualdades dos conflitantes e oportunizar um resultado justo na resolução processual.

Ademais, deve-se ressaltar também a questão dos juízes serem indivíduos, e dessa forma possuírem crenças e experiências específicas, que podem vir a influenciar seus julgamentos e análises. Em uma idealização utópica, tais questões não deveriam afetar o que está inserido no processo, mas é completamente ingênuo achar que não há esta interferência. Nelson Nery Junior (2004, p. 137) já dizia que

exigir a neutralidade em relação aos princípios que decidiu abraçar para a condução de sua vida, bem como das influências que, de forma consciente ou inconsciente, incidem sobre seu modo de pensar e agir, equivale a pedir-lhe que elimine os próprios caracteres humanos

Portanto, há de se entender que o magistrado sofre ingerência de toda a realidade social que está inserido mesmo de forma inconsciente, e irá refleti-la em seu julgamento. A partir disso, o correto deve ser conscientizar e ativamente debater esta influência, ao invés de tentar inutilmente coibi-la.

O Judiciário deve agir cada vez mais adaptado à esta nova realidade social em que se vive. Deve haver oportunidades de comunicação direta com os magistrados, onde os cidadãos possam expor suas dúvidas e anseios e esclarecer melhor a atividade judicial. A proximidade e a clareza entre os juízes e os querelantes são fundamentais para melhorar a

imagem do Judiciário diante dos indivíduos e aproximar os juízes da realidade social, sendo este o intuito da sua atuação. Não ficar completamente dependente dos formalismos do processo de forma a afastar-se das partes e de uma possível solução efetiva para os litígios verdadeiros delas, bem como não se enxergar em um patamar superior relativo aos demais indivíduos, impossibilitando uma compreensão e um diálogo, são preceitos básicos para atuação judicial atual.

Configura-se, assim, um novo perfil do magistrado, que é cada vez menos burocrata e simples aparato formal e cada vez mais participativo e solucionador de conflitos diversos, não só os processuais, além de ser um fiscalizador de políticas públicas e de valores constitucionais. Passa de um simples interpretador das leis para um relevante coprotagonista de princípios constitucionais e de questões de interesse público. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2015, p. 36), agente que irá impulsionar os direitos e garantias dos cidadãos, mantendo o acesso pleno à justiça inserido no estado republicano e diverso, e cumprindo sua função social.

Para que esse perfil possa se fortalecer paulatinamente, faz-se necessário que haja espaço para isso na prática e no dia a dia dos juízes. No entanto, o que se observa, conforme já delineado neste tomo, é que a crise do Judiciário em muito afeta tal capacidade. O grande acúmulo de processos e a sobrecarga destes atores tem como consequência uma diminuição da qualidade dos pronunciamentos judiciais (os que são feitos efetivamente pelo juiz e também os que advêm da secretaria, que trabalha com lotes de processos para dar encaminhamento). Entende-se que essa superlotação afeta diretamente na prestação jurisdicional, uma vez que terá reflexos intraprocessuais, nos julgamentos e compreensões, e extraprocessuais, no atendimento ao público e na própria gestão do trabalho e administração da justiça.

Tem-se também que o magistrado possui funções relacionadas a gerir processos judiciais e o ambiente em que ele trabalha, com todos os seus assessores e servidores da vara, dos processos administrativos e financeiros do Poder Judiciário. Dessa forma, ele precisa possuir conhecimentos baseados em qualidade e gestão racional de recursos, de gerenciamento voltado para a consecução dos objetivos de forma mais eficiente possível, porque tudo isso irá influenciar em mudanças de paradigmas, permitindo que o magistrado possa exercer da melhor forma possível a sua função primordial, que seria de trazer justiça para os casos concretos, resolver os litígios e favorecer a pacificação social. Braga e Pupo (2019, p. 58) trazem esta ideia de forma clara:

a gestão aperfeiçoa o funcionamento da unidade judiciária por meio da tomada de decisões racionais fundamentadas pelo gestor como forma de caminhar para o desenvolvimento e o atendimentos das necessidades dos jurisdicionados. A gestão judiciária é, em outras palavras, o grup ou aparato de medidas postas à disposição dos magistrados para garantir a plena afetação de todos os recursos disponibilizados pelo Judiciário com a finalidade precípua de se alcançar um serviço judiciário de qualidade e, por corolário, uma entrega da prestação jurisdicional célere, eficaz e efetiva.

Na prática, urge que haja instrumentos voltados para este desígnio, como guias de gerenciamentos de projetos, pesquisas e formulários que forneçam dados mais concretos sobre a realidade que possam ser interpretados e, a partir das interpretações, que surjam mudanças práticas, troca de ideias entre aqueles que já são mais experientes e que tem modelos a serem seguidos com os que ainda estão no início, sem o hábitos, entre outros.

Por fim, ressalte-se ainda que existem órgãos voltados exclusivamente para treinamento e formação de magistrados, como a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados para os juízes federais e as Escolas Superiores de Magistratura Estaduais. Tais instituições possuem regulamentos e resoluções que determinam requisitos mínimos dos cursos de formação inicial e aperfeiçoamento dos juízes, de forma que este tenham uma formação continuada durante sua carreira, e dentre tais requisitos de habilidades e competências a serem desenvolvidas podem-se destacar a administração judiciária, incluindo gestão processual, de pessoas e administrativa, a difusão da cultura de conciliação como busca da paz social e técnicas de conciliação e psicologia judiciárias.²¹

Certamente que tais habilidades são desenvolvidas somente no nível em que sejam necessárias para a atuação diária, sem se aprofundar tanto, uma vez que trata-se da formação de um magistrado, e não de especialistas nestas áreas de gestão, conciliação ou psicologia jurídica. No entanto, ressalta-se que todas as atividades que os juízes atuam no objetivo de dar encaminhamento do litígio para a sua solução são atividades jurisdicionais, pois demonstram efetivamente a busca da resolução e da pacificação social, portanto, devem ser realizadas com a maior presteza possível para isso.

²¹ Res. n.2 de 8 de jun de 2016, ENFAM. Dispõe sobre os programas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados e regulamenta os cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e o aperfeiçoamento de magistrados e de formadores.

6. MAGISTRADOS, JUSTIÇA MULTIPORTAS E LEGISLAÇÕES

Tratando agora do ponto principal, faz-se uma análise acerca da atuação dos magistrados de primeiro grau cível no que tange ao tratamento adequado dos conflitos e à busca do acesso à justiça e da pacificação social, os quais foram exaustivamente delineados até aqui. Devido a evolução do critério de justiça à um molde mais procedimental, mais colaborativo e mais participativo, busca-se recorrer aos pontos principiológicos do direito, a fim de favorecer que haja apenas a homologação estatal de decisões que foram buscadas e atingidas pelos próprios litigantes. (GARAPON, 2001, P.237).

Resta um embate, que não realidade não deveria existir, entre o poder dos juízes e a necessidade de se considerar as disputas em diversificadas formas e visões. Não deveria existir pois estes dois institutos não são mutuamente excludentes, pelo contrário, o poder dos juízes é essencial para que a justiça multiportas seja efetivamente visualizada e considerada na atualidade. Há uma missão confiada ao Poder Judiciário de tornar acessível a institucionalização de tais práticas dentro do sistema de justiça, com organização e fomento de serviços satisfatórios para este objetivo, e muito dessa missão tem papel dos magistrados.

A Constituição de 1988, a Emenda 45/2004 e, principalmente, a Resolução 125 do CNJ já vinham trazendo este encargo pacificador para as cortes e juízes que, para além da adjudicação proferindo sentença de forma passiva, tem o dever de buscar alcançar a satisfação dos jurisdicionados com resolução de suas querelas eficientemente. Nesta toada, ele tem um papel diferenciado, tendo uma perspectiva mais gerencial.

Uma das principais incubências dos magistrados é a de fazer um filtro para encaminhamento dos litígios a cada uma das portas as quais ele tem acesso, a qual deve ser feita de forma adequada, que será essencial para a correta visualização destas técnicas pelos litigantes e suas efetivas participações nos procedimentos. Tal triagem pode ser prévia ao processo ou mesmo durante os atos.

Deve haver uma análise voltada para a identificação dos interesses e das posições das partes, a disponibilidade e capacidade de transação do objeto conflituoso, em que ponto se encontram na espiral do conflito relativa ao interesse discutido, de que forma cada uma das técnicas teria eficácia no caso, bem como seu custo-benefício financeiro e relativo ao tempo dispendido, a credibilidade da decisão proferida no final e a visualização do relacionamento entre as partes.

A partir da verificação destes aspectos na medida em que eles estejam disponíveis para o juiz, ele deve fazer o encaminhamento para audiência de conciliação ou sessão de mediação

com o profissional responsável para cada uma destas. Caso a triagem não seja feita, ou seja realizada de modo equivocado, corre-se o risco de comprometer o êxito do método selecionado e impossibilitar o objetivo da pacificação. Corroborando com este ponto, bem como levantando outros cuidados, tem-se Fernanda Tartuce (2018, p. 74):

Vale destacar um ponto importante: deve haver significativa cautela e precisa adequação da postura do magistrado ao realizar a “sugestão” às partes quanto à adoção de meios diferenciados a fim de evitar não só situações de constrangimento e intimidação, como também a indevida procrastinação do processo, em prejuízo da tão desejada celeridade.

Neste aspecto, faz-se imperioso que os magistrados deem a devida importância para os métodos adequados de solução de conflitos, bem como tenham conhecimento acerca deles. Muito se vê na prática de juízes que não designam as audiências ou sessões justificando não haver necessidade para tal (em casos que claramente há o encaixe), ou que não tem servidores aptos para isso.

Para Jaqueline Sena (2011, p. 127), esta relegação das vias adequadas a mera formalidade processual seria uma desconsideração aos fatos vivenciados e aos pormenores dos indivíduos humanos ali presentes, bem como uma ofensa ao objetivo pacificador da jurisdição. “Para tanto, é indispensável que os juízes resgatem a sensibilidade que perderam no mundo frio das normas e dos autos. É preciso que eles realmente ouçam e observem as pessoas, tentando perceber dentro destas as raízes do conflito”.

No entanto, é importante salientar que, caso o juiz observe que o interesse em discussão não caiba para nenhuma das vias alternativas, por não ser passível de transação, ou também caso as partes consensualmente recusem tal possibilidade²², não há o que se falar em dever de imposição de tal ato. Dessa forma, espera-se que haja uma análise inicial capaz de verificar uma destas condições para que se possa proceder a dispensa, e não deixar de designar quando a justificativa for uma improbabilidade de acordo ou de ausência de estrutura.

É necessário ainda que se trabalhe a visão de alguns dos magistrados em relação aos métodos adequados, pois não há um comprometimento de sua autoridade existir conciliadores ou mediadores que sejam capazes de solucionar os conflitos de interesses. Também não se observa que resolver os conflitos por meio destas portas seja menos nobre ou menos importante, quando na realidade tais formas trazem igualmente ou até mais pacificação social do que as sentenças. Ainda que a função jurisdicional tenha seu valor, sua finalidade precípua

²² § 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição. (BRASIL, 2015)

de acesso à justiça pode e deve ser atingida de diversificadas maneiras, todas estas merecendo o devido respeito. Afinal, caso os métodos adequados não tenham sucesso, irá caber ao magistrado a retomada do dever de solucionar o conflito através do seu julgamento de direito.

Ademais, evidencia-se também um papel fiscalizador atribuído ao Poder Judiciário, defendido por Flávia Pereira Hill (2020, p. 14):

A fiscalização pelo Poder Judiciário, que goza da confiança do jurisdicionado e que tradicionalmente exerce papel de centralidade no sistema de justiça brasileiro, consiste em importante fator para que logremos progredir paulatinamente na implantação da Justiça Multiportas, de modo a harmonizar tradição e evolução.

Em relação aos métodos autocompositivos de resolução de controvérsias, a ordem pública processual teria o condão de limitar a autonomia das partes e orientar a atuação de todos que estiverem envolvidos na solução do litígio, para garantir as determinações constitucionais e legais.

Ainda que os terceiros facilitadores não possam avaliar criticamente o que foi negociado pelas partes, o magistrado tem a competência de analisar a validade dos negócios que forem realizados pelos métodos consensuais, em seus aspectos formais e materiais, caso estes sejam levados a ele. Em autocomposições judiciais, este controle é realizado obrigatoriamente, pois o acordo é de pronto encaminhado para homologação. Caso haja algum vício nas convenções, o caminho seria ou invalidar o acordo completamente ou convalidar, com a correção do vício ou com o aproveitamento por não haver prejuízo para nenhuma das partes.

Aspectos que devem ser avaliados pelo juiz é a paridade das partes (caso uma tenha advogado presente, a outra também deve ter), a qualidade do terceiro facilitador, se o procedimento ocorreu de forma regular e sem questões, se o termo emitido no final está de acordo com as exigências legais, a proporcionalidade e razoabilidade do que foi disposto entre as partes na medida do que cabe ao direito avaliar e a capacidade de execução do que foi acordado, visto que não se pode homologar nenhum vício de legalidade ou atos imediatamente ineficazes. Tal revisão procura se há erro, fraude, coerção, problema de representação, entre outros aspectos.

O magistrado deve também tentar conciliar as partes a qualquer tempo, inclusive no início das audiências, sendo estes uns dos poucos atos em que se tem um contato maior tanto das partes entre si quanto delas com o juiz. Este contato favorece que haja a tentativa de diálogo e oferecimento da possibilidade de conciliação, que não deve ser realizada pelo próprio magistrado, mas deve ser apresentada. O que cabe ao julgador nesse caso não é tentar

fazer uma audiência de conciliação ou uma sessão de mediação dentro do processo, porque, ainda que ele seja apto para tal como indivíduo, naquele momento ele está como adjudicador e assim continuará caso não haja a composição.

Dessa forma, mesmo que seja de boa vontade a tentativa de composição e que se respeite a imparcialidade e a isonomia dos querelantes, não há como evitar que esta situação acabe influenciando o juiz, seja pelas informações fornecidas, pela forma que as partes se portaram emocionalmente, pelas ações realizadas, entre outras questões. Isso pode comprometer sua decisão por ocasião da sentença, o que poderia ser problemático, bem como diminuir as chances de acerto entre as partes. Os métodos adequados de solução de conflitos devem ser realizados em ambiente e ocasião oportunos e condizentes com seus objetivos, para que não se misturem indevidamente os pontos.

Nesse sentido, preceitua Juliana Loss de Andrade (2017, p.211 e 215):

Existem questionamentos sobre a possibilidade de que o magistrado atue como mediador. Alguns países permitem essa atuação, outros limitam o magistrado ao exercício de seus poderes conciliatórios e não propriamente à mediação. Por fim, há sistemas em que os magistrados podem atuar como mediadores, com a ressalva de que não atuem como julgadores no mesmo caso [...] É o caso de um programa de mediação em segunda instância organizado e conduzido por antigos magistrados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Todos naturalmente capacitados em mediação e buscam a continuidade de sua atuação agora em outra função.

Muito se falou acerca do magistrado em relação aos métodos autocompositivos mais próximos da justiça, que são a conciliação e a mediação. Mas qual seria o papel do magistrado na negociação? A negociação é particular, só precisa ocorrer entre as partes envolvidas, sem a necessidade de um terceiro. No entanto, incumbe-se ao juiz deixar uma margem sempre aberta para que as partes se sintam confortáveis em engajar um processo de negociação, se for o caso. Caso ele perceba que há espaço para isso acontecer, ele deve não somente não interferir, como também proporcionar possibilidades para que isto possa evoluir da melhor forma possível.

Frisa-se também as ações do CNJ voltadas para o estímulo dos métodos autocompositivos no âmbito judicial, como a criação do “Movimento pela Conciliação”, o qual buscou capacitar os servidores judiciais, inclusive os juizes, bem como favorecer o diálogo com outros setores sociais, e da “Semana Nacional da Conciliação”, que é uma iniciativa objetivando justamente a resolução de conflitos de forma extensiva, inclusive tendo sucesso e ocorrendo com regularidade anual.

Para que haja uma verdadeira mudança cultural e reconhecimento da importância da resolução de conflitos, seja por meio judicial ou extrajudicial, é preciso que tenha um trabalho

cooperativo da magistratura com os demais atores, como os conciliadores, mediadores, servidores das varas, advogados públicos e privados, e da sociedade em geral. Mas para isso também faz-se indeclinável o conhecimento de todos estes sobre tal assunto.

Os próprios magistrados, ainda que venham de uma formação universitária deficitária no que tange a isto, certamente terão contato com a matéria em seus cursos de formação após passarem nos concursos, bem como deve deceiver treinamento e capacitação fornecidos pelo próprio Poder Judiciário. A partir do momento que eles detém este conhecimento, passa a ser papel deles também a formação social dos demais partícipes que não tem esse mesmo acesso, principalmente os litigantes individuais que procuram judicializar suas questões. Como já falado anteriormente, o magistrado é um líder e um gestor de pessoas, e deve se utilizar desta ingerência para favorecer a cultura da pacificação. Aduz Juliana Loss de Andrade (2017, p.213), em relação ao conhecimento do magistrado sobre a mediação:

Não é preciso que o magistrado domine as técnicas de mediação, mas, sim, que ele entenda a aplicabilidade do processo e em como as partes podem ser auxiliadas até o acordo. O diagnóstico dos casos é um ponto essencial em que o magistrado pode contribuir com a institucionalização da mediação. Muitas vezes esse encaminhamento vai além de um ato formal e inclui um trabalho difícil de convencimento que não pode coagir, mas pode persuadir as partes ao intento do diálogo. Assim, a criação de meios que favoreçam a troca de informações entre magistrados e mediadores pode ser bastante útil em um primeiro momento da inserção da mediação no sistema brasileiro.

Apesar da referida autora estar tratando apenas sobre mediação, observa-se que sua fala se aplica também às demais portas do tribunal de resolução de conflitos. Ela corretamente afirma que a confiança da magistratura é essencial para esse processo, confiar que o juiz irá agir encaminhando corretamente os casos ou que irá se abster por respeito à confidencialidade e à autonomia das partes quando celebram seus acordos, por exemplo, é essencial para que se possa optar por métodos não judiciais.

Não obstante, Rosa Freire Pérez (2013, p. 416-421) levanta o questionamento da posição do magistrado na mediação, se esta seria de espectador, participante ou garante, chegando a conclusão que as três modalidades responderiam a pergunta. Fazendo uma adaptação de seu pensamento para os métodos adequados, tem-se que age como espectador ao observar com certo distanciamento a ocorrência da negociação, da audiência de conciliação, da sessão de mediação e do procedimento arbitral sem estar diretamente envolvido nestes, bem como respeitando suas confidencialidades. É participante ao encaminhar os litígios para estas vias, aguardar sua ocorrência e homologar os termos. E é garante ao avaliar criticamente o conteúdo do que for posto para ele, constatando que os direitos e garantias sejam respeitados.

Por fim, ressalta-se que os métodos adequados de solução de conflitos não são panaceias para os magistrados ou para o Judiciário, que devam ser buscados com o objetivo de solucionar problemas estruturais, sendo isto apenas uma consequência. Eles devem ser vistos como remédios para as pessoas e suas relações, mais oportunidades de se alcançar resultados justos e resoluções de problemas, e como fim principal, o efetivo acesso à justiça e o consequente aumento da pacificação social.

Passa-se então a destacar algumas das legislações brasileiras mais relevantes ao âmbito do tribunal multiportas e de que forma elas trazem em seu bojo tanto o estímulo do acesso à justiça por meio dos métodos adequados de solução de conflitos bem como a atuação e a responsabilidade dos magistrados nesse aspecto.

6.1 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 tem em seu preâmbulo o comprometimento com a solução pacífica de controvérsias e com a justiça como valor supremo, o que demonstra a relevância desses valores para a sociedade brasileira. No seu art. 4º, traz novamente a solução pacífica, desta vez no âmbito das relações internacionais. O art. 5º, XXXV, ao demonstrar a inafastabilidade da jurisdição, entende-se como sendo o responsável pela garantia do acesso à justiça. Cria, com o art. 98, I, os juizados especiais, promovidos por juizes togados e/ou leigos e competentes para a conciliação, dessa forma já fica hialina a atribuição de tal método adequado para estes operadores jurídicos. No inciso II do mesmo artigo, atribui a conciliação extrajudicial aos juizes de paz, dos quais não se exige formação jurídica.

Dessa forma fica clara que já na Constituição há o interesse de que os magistrados tenham atribuições e competências voltadas ao tribunal multiportas.

6.2 Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem)

Pelo art. 6º, parágrafo único juntamente com o art. 7º da Lei de Arbitragem, caso uma das partes não compareça ao procedimento que se deseja convocar ou não firme o compromisso arbitral ao comparecer, ou ainda em caso de resistência de obcecimento de cláusula compromissória, cabe a outra parte entrar comparecer em juízo competente com estas demandas com o fito de lavrar o compromisso, tendo audiência especial conduzida pelo

magistrado, que tentará conciliar as partes ou conduzi-las a celebração do compromisso arbitral. Caso não tenha sucesso, também tem a competência de decidir o conteúdo do compromisso, de nomear árbitro se for o caso, tudo isso ouvindo autor e réu.

Além disso, pelo art. 11 o órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa deverá emitir sentença em caso de não haver fixação dos honorários do árbitro pelas partes, da mesma forma se não houver acordo em relação a nomeação dos árbitros, de acordo com o art. 13, § 2º, ou se houver suspeição ou impedimento do árbitro ou nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (art. 20, §1º). Posteriormente, tais questões poderão ser novamente suscitadas para análise do magistrado, conforme art. 20, §2º e art. 33.

Pode-se recorrer ao Judiciário para concessão de medida cautelar ou de urgência, que será realizada na forma dos arts. 22-A e -C, no entanto, caso a arbitragem já esteja em curso, estas medidas serão solicitadas diretamente aos árbitros, que terão competência para tal.

Portanto, visto todos esses pontos atribuídos ao Poder Judiciário e aos magistrados responsáveis pelos julgamentos, observa-se a importância de que estes sejam versados nestes aspectos, para que possam emitir seu julgamento de forma adequada.

6.3 Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Já em seu preâmbulo a Res. 125 do CNJ, entre diversos aspectos voltados ao acesso à justiça e ao tribunal multiportas, traz a criação de juízos de resolução alternativas de conflitos que funcionam como órgãos judiciais especializados nestas matérias, dessa forma inserindo diretamente o Poder Judiciário neste âmbito.

No art. 1º, parágrafo único, o qual foi modificado pela Emenda nº 2, de 08.03.16, dá-se a incumbência aos magistrados de oferecerem outros mecanismos de soluções de controvérsias antes da sentença, juntamente com orientação ao cidadão.

Fica como competência do CNJ, elecada pelo art, 6º, II, o desenvolvimento de ações que capacitem os magistrados nos métodos consensuais, bem como os servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores. Ademais, o inciso III do mesmo artigo traz que deve-se considerar as atividades neste âmbito para promoções e remoções de magistrados relativos a merecimento. Por fim, o inciso V traz a tentativa da incorporar módulos voltados a cultura da solução pacífica dos conflitos nos cursos das Escolas de Magistratura.

Um dos principais papéis trazidos por esta Resolução foi o de criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) no Cap. III,

Seção I, órgãos compostos por magistrados e com a incumbência de desenvolver a política judiciária de tratamento adequado de conflitos com planejamento, metas, ações, capacitações e incentivo na área. Destaca-se também a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) no Cap. III, Seção II, unidades do Poder Judiciário lideradas por um juiz coordenador, dessa forma, ambos institutos dependem diretamente de condução de magistrados que sejam entendidos dos meios autocompositivos.

6.4 Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil)

Logo no seu início, o CPC determina que os juízes deverão estimular os métodos de solução consensual de conflitos mesmo durante o processo judicial (art. 3º, §3º). Traz que a jurisdição civil é exercida pelos juízes (art. 16), mas em seu art. 42 ressalva às partes a possibilidade de recorrer a juízo arbitral, caso permitido por lei.

No art. 139, V determina que incube aos magistrados promover a qualquer tempo a autocomposição das partes, dando preferência para que isto seja feito com a ajuda de um terceiro facilitador judicial que seja apto para tal ação.

Caso haja proposta de autocomposição apresentada pelas partes ao oficial de justiça, resta ao juiz determinar o contraditório para verificar se há interesse (art. 154, VI e parágrafo único). Observa-se a importância da atuação do Poder Judiciário mesmo nesses casos de tentativa de solução consensual.

Em relação aos mediadores e conciliadores judiciais, os magistrados possuem certa ingerência, devido ao papel estabelecido para eles pela Resolução 125 e também por esta normatização em comento. Dessa forma, em casos de impedimento destes agentes ou verificação de atuação inadequada deles, cabe ao juiz tanto reordenar o processo e sua distribuição quanto afastar os facilitadores do seu cargo e pedir instauração de procedimento administrativo. (art. 170 e 173, §2º).

Passa-se então ao destaque de uma das mudanças mais significativas do CPC, a audiência do art. 334, que trouxe nova conformação e uma ressignificação dos métodos adequados de solução de conflitos ante o Judiciário. Já foi falado dela anteriormente neste trabalho, mas é importante ressaltar o dever de obrigatoriedade de sua designação, respeitando a vontade consensual de ambas as partes e os ditames da lei, bem como sua redução a termo e homologação, sendo esta realizada pelo juiz após a análise já comentada.

Pela letra do art. 359, novamente fala-se de uma postura mais ativa do magistrado relativa à busca do consenso, pois ele deve tentar conciliar as partes no início da audiência, mesmo que haja comprovação de que anteriormente outros métodos já foram empregados.

Conforme preceitua o art. 485, VII, o magistrado não poderá resolver o mérito do processo caso haja acolhimento de alegação de convenção de arbitragem existente ou quando o próprio juízo arbitral reconheça sua competência, ficando clara a importância dada à jurisdição arbitral pelo novo código, inclusive equiparando a sentença arbitral a título executivo judicial sem necessidade de homologação (art. 515, VII) e destacando recurso específico para rejeição de alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III).

Ademais, a homologação dos termos de uma transação permitem que haja resolução de mérito pelo juiz, de acordo com o art. 487, III, b, e perfaz um título executivo judicial, independente se a autocomposição foi realizada judicialmente ou extrajudicialmente (art. 515, II e III). Caso não se proceda a esta homologação, ainda assim o termo será título executivo extrajudicial, passível de jurisdição voluntária que não se exige critério de legalidade estrita para interpretação pelo magistrado. (art. 723, parágrafo único, art. 725, VIII e art. 784, IV).

Especialmente no que tange a ações familiares, há a tentativa de solução consensual dos litígios devido a situação delicada e aos relacionamentos envolvidos neste âmbito. Dessa forma, pelo art. 694, o magistrado deve empreender todos os esforços possíveis e necessários para levar o conflito a outras vias de solução que não a judicial, contando com o auxílio dos terceiros facilitadores entendidos destas vias.

Em síntese, fica hialino que o CPC buscou prestigiar a justiça multiportas, o que já se faz de suma importância para que esta cultura seja visualizada, respeitada e absorvida na realidade fática pátria.

6.5 Lei nº 13.140/15 (Lei da Mediação)

Vinda logo após o CPC, veio para consolidar a institucionalização dos métodos adequados de solução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu art. 3º, § 2º, ressalta que, ainda que a mediação envolvendo direitos indisponíveis passíveis de transação seja permitida, esta obrigatoriamente deve passar pela homologação de um magistrado com oitiva do Ministério Público.

No art. 16 denota que as partes de um processo judicial ou de um procedimento arbitral poderão submeter-se consensualmente a qualquer tempo a uma mediação, ficando os

respectivos processos suspensos pelo prazo que seja necessário para a solução consensual, privilegiando assim tal método, o que não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

No art. 35, § 5º, fala-se de uma causa coletiva já judicializada, na qual o interessado que deseja renunciar deve fazê-lo de maneira expressa e endereçada ao juiz responsável pela causa.

Ademais, no art. 36, §4º, expressa-se a questão de litígios que envolva órgãos ou entidades de direito público, os quais podem ser passíveis de soluções não judiciais de conflitos, mas caso a matéria esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou se houver decisão do Tribunal de Contas da União, exigirá anuência expressa do juiz da causa, que deve ficar atento a isso.

A Lei da Mediação traz muitos dispositivos semelhantes aos do CPC, os quais não cabem serem repetidos e comentar novamente por esta ocasião.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos são parte intrínseca do convívio social, estão historicamente submetidos ao poder do Estado, mais especificamente, à jurisdição executada pelo Poder Judiciário, mas que tal conformação tem sido insuficiente para atender os pleitos sociais, gerando o que se convencionou chamar de Crise do Judiciário. E como todo período de crise, tal situação faz com que as estruturas sejam repensadas para serem readequadas.

Isto demanda uma reforma estrutural e cultural, a fim de estender a capacidade de dar respostas eficazes a cada tipo de questão, consequentemente repensando a função primordial do Judiciário. E tudo isso tem como objetivo final a pacificação social por meio da melhoria do acesso à justiça. Dessa forma, buscaria-se um acesso à ordem jurídica justa e a superação da cultura de sentença, para buscar a cultura de consenso.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth idealizaram uma pesquisa para buscar mais informações acerca do acesso à justiça em diversos países, o que resultou em um relatório intitulado “Acesso à Justiça: O Movimento Mundial para Tornar os Direitos Efetivos - Um Relatório Geral”. Falou-se muito sobre os entraves do acesso à justiça de forma efetiva, bem como as ações efetivas que tem-se realizado para superar estas barreiras, as quais podem ser organizadas em três ondas renovatórias. Apesar do relatório ser antigo e se referir a outra realidade, inclusive merecendo atualização, muitas das suas conclusões ainda são utilizadas até hoje, até mesmo no contexto do Brasil.

A Justiça Multiportas, trazida por Frank Sander, é um modelo de variedades de resolução de disputa, que pode ser conectado ao Poder Judiciário ou não. Estes meios alternativos de solução levam em seu bojo o objetivo primordial de suscitar uma justiça restauradora, remediando dos e sofrimento das partes envolvidas. No entanto, chegou-se à conclusão de que o termo certo seria meios adequados, pois a adequação é muito mais compatível com o tribunal multiportas, uma vez que cada conflito tem seus pormenores e, de acordo com estes, pode-se escolher uma via que se conforme melhor ao problema e a tática de se solucionar.

Tem-se que tal sistema deve ser conectado à corte porque a cultura de resolver os litígios ainda é precipuamente de levá-los ao Judiciário, dessa forma, as multiportas devem estar no Judiciário. Com o tempo, com a absorção e entendimento da cultura de forma mais expressiva, não vai mais haver a necessidade intrínseca da resolução passar primeiro pelo crivo do Judiciário, visto que as pessoas terão alternativas a isso.

Falou-se um pouco de sistemas de solução de disputas como a autotutela, os meios autocompositivos que abarcam a negociação, a mediação e a conciliação, bem como os meios heterocompositivos que seriam a arbitragem e a jurisdição estatal.

Por fim, ressalta-se a função do magistrado como essencial à justiça e como representante da jurisdição estatal na prática. Falou-se que todas as atividades que os juízes atuam no objetivo de dar encaminhamento do litígio para a sua solução são atividades jurisdicionais, pois demonstram efetivamente a busca da resolução e da pacificação social, portanto, devem ser realizadas com a maior presteza possível para isso.

Ademais, destacou-se o papel do magistrado como participante da sociedade, e coprotagonista e defensor dos princípios constitucionais, a fim de dar a garantia do acesso pleno à justiça aos cidadãos. Tratou-se sobre a formação dos juízes, desde a universidade até os cursos de formação das escolas de magistratura, e como eles tem um papel relevante nessa mudança de mentalidade. E por fim, como ele poderia fazê-lo através da sua atuação na justiça multipartas, seja como espectador que respeita os ditames, seja como participante no que a lei permite e possibilita, ou ainda como fiscalizador e garante da boa condução e da conscientização social acerca deste âmbito.

Destaca-se, ainda, que os métodos adequados de solução de conflitos não são panaceias para os magistrados ou para o Judiciário, que devam ser buscados com o objetivo de solucionar problemas estruturais, sendo isto apenas uma consequência. Eles devem ser vistos como remédios para as pessoas e suas relações, mais oportunidades de se alcançar resultados justos e resoluções de problemas, e como fim principal, o efetivo acesso à justiça e o consequente aumento da pacificação social.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a Arbitragem**. Brasília: Senado, 1996

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1995.

BRASIL, Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.

BARBOSA, Águeda Arruda. **Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas**. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Orientador Roberto João Elias. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, Sérgio Pereira; PUPO, Sérgio Tadeu. **Globalização e a Crise do Judiciário: Novos Caminhos para a Gestão de Justiça**. in Globalização, Desenvolvimento Sustentável e Efetividade da Justiça. Org. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto C.S. Gomes; BRAGA, Sérgio Pereira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e Conciliação**. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

CAMPOS, Adriana Pereira; VELLASCO, Ivan. **Juízes de Paz, mobilização e interiorização da política**. In: CARVALHO, José Murilo; CAMPOS, Adriana (Org.). *Dimensões da Cidadania*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993

CAPPELLETTI, Mauro. **Notas sobre conciliadores e conciliação**. in *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Org. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral Salvador: Juspodivm, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DE ANDRADE, Juliana Loss. **Magistratura e mediação**. in *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Org. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, vol. 1.

FREIRE PEREZ, Rosa. **La posición dei juez ante la mediación: espectador, participante o garante?** In SOLETO, Helena. *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2013. Tradução livre.

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. Forense: 2014.

GARAPON, A. **o juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2 ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan 2001.

GOH, Gérardine Meishan. **Dispute Settlement in International Space Law - The Multi-Door Courthouse for Outer Space**. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Gazeta Jurídica: Brasília, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 52, 2008.

HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização e Acesso à Justiça além dos Tribunais: Pela concepção de um devido processo legal extrajudicial**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, 2021, Ano 15. vol. 22. n. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. in Revista dos Tribunais, out.2009, vol.888.

MONTESQUIEU. **L'Esprit des lois**. 1748. Paris: Classiques Garnier, 1973. Tradução livre.

MOTTA, Kátia Sausen. **Juiz de paz e cultura política no início do Oitocentos (Província do Espírito Santo, 1827-1842)**. Dissertação (Mestrado em História). Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado, 3. ed., São Paulo: RT, 1997.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANDER, Frank. **The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000.** HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. in **Direito e Justiça - a Função Social do Judiciário.** São Paulo Editora Atica, 1989.

SENA, Jaqueline. **A problemática do poder judiciário em tempos de crise da razão: Apontamentos para um novo paradigma do papel do magistrado.** Revista da Ajuris, v. 38, nº 123, pp. 92-128, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação,** 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro:Forense, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** Livro Eletrônico. São Paulo, Método, 2018

WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** in Revista de Processo, vol. 195, mai. 2011.

_____. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005