

Os Desafios da Jurisdição Consensual para a Garantia de um Acesso à Justiça Adequado

Michele Paumgarten

Advogada, Doutoranda em Direito Processual UERJ e Professora do IBMEC/RJ

Nilton Cesar Flores

Advogado, Doutor pela UFSC, Professor do PPGD da Estácio e Professor Adjunto da UFF, Professor Visitante da EMERJ

RESUMO: O inadequado redimensionamento da garantia do acesso à justiça tem ocasionado a obstrução das vias jurisdicionais, notadamente um crescente problema nos países da América do Sul e Europa, promovendo um distanciamento cada vez maior entre o Poder Judiciário e a população. A reestruturação da atividade jurisdicional proposta pelo Código de Processo Civil de 2015 tem como objetivo promover uma releitura dessa garantia, pautada no enobrecimento da eficiência e no incentivo às práticas *self-solution conflict*. A plenitude da garantia do acesso à justiça e a um processo eficiente através de uma jurisdição consensual dependerá da atuação responsável e consciente da dos sujeitos processuais, mas também da sociedade a respeito da utilização adequada dos instrumentos existentes para resolver seus conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: MARC. Acesso à justiça. Eficiência. Jurisdição consensual.

SUMÁRIO: 1. Premissas iniciais. 2. Regras substanciais garantidoras de um acesso à justiça qualificado 3. A procedimentalização da modalidade *self-solution conflict* no processo civil brasileiro 4. Considerações finais: principais desafios da jurisdição consensual na nova ordem processual. 5.

Referências bibliográficas.

1. PREMISSAS INICIAIS

A desaprovação popular e os avanços no debate à volta da (in)efetividade jurisdicional reduziu-se à celeridade na sua prestação fazendo com que há alguns anos, uma gama de políticas e regras sejam implementadas no intuito de aprimorar a resolução dos conflitos e principalmente, para acelerar o fluxo dos processos judiciais. Não que isso esteja desprovido da devida importância e atenção que requer, mas por causa do tempo, desenvolvem-se paranóias, atropelam-se direitos e garantias para se ajustar a ele, para que se produzam respostas imediatas, ao tempo do mercado¹, levando o Poder Judiciário a cumprir o desconcertante papel de produtor de decisões em série para responder aos padrões e metas de eficiência, verdadeiro “Estado-empresário”² precipitando a realização do direito. O Judiciário brasileiro é inserido num contexto de exigência de produtividade numérica e de rapidez procedimental máxima. A doutrina passa então, a se esforçar para diagnosticar a etiologia e as possíveis concausas para a crônica e excessiva duração dos processos em nossos tribunais, permeando o processo brasileiro com mecanismos aceleratórios positivados como fórmula para abreviar a duração das demandas.

A energização da demanda aceleratória provocou sabidamente a concepção de padrões processuais no Código de Processo Civil de 1973 voltados a compatibilizar o dogma da efetiva entrega da tutela jurisdicional, buscando equacionar a complexa relação entre os princípios da celeridade com o devido processo legal, da segurança jurídica, do contraditório, apenas para citar alguns.

Contudo, apesar do apelo à celeridade, é de rigor entender que cada conflito e, portanto, cada processo demanda um tempo de maturação, enfim, a observância de certa ordem processual para que a controvérsia seja regenerada sem atropelar as garantias que a própria Constituição celebra, como o respeito ao devido processo legal e especialmente ao drama humano escondido por trás de cada processo judicial.

Toda essa preocupação aponta para o aprimoramento da garantia do acesso à justiça.

1 LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. (org). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 196.

2 SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 29.

A reconstrução processual que se instaurou com a aprovação do novo código, sobre a qual se debruçaram os juristas mais intensamente no período compreendido entre 2005-2015, reverbera um acesso à justiça qualificado pela *adequação*, ou seja, um nível a mais em relação ao patamar até então ocupado pela efetividade.

A preocupação com a qualificação do acesso à justiça pela adequação permite remediar a obstrução das vias jurisdicionais ocasionada pelo seu inadequado direcionamento, notadamente um problema crescente nos países da América Latina e na Europa, que em via inversa acaba por promover um distanciamento cada vez maior entre o Poder Judiciário e a população.

Embora a garantia do acesso à justiça figure entre os direitos e garantias fundamentais no Brasil, é imprescindível um reexame da expressão para que o instituto não seja minimizado à mera oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal³, mas ao contrário, atinja a grandeza de seus objetivos na plenitude.

2. REGRAS SUBSTANCIAIS GARANTIDORAS DE UM ACESSO À JUSTIÇA QUALIFICADO

No primeiro capítulo do Código de Processo Civil, nos deparamos com um roteiro de regras e princípios que constituem as *normas fundamentais do processo civil*. Um dos princípios é o da eficiência: “*art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*”.

É uma cláusula geral de regência dos processos na nova ordem que o novo CPC inaugura. Está relacionada à forma do processo e vem como consequência do devido processo legal. O Código de Processo Civil propõe o atendimento a um formalismo procedimental que não seja apenas eficaz, mas que se desenvolva à luz do princípio da eficiência. O processo deverá ser célere, mas também responsável, primando pela redução de custos e atos processuais inúteis, ou seja, deverá ser orientado em direção a maximização de sua utilização. A legalidade estrita Chiovendiana não é mais a preocupação central no novo código, mas sim, o cuidado com os

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

meios utilizados para chegar a um resultado no processo que resolva o conflito ao invés da energia dispensada para o alcance de um resultado no processo preocupado apenas com o encerramento do conflito.

A eficiência qualificará a conduta do juiz e das partes dentro do escopo de um processo colaborativo que exige a cooperação entre todos os sujeitos para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão justa e efetiva (art. 6º CPC). Neste ponto um esclarecimento merece ser feito: quando o legislador fala em *decisão justa e efetiva*, refere-se ao fim do processo. A eficiência está ligada à prática jurisdicional, portanto, é uma partícula qualificadora da efetividade. Para alcançarmos um resultado efetivo, os personagens do processo (partes e juízes) devem contribuir com o desenrolar de um procedimento eficiente, dentro do escopo cooperativo que se almeja concretizar.

Michele Taruffo analisou o princípio da eficiência processual sob duas perspectivas: a) quantitativa, em que se busca adaptar procedimentos para o alcance de resultados no processo; b) qualitativa, em que o escopo normativo estaria mais preocupado com a utilização adequada dos instrumentos procedimentais para resolver o conflito. Taruffo considera que a eficiência é o valor mais importante em um mundo globalizado, com toda gama de fenômenos econômicos e jurídicos que se apresenta. Certamente, a eficiência dos sistemas jurídicos e, especialmente, das decisões judiciais, assume cada vez maior importância diante da hipercomplexidade conflitiva⁴.

Interessante a doutrina do eminente professor Michele Taruffo sobre esta questão. Por que e para que devemos falar em eficiência no processo civil? Como tornar um processo eficiente? Para responder estas questões primordiais, Taruffo salienta que é preciso definir os objetivos das decisões judiciais, pois a partir daí podemos situar de modo mais preciso a questão da definição da eficiência processual. Sintetizando seu entendimento, o objeto das normas processuais pode ser a simples resolução de um conflito ou a resolução de um conflito mediante decisões justas. Na primeira opção, o objeto do processo é alcançado quando a controvérsia entre os conflitantes é encerrada, mesmo quando a decisão é errada ou ilegal, pois a qualidade da decisão final não é o mais importante. Na segunda hipótese, o objetivo também é encerrar o conflito, mas

4 TARUFFO, Michele. International Association of Procedural Law International Colloquium, 2008, Valencia. *Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*. Valencia: Universitat de València, 2008, vols. 1-2, *passim*.

através de instrumentos que viabilizem o alcance de uma decisão justa, correta e precisa. Nesta perspectiva, a qualidade da decisão adquire extrema importância, uma vez que determinam o núcleo autêntico das finalidades de um processo.

Sob a perspectiva quantitativa, Taruffo conclui que parece lógico acreditar que a eficiência seria reduzida à preocupação com a celeridade e ao custo. Quanto mais rápido e menos custoso o processo, mais eficiente poderia ser considerado. Essa é a exigência do Conselho Nacional de Justiça exercida sobre os Tribunais do país: estipulação de metas e a criação de um elo anímico entre tempo e prestação jurisdicional. Neste caso, já que os processos seriam inevitavelmente considerados ineficientes, pois a maioria é cara e a prestação é demorada, Taruffo conclui que poderíamos pensar em outras técnicas para resolver conflitos com maior eficiência, partindo da incorporação da ideia de justiça processual pura (*pure procedural justice*) à teoria de Rawls.

Antes de prosseguir, é importante tecer brevíssima consideração acerca desta teoria. Nelsi Welter bem sintetiza que a justiça processual pura é aplicada quando não há critério independente para se alcançar um resultado justo, ou seja, não se reconhece previamente nenhum princípio de justiça. O próprio procedimento constituirá o critério a ser observado. O justo será definido pelo resultado deste procedimento. Enfim, há um procedimento que é considerado equitativo e por isso, garante-se a correção do resultado, seja ele qual for, na medida em que o procedimento estabelecido seja respeitado⁵.

Seguindo este critério, Taruffo propõe um procedimento loteria. Lançar uma moeda para definir o resultado de um conflito pode ser extremamente eficiente. É rápido e barato. Pode inclusive ser justo, uma vez que cada parte tem 50% de possibilidade de ganhar. Ora, se a qualidade da decisão não é relevante, já que o verdadeiro objetivo é encerrar aquele conflito, de qualquer modo, os métodos mais eficientes serão aqueles que podem maximizar as vantagens das partes em matéria de tempo e dinheiro, que são os valores fundamentais dos adeptos de uma eficiência processual quantitativa.

Não queremos dizer que tempo e custo não são importantes para considerarmos a prestação jurisdicional eficiente. Mas fatores relaciona-

5 WELTER, Nelsi Kistemacher. John Rawls: A importância da posição original como procedimento equitativo de determinação de princípios de justiça. *Revista Tempo da Ciência*, Cascavel, n. 27, pp. 89-105, 1º semestre 2007, p. 100.

dos à qualidade dos atos, procedimentos e, conseqüentemente, da decisão judicial também devem ser considerados. Uma decisão justa pressupõe uma fundamentação adequada dos fatos, contraditório efetivo, análise objetiva das provas, entre outros requisitos.

Neste caso, o ideal seria conjugarmos as duas perspectivas de Taruffo: um sistema judicial será eficiente quando conseguirmos harmonizar uma atuação jurisdicional rápida e econômica com magistrados orientados a tomar decisões informadas e responsáveis. Isso não seria temporalmente contraditório? Barbosa Moreira nos ensina que a demora processual é “fisiológica”, ou seja, uma consequência da necessidade de salvaguardar na atividade jurisdicional certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não poderia prescindir. Um processo garantístico implica num processo menos célere, ao passo que um processo rápido poderia conduzir a decisões incompletas. São dois lados de uma mesma moeda, mas que apresentam uma relação proporcionalmente inversa e complementar⁶.

Pensar em um sistema jurídico eficiente demanda conjugar eficiência administrativa (muitas vezes pautada na perspectiva quantitativa) e processual. Os perigos da eficiência quantitativa encontram-se principalmente na recidiva conflitiva. Encerrar um conflito não significa resolvê-lo. O problema pode ser agravado por não ter sido tratado adequadamente. Por outro lado, a eficiência qualitativa demanda tempo, o que pode afetar a eficácia da decisão ao final. Por isso se complementam. As metas do CNJ devem ser complementadas com a eficiência qualitativa na prestação jurisdicional. Obviamente que falar em eficiência de modo abrangente e unitário sobre todo o processo civil seria extremamente complexo.

O sistema ideal demandaria um astucioso poder de gerenciamento processual pelo juiz dentro do ambiente cooperativo que o novo código de processo propugna no sexto artigo de suas normas fundamentais, de modo que a resolução do conflito poderia caminhar de modo mais eficiente e adequado. A preocupação com o processo qualificado a se desenvolver em um ambiente cooperativo sob a supervisão cuidadosa e ativa do juiz permeia todo o código.

Além disso, não podemos esquecer que a sociedade também possui sua quota de responsabilidade dentro da virada paradigmática que se

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 05.

pretende com a expansão do princípio da eficiência. Lõic Cadiet salienta que os conflitos devem ser encaminhados ao juiz apenas como último recurso, unicamente quando não existe outra maneira de resolvê-lo. As vias de diálogo mútuo devem ser esgotadas antes de ser solicitada a intervenção do juiz⁷.

Cadiet considera esta atitude um dever cívico e de responsabilidade social. Concordamos. Esta atitude também se enquadra no dever de cooperação que fundamenta o novo CPC. Está, portanto, lançado o tríplice desafio do nosso novo código: a. legislativa, com a ampliação da democratização processual; b. social, com a mudança da nossa cultura judiciária acostumada a levar o conflito ao juiz e aguardar uma decisão pronta para resolver seus problemas; c. institucional, que deverá primar pela eficiência qualitativa-quantitativa da prestação jurisdicional em um ambiente cooperativo com os demais integrantes do processo.

3. A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA MODALIDADE *SELF-SOLUTION CONFLICT* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A evolução do sistema extrajudicial para a resolução de conflitos tem adquirido notoriedade diante da positiva aptidão para resolver conflitos intersubjetivos conferida a partir de técnicas mais consensuais, formuladas na esteira da *justice de proximité* francesa⁸.

No Brasil, destacam-se o incentivo à autocomposição que se revelou através da Resolução CNJ 125/2010, a exigência de que a mediação e a conciliação fossem estimuladas por juízes, advogados, promotores e defensores no Código de Processo Civil de 2015, a Lei 13.129/15 que ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem, a Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) que surgiu como marco regulatório da mediação entre particulares e no âmbito da Administração Pública e mais recentemente, a MP 752/16 que legitima a arbitragem como meio de resolução dos conflitos patrimoniais decorrentes da prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal e a Resolução CSJT 174/2016 que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista.

7 CADIET, Lõic. La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías. *Civil Procedure Review*, v. 4, n.3: 25-50, sep-dec, 2013, p. 50.

8 PAUMGARTTEN, Michele. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias ao novo Processo Civil. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 247, pp. 475-506, setembro, 2015, p. 477.

Caminha ao encontro de uma nova concepção de jurisdição, mais voltada a uma percepção coexistencial e cooperativa baseada, sobretudo, na (re)conciliação e não mais compreendida a partir do monopólio do Estado, mas percebida como uma entre as várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade.

O desgaste da ideia de exclusividade estatal na resolução de conflitos é reforçado a cada dia, na medida em que se evidenciam os valores de métodos compositivos mais consensuais e menos adversariais para a resolução dos conflitos. Os argumentos delineados favoravelmente às ferramentas conciliatórias (usualmente extrajudiciais) focam na qualidade da resolução do conflito, pois as técnicas possibilitam maior envolvimento das partes no desenvolvimento do processo de dissecamento do problema proporcionando maior efetividade à solução.

Rechaçando a teoria liberal de que os conflitos seriam essencialmente de direito, exsurge a constatação de que na maioria das vezes, o conflito teria como fundamento o interesse e não apenas direitos. Cernelutti adotou a expressão *conflicto de intereses* para descrever o posicionamento antagônico entre duas ou mais pessoas sobre o mesmo bem da vida. Para Niceto Alcalá Zamora y Castillo, esta relação entre a pessoa e o bem é qualificada como interesse, que resultará em conflito, quando duas ou mais pessoas direcionarem seus interesses para um mesmo bem⁹. Ao contrário da discussão subjacente a um conflito de direito, é a repartição da riqueza que é posta em jogo em um conflito de interesses, e o dissenso recai sobre o *quantum* já distribuído ou ao direito resultante da distribuição.

A partir da dimensão social assumida pelo Estado, na segunda metade do século XIX, desencadeando uma feição mais protetiva, o valor justiça voltou a despertar interesse em detrimento da limitação formalista do acesso à justiça e do positivismo extremado que se desenvolveu no período liberal, exigindo portanto, uma renovação da prestação jurisdicional.

Não obstante servir inadvertidamente como a pretensa cura para a tormentosa incapacidade de solucionar os conflitos que são submetidos ao sistema jurisdicional estatal, os métodos *self-solution* devem ser vistos na verdade, a partir de suas bases constitutivas e valorativas, o que assume expressiva importância quando é observado um caminhar na cena

9 CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.17-18.

contemporânea em direção a institucionalização generalizada da mediação (como já faz com a conciliação) e sua agregação ao Poder Judiciário¹⁰.

Não queremos dizer que a mediação - que é essencialmente um instrumento extrajudicial de resolução de conflitos - deve um processo livre de qualquer ritual. Ao contrário. Existem protocolos e regras a serem seguidas para o alcance do resultado esperado. Porém, é instrumento que deve ser notado ao mesmo nível e em harmonia com a jurisdição estatal, não sendo percebida de forma subsidiária, alternativa ou como um método de segunda classe para a solução de conflitos.

O que se pretende demonstrar é que no contexto da prática *self-solution conflict*, os protagonistas do conflito são convidados a declinar suas razões, ao invés de lançarem maldições uns aos outros, abrindo caminho ao espaço discursivo segundo uma ideia reguladora de um consenso possível em torno do melhor argumento reconhecido por todos e não imposto por um terceiro para neutralizar o conflito.

Esse viés torna-se mais claro ainda na mediação, que se desenvolve em um ambiente estrategicamente dialogal discursivo que imerge profundamente no conflito para fazer emergir a real motivação do problema numa perspectiva voltada ao consenso de forma plena.

Neste cenário de firme desenvolvimento dos métodos *self-solution conflict*, seria importante a procedimentalização para a conscientização sobre a sua disponibilidade e utilização?

Antes de delinear algumas justificativas para a atração das práticas conciliatórias ao ambiente institucional, o que inclui a sua procedimentalização, é importante salientarmos algumas distinções entre os métodos mais conhecidos no Brasil. Ao contrário da negociação (método autocompositivo típico), na mediação ou na conciliação (métodos autocompositivos atípicos) existe a figura do terceiro facilitador. Nestes casos, particularmente quando se desenvolvem de modo conectado ao tribunal, o terceiro é suscetível de ser percebido como um representante do tribunal ou uma autoridade. Perceber o mediador ou o conciliador como uma autoridade e o procedimento como um *socially-sanctioned decision-making process* como qualifica Nancy Welsh¹¹, é mais evidente quando

10 Cf.: PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista eletrônica de Direito Processual Civil*, ano 7, XI volume, jan-jun, 2013, p. 184-216.

11 WELSH, Nancy. Making deals in court-connected mediation: what's justice got to do with it? *Washington University Law Quarterly*, vol. 79, pp. 788-861, 2001, p. 833.

o procedimento é designado por um juiz e se desenvolve dentro de um tribunal. Nesse sentido, importará muito aos participantes (que participam originariamente de um processo judicial e foram encaminhados à sessões de mediação, p.ex.) o comportamento do terceiro facilitador, que interpretarão qualquer conduta do profissional como uma atitude *judicial* direcionada a eles ou a sua disputa¹².

A retórica desenvolvida para introduzir a mediação nos tribunais e persuadir os litigantes a submeter o tratamento do conflito a outro método de resolução diferente daquele em que estão participando (processo judicial) também apoia a procedimentalização da mediação como é notado na Lei 13.140/15, marco regulatório da mediação no Brasil. Foi desenhado um padrão normativo diante da necessidade de regular a conduta do terceiro e garantir a qualidade do processo de mediação.

A institucionalização do mecanismos *self-solution conflict* nesse fase implementação deve ser feita com parcimônia. Se aceitarmos a procedimentalização destes métodos como relevante e essencial para a maximização dos seus resultados e capaz de ocasionar um incremento da sua qualidade dentro do contexto do tribunal, o próximo passo será a aplicação da doutrina processual tradicional para o novo modelo de mediação que se propaga pelos tribunais e o risco de desnaturação do método alcançará níveis relevantes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PRINCIPAIS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSENSUAL NA NOVA ORDEM PROCESSUAL

Não restam dúvidas que o Código de Processo Civil visa estimular o uso da mediação e da conciliação e por enquanto, tem afastado o anseio em torná-los condição da ação como fez a Lei 9958/2000 ao instituir as comissões de conciliação prévias no âmbito do processo do trabalho ou como estabeleceu o ordenamento italiano que determinou a mediação prévia e obrigatória como condição da ação em algumas matérias.

No entanto, a tarefa é árdua. O novo cenário processual deve envolver os operadores do Direito que precisam administrar essa oferta de possibilidades além da adjudicação, estudando e conhecendo os meios disponíveis para direcionar o tratamento do conflito ao meio mais adequado.

12 PAUMGARTTEN, Michele. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias ao novo Código de Processo Civil, *op. cit.*, p. 480.

Também é perigoso simplificar o processo de construção do consenso, calcado na autonomia privada, sem se preocupar em assegurar as condições materiais necessárias para que essa autonomia seja efetivamente exercida por todos os indivíduos, muitos sem instrução suficiente para empreender um discurso e se esforçar para resolver por si próprio o conflito, para entender as propostas ou até mesmo sem condições mínimas para escolher o meio mais adequado para a resolução do seu conflito.

Além do código processual civil, o ímpeto de adequação das fórmulas processuais ao modelo constitucional e democrático de acesso à justiça desafiou a redação de um marco legal para a mediação em nosso país. Apesar da forte pressão para que a mediação fosse tratada como condição de procedibilidade da ação, desde o Anteprojeto de Lei restou demonstrada a clara opção da Comissão de Juristas pela forma facultativa, ao revés da obrigatoriedade de sua utilização. Importante enfatizar esta questão, eis que no passado a discussão em torno da obrigatoriedade de submissão à mediação em todos os processos de conhecimento, salvo algumas exceções, alçou expressiva polêmica entre os juristas. Importante salientar, contudo, que a questão voltou à cena com a obrigatoriedade de se submeter à sessão inicial da mediação quando existir cláusula de mediação previamente pactuada entre as partes conforme prevê o art. 2º, § 1º da Lei da Mediação (Lei 13.140/15).

A mediação, particularmente, é essencialmente um mecanismo extrajudicial para resolver conflitos, que dever ser buscada espontaneamente pelas partes que se encontram envolvidas em um problema e não conseguem, por esforço próprio, resolvê-lo. Através de técnicas que tem como objetivo a pacificação dos indivíduos, o mediador facilitará a abertura dos caminhos dialógicos para que os próprios protagonistas envolvidos no conflito envidem esforços para encontrar uma solução para o impasse, consensualmente, contribuindo assim, para a preservação de relacionamentos que precisam ser mantidos, compondo a matriz de uma justiça coexistencial.

Apesar das qualidades, a mediação não é a panaceia para solucionar qualquer conflito ou mesmo, a crise do judiciário¹³. Cada caso detém características peculiares e o primeiro desafio para resolvê-los, é justa-

13 Cf.: PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto D. Bernadina de. A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?. In: Monica Bonetti Couto, Delton Ricardo Soares Meirelles, Eneas de Oliveira Matos. (Org.). *Acesso à justiça*. 1 ed., Florianópolis: Funjab, 2012, p. 370-396.

mente encontrar o mecanismo mais adequado dentro do leque de opções disponíveis à sociedade.

Por isso é imprescindível o cuidado com a preservação do papel da mediação para que não sejam confundidas com audiências de conciliação, ou ainda, para que não se transformem em um espaço de negociação entre advogados (apesar da existência de um terceiro), minimizando a participação das partes na resolução do problema. Assim, para que a mediação seja corretamente indicada, o mediador seja acertadamente escolhido, magistrados, advogados e partes precisam conhecer e compreender a nova ordem que se busca estabelecer.

Admitindo-se expressamente todas as vantagens das práticas conciliatórias, em qualquer etapa ou procedimento, é forçoso reconhecer que não parece ser ideal a solução que preconiza um sistema de *self-solution conflict* incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Em países como o Brasil, onde predomina o culto ao Estado e às leis, a via judiciária reina na preferência dos indivíduos para resolver seus impasses, e por isso, a sociedade se manteve distante, observando com desconfiança a utilização dos MARCs, já que a opção pelos métodos era arriscada, insegura, sem garantias. Sem outras opções legítimas para solucionar seus problemas, a decisão imposta pelo juiz seria a única via disponível, e por isso, o jurisdicionado se acostumou a congestionar os tribunais para buscá-la, pois as supostas virtudes institucionais são indiscutíveis.

Anos depois da regulamentação da arbitragem e da conciliação ser apontada como a principal base do sistema de juizados especiais e experimentar o vilipêndio e desvirtuação de seus princípios norteadores, a mediação se torna pivô em meio aos demais métodos de resolução de conflitos, com a missão de se tornar um instrumento de política pública garantidor do acesso à justiça.

Inserida no contexto judicial, a mediação se torna instrumento a compatibilizar o dogma da efetividade da atividade jurisdicional, e passa a ter o dever de funcionar direcionada à justiça. Jacques Faget observa que esta dinâmica conduz a mediação à dois modos de existência paralela: uma prática, não oficial, que lhe confere uma concepção mais prescritiva do que normativa, na maioria das vezes criticada, pois gera um sentimento de insegurança por estar supostamente sujeita a equívocos, devido a

ausência de regulamentos e da supervisão de um juiz (Estado); e a outra prática, estabelecida à sombra de uma existência oficial, a qual desloca a mediação para uma realidade diferente, mas que lhe confere posição de legitimidade, garantido-lhe maior aceitabilidade. A mediação passa a ter duas existências, ou *double vie*, uma mais legítima que a outra¹⁴.

Uma das principais razões para esse fenômeno reside na dificuldade de construção de uma problematização científica sobre estes mecanismos. A mediação é uma ferramenta útil, não há discordância relevante quanto a essa ideia, mas ao aproximá-la do Direito, o afastamento da sua essência é incontestável.

Enfim, a incorporação das práticas conciliatórias ao sistema jurisdicional Brasileiro reservam inúmeras implicações que merecerão dedicada pesquisa e acompanhamento, entretanto, o modo de implementação da Lei da Mediação no Brasil e do artigo 3º do CPC, já indicará se a hipótese da jurisdicionalização será um sucesso ou um fracasso. Dois grandes desafios deverão ser enfrentados pela mediação nesse novo contexto: i. a iniciativa legislativa deverá ombrear um sério trabalho voltado a compreensão popular sobre o instrumento que estará à disposição de todos, bem como o aprimoramento dos profissionais do Direito acerca do método; ii. a remodelação da mediação à feição processual, sem que isto fulmine suas características principiológicas, compatibilizando-a com demais princípios constitucionais, processuais e com a garantia da realização de um processo justo, dogma da efetiva entrega da tutela jurídica.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CADIET, Löic. La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías. *Civil Procedure Review*, v. 4, n.3: 25-50, sep-dec, 2013.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. *Proceso, autocomposición y auto-defensa*. 3ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

DIDIER JR., Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 52, pp. 36-41, jan/fev, 2013.

FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. *Reveu Droit et Société*. Paris. n. 29. pp. 25-38. 1995.

¹⁴ FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. *Reveu Droit et Société*. Paris. n. 29. pp. 25-38. 1995, p. 26

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. (org). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: O Código de Processo Civil Inglês. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 148-162, jan-jul. 2000.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo Direito Processual Civil. Métodos Adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias ao novo Processo Civil. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 247, pp. 475-506, setembro, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Mediação e o CPC Projetado. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 207, p. 213-238, 2012.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TARUFFO, Michele. International Association of Procedural Law International Colloquium, 2008, Valencia. *Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*. Valencia: Universitat de València, 2008, vols. 1-2.

WELSH, Nancy. Making deals in court-connected mediation: what's justice got to do with it? *Washington University Law Quarterly*, vol. 79, pp. 788-861, 2001, p. 833.

WELTER, Nelsi Kistemacher. John Rawls: A importância da posição original como procedimento eqüitativo de determinação de princípios de justiça. *Revista Tempo da Ciência*, Cascavel, n. 27, pp. 89-105, 1º semestre 2007.