



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Gabriel Juliano Aguilar Gonçalves

## **JUSTIÇA FORA DOS TRIBUNAIS**

Análise dos métodos não judiciais na efetividade do acesso à justiça

Brasília

2017

Gabriel Juliano Aguilar Gonçalves

## **JUSTIÇA FORA DOS TRIBUNAIS**

Análise dos métodos não judiciais na efetividade do acesso à justiça

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. *César Augusto Binder*

Brasília

2017

Gabriel Juliano Aguilar Gonçalves

**JUSTIÇA FORA DOS TRIBUNAIS**

Análise dos métodos não judiciais na efetividade do acesso à justiça

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. *César Augusto Binder*

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. *César Augusto Binder* – Orientador

---

Prof. Paulo Gustavo

---

Prof. Rodrigo Ribeiro

Dedico esse trabalho a meus pais por me darem a oportunidade de estudar nas melhores instituições, por seus ensinamentos sobre a vida e pelo apoio incondicional.

Foi um longo e sofrido período que ora finaliza e que inicia uma nova fase, a saída do ninho, o primeiro voo rasante.

Sem seus primeiros cuidados nunca teria chegado onde cheguei, e assim sigo adiante. São poucos os que dão valor à sua família, mas, a meu ver, não há como não mencioná-los. Além de serem meus pais, são meus amigos e professores. Estiveram comigo nos piores e melhores momentos, brincando e brigando, apenas com o objetivo de tornar-me melhor do que eles próprios. Obrigado, Wagner Gonçalves e Tania Aguilar!

Agradeço a meus melhores amigos, Arthur Teixeira, Felipe Collares e Felipe Caldas e, obviamente, aos meus primos, João Aguilar e Renato Lopes, que me incentivaram e estimularam nos momentos de dúvidas quanto à minha competência. Obrigado pela compressão e respeito às minhas vontades nas ocasiões em que me ausentei para a finalização do curso, sem que isso distanciasse ou diminuísse nossa amizade.

Ao olhar para trás vejo o quanto amadureci e o quanto ainda tenho que amadurecer. Nada teria acontecido sem vocês, familiares, amigos, colegas e professores.

Agradeço ao meu orientador e professor Dr. Cesar Binder, o mestre que me influenciou em suas aulas de recursos. Foi escolhido para ser o meu orientador porque encorajou o meu gosto pelo Direito Processual Civil. Não são muitos alunos que conseguem finalizar o curso de Direito, muito menos exercê-lo. Por isso, obrigado pelo incentivo e por ser um ótimo professor, sempre sentirei falta de suas aulas.

Agradeço, finalmente, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação. Muito obrigado!

*O mundo é para quem nasce para conquistar, e não para quem sonha que pode conquistá-lo,  
ainda que tenha razão.*

(Fernando Pessoa)

## RESUMO

O direito de acesso ao Direito e à Justiça é questão espinhosa, que há muito inquieta estudiosos do Direito Processual em razão de sua não-efetividade. Entendido hoje em sentido amplo, o conceito de acesso à justiça guarda relação com a ideia de universalização de direitos, abarcando aspectos que vão muito além do acesso ao Poder Judiciário para a resolução de litígios. No Brasil, circunstâncias particulares agravam a efetividade do acesso à justiça de maneira ampla para a população como um todo, baseada na isonomia e na igualdade na e perante a lei. Nesta condição, a questão do acesso à justiça ainda é um dos grandes desafios da sociedade brasileira. Esta pesquisa tem como tema os meios alternativos de resolução de litígios, com enfoque nos institutos da conciliação, mediação e arbitragem. Largamente utilizados no Direito Comparado, eles são não apenas incentivados nas atuais diretrizes do Conselho Nacional de Justiça como também agasalhados no ordenamento jurídico brasileiro e avalizados pela doutrina e jurisprudência pátria por seus benefícios em termos de redução da sobrecarga do Judiciário, de custos do Judiciário e sociedade civil, agilidade, rapidez e efetividade na resolução de litígios. Portanto, nada mais razoável que os cidadãos brasileiros deles se utilizem, sem recorrer ao Judiciário ou sujeitar-se a situações de desvantagem e à excessiva morosidade, fatores que obstruem a solução de suas contendas.

Palavras-chave: acesso à justiça. Acesso à justiça no Brasil. métodos alternativos resolução de litígios: conciliação. Mediação. Arbitragem.

## **ABSTRACT**

The right of access to law and justice is a thorny issue, which has long worried scholars of procedural law because of its non-effectiveness. Understood today in a broad sense, the concept of access to justice is related to the idea of universalization of rights, encompassing aspects that go far beyond access to the Judiciary to resolve disputes. In Brazil, particular circumstances aggravate the effectiveness of access to justice broadly for the population as a whole, based on equality and equality in and before the law. In this condition, the question of access to justice is still one of the great challenges of Brazilian society. This research focuses on alternative means of dispute resolution, focusing on conciliation, mediation and arbitration institutes. Widely used in Comparative Law, they are not only encouraged in the current guidelines of the National Council of Justice but are also supported by the Brazilian legal system and endorsed by the doctrine and jurisprudence of the country for its benefits in terms of reduction of Judicial overload, Judicial and civil society costs, agility, speed and effectiveness in the resolution of litigation. Therefore, nothing more reasonable than the Brazilian citizens use them, without recourse to the Judiciary or subject to situations of disadvantage and excessive delays, factors that obstruct the solution of their disputes.

**Keywords:** access to justice. access to justice in Brazil. alternative dispute resolution methods: Conciliation. Mediation. Arbitration.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	13
1.1 Acesso à justiça: evolução do conceito para além do acesso ao Judiciário .....	13
1.2 Obstáculos e barreiras ao acesso à justiça .....	17
1.2.1 Custas judiciais .....	18
1.2.2 Possibilidades das partes .....	19
1.2.3 Problemas especiais dos interesses difusos .....	21
<b>2 PANORAMA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL</b> .....	23
2.1 O papel dos recursos financeiros, da informação e educação em direitos no acesso à justiça no Brasil .....	23
2.2 A participação dos grandes litigantes junto ao Poder Judiciário brasileiro.....	29
<b>3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	36
3.1 Métodos alternativos de resolução de litígios: aspectos históricos e conceituais .....	36
3.2 Conciliação.....	41
3.3 Mediação .....	45
3.4 Arbitragem .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64

## INTRODUÇÃO

Em sentido estrito, o termo acesso à justiça remete à ideia de acesso à prestação jurisdicional para a solução de litígios. Especialmente à luz do formalismo jurídico (característica da concepção positivista do Direito) – que, segundo Bobbio (1995), define o Direito exclusivamente em função de sua estrutura formal, estabelecida nas normas, – consolidou-se o entendimento de que o acesso à justiça é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, principal espaço institucional público dedicado à solução de controvérsias. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015).

Ocorre que o conceito de acesso à justiça sofreu transformações importantes ao longo do tempo. (COUTO e OLIVEIRA, 2016). Inclusive para albergar a própria evolução do conceito de direitos humanos, que passou a incluir o direito ao acesso efetivo à justiça no contexto das reformas que propugnaram novos direitos substantivos para o homem na sua qualidade de cidadão. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Destarte, o conceito de acesso à justiça tem um sentido amplo, não se restringindo apenas à ideia formal de prestação jurisdicional para a solução de litígios, mas enquadrando-se em um contexto democratizado, pois é por ele que direitos constitucionais e legais são assegurados. Conforme Oliveira Neto e Viana (2015, p. 173), “o acesso à justiça é de uma dignidade tamanha que não pode ser visto de forma banal ou simplória”.

Embora nesta concepção ampliada o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas sociedades contemporâneas, certo é que existem obstáculos a serem transpostos nesse sentido. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

No Brasil, especialmente as diferenças entre as partes em conflito parecem ser um obstáculo significativo na efetivação do acesso amplo à justiça. Levando em conta um

ambiente de desigualdades sociais, aduz-se à questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais, mencionado por Santos (2013), e, nesse contexto, mais especificamente, às diferenças de participação junto ao Poder Judiciário entre os chamados ‘litigantes habituais’, entes e/ou pessoas jurídicas, e os ‘litigantes eventuais’, os indivíduos.<sup>1</sup>

Isso porque, entre nós, os grandes litigantes, ou ‘litigantes habituais’ possuem muito maior participação na comparação com os ‘litigantes eventuais’, fato associado pela doutrina à morosidade e ao congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, além de circunstância considerada capaz de prejudicar a efetivação do acesso à justiça de forma ampla para a população como um todo. (COUTO e OLIVEIRA, 2016).

Tal participação, inclusive, obstaría a ideia de horizontalização do acesso à justiça, baseada na isonomia, na igualdade na e perante a lei, sobretudo considerando-se a população hipossuficiente, formada por indivíduos que não dispõem de recursos financeiros suficientes para custear despesas processuais sem privar-se do básico para a sua sobrevivência. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015).

Este é o pano de fundo da presente pesquisa. Tendo em vista a problematização apresentada, indaga-se: como é possível enfrentar o impacto da participação dos grandes litigantes junto ao Poder Judiciário sobre o direito da população brasileira ao efetivo acesso à justiça? A hipótese norteadora do estudo é de que os métodos alternativos de resolução de litígios têm um papel preponderante neste contexto.

O objetivo principal da monografia é analisar os institutos da conciliação, da mediação e da arbitragem como instrumentos alternativos que exsurtem para melhorar o

---

<sup>1</sup> As expressões ‘litigantes habituais’ e ‘litigantes eventuais’ são utilizadas por Cappelletti e Garth (2002) na obra “Acesso à Justiça” quando se referem às diferenças de possibilidades das partes como um dos obstáculos a serem transpostos na direção do acesso efetivo à justiça. As mesmas expressões foram aqui tomadas numa referência às diferenças de participação de um e outro grupo junto ao Poder Judiciário, entendidas como outro dos obstáculos do acesso à justiça, especialmente no contexto brasileiro.

acesso à justiça na resolução de litígios. (COUTO e OLIVEIRA, 2016; OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015; SALES e SOUSA, 2014).

São objetivos secundários:

- a) Refletir sobre o conceito de acesso à justiça na contemporaneidade, bem como sobre os obstáculos e barreiras a serem transpostos para a sua efetivação; e
- b) Traçar um panorama do acesso à justiça no Brasil, investigando a participação dos grandes litigantes, ou litigantes habituais, junto ao Poder Judiciário do País, e discutir a eficácia da aplicação de mecanismos conciliatórios, de mediação e de arbitragem em relação ao impacto desta participação no contexto nacional, que obstaculiza o acesso efetivo da população à justiça.

O trabalho se justifica na medida em que faz-se mister entender o acesso à justiça como um direito da sociedade, e não apenas de uma parte dela, implicando que o cidadão comum pode ter um acesso à justiça justo, tempestivo, efetivo e permanente, numa equação custo benefício favorável, que pode, frequentemente, suprimir a atuação do órgão jurisdicional. A premissa é de que a resolução dos litígios pode ocorrer em um ambiente renovado e oxigenado, evitando-se como resposta ‘o mais do mesmo’. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015).

Justifica-se ainda porque métodos alternativos de resolução de litígios – internacionalmente conhecidos como *Alternative Dispute Resolution* (ADR) – têm sido largamente utilizados no Direito Comparado como mecanismos de facilitação do acesso à justiça pelo cidadão comum e de redução da sobrecarga do Judiciário em diferentes países. (SALES e SOUSA, 2014; COUTO e OLIVEIRA, 2015).

Do ponto de vista metodológico, o estudo tem caráter exploratório. O procedimento técnico empregado é a revisão de literatura, ou referencial teórico, considerado o mais adequado para o desenvolvimento de trabalhos acadêmico-científicos no âmbito do Direito. (BITTAR, 2013). A revisão foi desenvolvida com base em material já publicado, portanto, de domínio público. As fontes de consulta foram livros e artigos veiculados em periódicos especializados na área jurídica.

O trabalho está organizado em três capítulos.

No primeiro capítulo será abordado o tema acesso à justiça desde a evolução do conceito até obstáculos e barreiras à sua efetivação.

O segundo capítulo apresentará um panorama do acesso à justiça no Brasil, discutindo duas evidências que representam obstáculos específicos à efetividade do acesso à justiça no País: a carência de recursos financeiros, informação e educação em direitos e a participação dos grandes litigantes junto ao Poder Judiciário brasileiro.

No terceiro capítulo tratará dos instrumentos alternativos de acesso à justiça para a resolução de litígios, nomeadamente, a conciliação, a mediação e a arbitragem,

Após, desenvolvem-se considerações a título conclusivo e, na sequência, apresenta-se a lista de referências utilizadas para o seu desenvolvimento.

## 1 ACESSO À JUSTIÇA

Neste capítulo analisa-se o acesso à justiça de um ponto de vista da evolução do conceito, sobretudo tendo em vista a concepção no Estado liberal na comparação com o Estado social, abordagem relevante para compreendê-lo em toda a sua significância na atualidade – conforme Santos (2013, p. 167), o tema do acesso à justiça é aquele “que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica”. Não menos relevante a reflexão sobre obstáculos e barreiras ao efetivo acesso à justiça, desenvolvida a seguir, com base no magistério da doutrina, especialmente Cappelletti e Garth (2002).

### 1.1 Acesso à justiça: evolução do conceito para além do acesso ao Judiciário

A ideia de acesso à justiça evoluiu paralelamente à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado Moderno, momento histórico marcado por lutas devido às desigualdades sociais. (THEODORO JÚNIOR, 1997). A filosofia do Estado liberal estava pautada na separação entre o Estado e a sociedade. A formação daquele entre politicamente organizado assentava-se nos postulados da autonomia da vontade, da livre iniciativa, do consensualismo e da obrigatoriedade contratual. (MIRANDA NETO, 2009).

Segundo Theodoro Júnior (1997), nessa época, prevalecia como máxima dominante o chamado “*laissez-faire*” (termo francês que significa “deixe agir”), doutrina na qual a interferência do governo nos negócios e assuntos econômicos deveria ser mínima. Na acepção de Adam Smith, um dos principais pensadores do liberalismo, o *laissez-faire* era como uma “mão invisível” da economia que fornecia o máximo de benefícios para todos se os

empreendedores pudessem livremente desenvolver oportunidades rentáveis de acordo com suas próprias avaliações. (DOWNES e GOODMAN, 2007). Uma vez que o motor da economia era o interesse privado, seria suficiente deixar o ser humano em sua iniciativa para que, ao perseguir seus próprios interesses, promovesse os interesses dos demais. (MIRANDA NETO, 2009).

Leciona Theodoro Júnior (1997) que, nesta concepção liberal, a participação do Estado não ia além da declaração formal dos direitos humanos: uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, esses direitos passavam a meras declarações políticas, “de conteúdo e função mistificadores”. (SANTOS, 2013, p. 167). No plano jurídico:

Todos eram solenemente presumidos iguais e a ordem constitucional se restringia a criar mecanismos de acesso à Justiça, sem maiores preocupações com sua eficiência prática ou efetiva. Diferenças econômicas ou institucionais nem sequer eram cogitadas pelo ordenamento jurídico. Os problemas reais dos indivíduos não chegavam a penetrar no campo das preocupações doutrinárias em torno do Direito Processual. (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 49).

Os procedimentos adotados para a solução de litígios nos Estados liberais burgueses dos Séculos XVIII e XIX refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. (THEODORO JÚNIOR, 1997). De acordo com Cappelletti e Garth (2002), direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 4).

No sistema estatal liberal, afastar a incapacidade de muitas pessoas em utilizar plenamente a justiça e suas instituições, especialmente devido à falta de recursos financeiros,

não era uma preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos. Aqueles que não podiam eram considerados responsáveis por sua própria sorte, o que correspondia a uma igualdade apenas formal, mas não material de direitos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

No entanto, dadas as desigualdades sociais geradas pela equivocada compreensão de seus valores, a partir de meados do Século XX, as ideias de autonomia da vontade, livre iniciativa e livre concorrência, compreendidas de forma absoluta no Estado liberal, foram sendo abandonadas. Paulatinamente, cederam lugar ao Estado social (*welfare state*), de cunho intervencionista, quando então os objetivos maiores passaram a ser a correção das distorções da sociedade de massa e a consecução da justiça social. (MIRANDA NETO, 2009).

À medida que as sociedades do chamado sistema de “laissez-faire” cresceram em tamanho e complexidade, também modificou a concepção de direitos humanos, conceito que sofreu uma transformação radical a partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram cada vez mais um caráter mais coletivo do que individual. Com isso, as sociedades deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações típicas dos Séculos XVIII e XIX, no sentido de reconhecer direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

[...] o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado [...]. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX. As Cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. Assumiu-se, dessa maneira, o encargo não só de defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. O Estado Social de Direito pôs-se a braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 49).

Esses novos direitos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, foram os direitos necessários para tornar efetivos, isto é, realmente acessíveis a todos, os direitos antes apenas proclamados, entre eles os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança



material, à educação e ao acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 5), não surpreendeu que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção no bojo das reformas do *welfare state*, que procuraram “armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos”.

Desde então:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 5).

Tal perspectiva levou à superação do entendimento do acesso à justiça apenas como acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça como direito ao processo é um dos aspectos do acesso à justiça – correspondendo ao uso, por parte do titular, de um direito que é legal ou constitucionalmente previsto, de um dos poderes da República, “a quem compete estabelecer o que é de cada um” – mas não o único. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015, p. 177).

Embora esta seja a forma mais conhecida e difundida de acesso, tanto pelos doutrinadores quanto pela jurisprudência, já não supre todas as lacunas da sociedade, seja devido à excessiva demanda do Poder Judiciário (que leva ao reconhecimento da incapacidade de o Estado resolver todos os litígios), seja pela ausência de paridade de armas dos litigantes no processo instaurado, seja ainda pela tendência crescente à desjudicialização dos conflitos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002; OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015).

Hoje – conforme Oliveira Neto e Viana (2015) – predomina a ideia de universalização do acesso à justiça, que inclui a assistência judiciária aos menos favorecidos (notadamente os pobres); a necessidade de representação em juízo dos interesses difusos,

chamados interesses coletivos ou grupais (especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor); e a necessidade de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado (através, por exemplo, de alterações nas formas de procedimento; mudanças na estrutura dos tribunais; uso de pessoas leigas ou paraprofissionais; modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução). (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Ou seja, muito embora a expressão “acesso à justiça” seja de difícil definição, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado): primeiro deve ser realmente acessível a todos e segundo deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

No entanto, a universalização da garantia do acesso à justiça, que implica uma ordem jurídica justa, ou justiça social em sua real acepção, encontra grande dificuldade, sobretudo quando se pensa em efetividade do acesso à justiça. Esses temas são analisados na próxima seção.

## **1.2 Obstáculos e barreiras ao acesso à justiça**

Lecionam Cappelletti e Garth (2002) que o conceito de efetividade é por si só algo vago. A efetividade perfeita, que poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” entre litigantes, seria utópica, uma vez que as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. Dada esta realidade, a questão seria saber até onde avançar na direção de um objetivo utópico, ou, em outras palavras, saber que obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem ser atacados, aspecto que ressalta a importância de sua identificação.

Cappelletti e Garth (2002) estabelecem três principais obstáculos – custas judiciais, possibilidades das partes e problemas relativos aos interesses difusos – observando que muitas vezes eles se inter-relacionam.

### **1.2.1 Custas judiciais**

A barreira das custas judiciais justifica-se em razão de a resolução de litígios, particularmente nos tribunais, ser muito dispendiosa, sendo que a mais importante despesa individual para os litigantes corresponde aos honorários advocatícios. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Segundo Santos (2013), para os cidadãos em geral a justiça é cara, porém é mais ainda para aqueles economicamente menos favorecidos, uma vez que seus interesses dizem respeito a ações de menor valor, que são proporcionalmente mais caras. Daí porque os indivíduos mais pobres seriam duplamente vitimizados. Com efeito, causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Outro aspecto a ser considerado no tocante às custas judiciais é que em muitos países aqueles que buscam uma solução judicial precisam esperar vários anos por uma decisão exequível, caso do Brasil. Para Cappelletti e Garth (2002, p. 7), nesses países, principalmente se considerados os índices de inflação, os efeitos dessa demora podem ser devastadores. “Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”.

### **1.2.2 Possibilidades das partes**

De acordo com Cappelletti e Garth (2002), as possibilidades das partes – cuja ideia repousa na noção de que algumas espécies de litigantes gozam de vantagens estratégicas sobre outros – é ponto central quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo. Parte-se do princípio de que, em determinadas matérias, haveria vantagens e desvantagens básicas entre os litigantes.

Uma delas diz respeito aos recursos financeiros, pois pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Além de poderem pagar para litigar, podem também suportar a demora do desfecho do conflito, capacidades que, em mãos de uma única das partes, podem consistir em arma poderosa. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. A existência de julgadores passivos que exacerbam claramente esse problema, “por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa dentro de “um prazo razoável””, representa, para muitas pessoas, uma justiça inacessível. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 8).

No âmbito das possibilidades das partes, uma segunda matéria que reflete vantagens e desvantagens entre os litigantes, mencionada por Cappelletti e Garth (2002), é a chamada “capacidade jurídica pessoal”, relacionada não só com as vantagens em ter mais recursos financeiros, mas também com as diferenças em termos de educação, meio e status social entre os litigantes.

A capacidade jurídica pessoal seria uma barreira que muitas pessoas comuns (senão a maior parte delas) não podem ou não conseguem superar na maioria dos processos.

Isso porque nem sempre elas reconhecem a existência de um direito que podem exigir juridicamente – barreira especialmente séria para os pobres, mas que também afeta a população em muitos conflitos que envolvem direitos – ou porque não possuem conhecimentos jurídicos básicos (que viabilizam, por exemplo, a maneira correta de ajuizar uma demanda), dois pré-requisitos para o início da solução do litígio. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Essa categoria de vantagens e desvantagens configura o que Santos (2013, p. 170) denomina como obstáculos sociais e culturais do acesso efetivo à justiça para classes populares na prestação jurisdicional, “resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar”.

Nesse sentido:

[...] a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. (SANTOS, 2013, p. 170).

Para Santos (2013), pessoas com um nível econômico, social e cultural mais baixo em geral desconhecem seus direitos e têm dificuldades para perceber que seus problemas têm conteúdo jurídico. E mesmo que reconheçam a violação de um direito e que percebam que seu problema é de ordem legal, costumam hesitar em buscar tutela jurisdicional, não se mostrando dispostas para tanto – aspecto que corresponde à ausência de disposição psicológica para recorrer a processos judiciais, mencionada por Cappelletti e Garth (2002, p. 9), e relacionada com a falta de conhecimento: “mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado, podem não buscá-lo”.

Finalmente, uma terceira matéria dentro das possibilidades das partes apresentaria vantagens e desvantagens entre os litigantes: a existência de litigantes habituais e de litigantes

eventuais, que corresponde respectivamente à existência de entidades desenvolvidas e com experiência judicial mais extensa em contraposição a indivíduos cujo contato com o sistema judicial é isolado e pouco frequente. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Nesse caso, por óbvio, o primeiro grupo possui vantagens numerosas sobre o segundo, a saber: a) maior experiência com o Direito, possibilitando melhor planejamento do litígio; b) economia de escala em razão do maior número de casos levados ao Poder Judiciário; c) maior oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; d) oportunidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e e) oportunidade de testar estratégias em determinados casos, podendo garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Em função dessas vantagens, os litigantes habituais seriam mais eficientes do que os eventuais, os indivíduos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

### **1.2.3 Problemas especiais dos interesses difusos**

Os interesses difusos, categoria de direitos fundamentais, são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável e a proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam advém da necessidade de modificar concepções tradicionais em relação à ocorrência de uma lesão apenas direta e pessoal, pois a natureza difusa desses interesses implica que eles são individuais e de todos simultaneamente, situação que cria barreiras especiais de acesso à justiça. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Um exemplo de barreira nesse sentido seria a autorização pelo governo da construção de uma represa que ameaçasse séria e irreversivelmente o ambiente natural: muitas pessoas poderiam desfrutar da área ameaçada, mas poucas teriam interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, provavelmente não teriam interesse suficiente para enfrentar uma

demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tivessem legitimação ativa, eles estariam em posição análoga do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é antieconômica. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Outra barreira aos interesses difusos, mencionada por Cappelletti e Garth (2002), seria a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. É possível afirmar nesse sentido que, embora as pessoas na coletividade tenham razões para reivindicar um interesse difuso, “as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso”. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 10).

Segundo Cappelletti e Garth (2002), um exame de todas as barreiras ao acesso (acima mencionadas) revela que o padrão de obstáculos criados pelos sistemas jurídicos é mais evidente para as pequenas causas e para os litigantes individuais, especialmente a população pobre, ao mesmo tempo em que o maior número de vantagens pertence aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

## **2 PANORAMA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Este capítulo dedica-se à análise do acesso à justiça no âmbito brasileiro. Tem início com a reflexão acerca da carência de recursos financeiros, bem como de informação e educação em direitos por parte dos cidadãos, ambos considerados os principais entraves do acesso à justiça no Brasil. Na sequência, investiga a participação dos grandes litigantes junto ao Poder Judiciário, fator que contribui para a morosidade na entrega da prestação jurisdicional no Brasil como também capaz de prejudicar o acesso à justiça da população em geral – em sua obra, Cappelletti e Garth (2002) alertam sobre a necessidade de as sociedades contemporâneas tornarem efetivos, e não meramente simbólicos, os direitos dos cidadãos comuns.

### **2.1 O papel dos recursos financeiros, da informação e educação em direitos no acesso à justiça no Brasil**

A exemplo de várias Cartas Constitucionais democráticas contemporâneas, a Constituição Federal de 1988 elevou o acesso à justiça à categoria de garantia fundamental, visando operacionalizar não só os direitos solenemente ali proclamados, mas também aqueles constantes nas leis e Códigos pátrios, no sentido de fazer com que os direitos entabulados na legislação “desçam das regiões teóricas e tenham realizabilidade na vida dos cidadãos”. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015, p. 176).

A Constituição brasileira preconiza, no inciso XXXV de seu artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, acolhendo o princípio do acesso ao Poder Judiciário para todos ou da inafastabilidade de jurisdição.



(OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015; BRASIL, 1988). Considerando o acesso à justiça como direito inafastável, a Constituição tomou-o como acesso formal, e, neste âmbito, preconizou a igualdade perante a Justiça com o fito de garantir a eficácia das decisões jurisdicionais para os jurisdicionados, indiscriminadamente.

Ocorre que a igualdade do acesso à justiça no Brasil não se verifica, deparando-se com dois entraves relevantes para a sua amplificação e efetividade. O primeiro é que o acesso à justiça não é barato entre nós. E diante da realidade social do País, questiona-se como poderão os brasileiros que não recebem o suficiente nem para a sua manutenção com dignidade custear um processo judicial, fato que se agrava quando o princípio constitucional da igualdade é aplicado diretamente entre as partes em conflito, em uma leitura preponderantemente formal, “não se dando a importância desejada às diferenças sociais, econômicas e culturais existentes”. (RODRIGUES e LAMY, 2016, p. 106).<sup>2</sup>

Afirmam Rodrigues e Lamy (2016) que o sistema jurídico-processual brasileiro, estruturado em grande parte sobre o princípio da igualdade formal, em muitos momentos esquece que, sem igualdade material, há poucas possibilidades de haver uma decisão verdadeiramente justa. Tal realidade confirma Santos (2013) segundo o qual a análise do acesso à justiça evidencia a tensão existente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas. Essas desigualdades, em termos de acesso à justiça, geram dois problemas:

---

<sup>2</sup> Observa-se a esse respeito que existem antes do Poder Judiciário que oferecem a possibilidade de o cidadão demandar gratuitamente, desde que demonstre não poder arcar com as custas processuais. É o caso dos Juizados Especiais Cíveis, que atendem de graça, aceitando a proposição de ações com valor de até 20 salários mínimos sem a necessidade de um advogado ou de até 40 salários mínimos, com a presença de advogado. O cidadão só pagará custas processuais se: a) faltar a uma audiência sem comprovar que a ausência decorreu de força maior; e b) se perder a causa, recorrer e perder o recurso (neste caso, ainda deverá pagar honorários ao advogado). (TJDFT, 2017).

- a) A dificuldade ao Direito e ao Judiciário, considerando-se a falta de condições materiais de grande parte da população para fazer frente aos gastos oriundos de uma demanda judicial; e
- b) A sujeição do indivíduo mais pobre a situação de desvantagem no desenvolvimento do processo, ainda que ele tenha acesso à justiça, devido à desigualdade material em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico. (RODRIGUES e LAMY, 2016).

No Brasil, parece, pois, imprescindível a superação da injustiça social predominante, não apenas por meio de uma política social, econômica e educacional séria, e que leve em consideração a realidade brasileira, mas também através da criação de instrumentos jurídico-processuais que realmente efetivem os direitos já formalmente reconhecidos. (RODRIGUES e LAMY, 2016).

A não efetividade desses direitos leva ao que Watanabe chama de *litigiosidade contida*. Ela é o conjunto dos conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. Esse fenômeno é inegavelmente muito perigoso para a manutenção da estabilidade e da paz sociais, bem como da própria ordem estatal. (RODRIGUES e LAMY, 2016, p. 107). (grifos dos autores).

A questão dos hipossuficientes, portanto, reclama análise aprofundada, pois gera no seio da sociedade desigualdades inadmissíveis, “sobretudo num país que se arvora democrático de direito”. Impende, pois, ao Estado, considerar tal fator e deste modo estabelecer *discrímens* com vistas ao equilíbrio social. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015, p. 187).

O segundo aspecto a ser considerado em relação ao cenário brasileiro é a desinformação e não educação em direitos de boa parte dos cidadãos e mesmo da sociedade em geral, condição determinante para o acesso à justiça, tendo em vista que o pleno conhecimento de um direito depende de informação, ensino e cultura, além de orientação.

(RODRIGUES e LAMY, 2016). Conforme o constitucionalista português Jorge Miranda (2009), o acesso à justiça pressupõe conhecimento dos direitos:

A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efetivação, assim como das desvantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efetivar ou por eles serem violados. (MIRANDA, 2009, p. 229).

Assim, intimamente ligada à questão dos hipossuficientes no Brasil está a que diz respeito à ausência de educação e de informação acerca de existência de direitos, “de vez que, por regra, o hipossuficiente no sentido de destituído de recursos financeiros também se apresenta tecnicamente inferior às demais pessoas, sem falar na carência cultural”. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015, p. 188).

Segundo Rodrigues e Lamy (2016, p. 108):

As pesquisas efetuadas no País sobre essa temática demonstram um nível de desinformação muito grande com relação à legislação vigente, sendo que muitas pessoas simplesmente desconhecem seus direitos mais elementares. Do mesmo modo, desconhecem por completo os instrumentos processuais existentes para garantir esses direitos.

A pesquisa “Lei Justiça e Cidadania”, realizada com moradores maiores de 16 anos da Região Metropolitana do Rio de Janeiro pelo Centro de Pesquisa e Documentação da História Contemporânea do Brasil (CPDOC), da Fundação Getúlio Vargas, já revelava em 1999 a existência de um déficit de cidadania – situação de desequilíbrio entre os princípios de justiça e solidariedade – na população pesquisada, formada por uma amostra de 1.578 pessoas, escolhidas aleatoriamente. (PANDOLFI, 1999). Os resultados da pesquisa indicaram:

- a) Que a maioria desconhecia seus direitos e deveres (solicitados, por exemplo, a citar três direitos dos brasileiros, a maioria dos entrevistados não foi capaz de fazê-lo);

- b) Que a maioria desconhecia suas garantias legais, e, quando atingida na sua cidadania civil, não costumava recorrer à Justiça; e
- c) Que as instituições oficialmente encarregadas de garantir direitos sociais não eram reconhecidas como instrumentos eficazes ou capazes de efetivá-los. (PANDOLFI, 1999).

Na avaliação de Pandolfi (1999):

Sem dúvida, a despeito de termos no Brasil de hoje um regime com um desenho institucional marcadamente democrático, com as regras do jogo e as instituições poliárquicas bem definidas, os dados da pesquisa “Lei, justiça e cidadania” apontam para a precariedade da nossa cidadania e sugerem a ausência, entre nós, de uma “cultura política participativa”, condição considerada por muitos essencial para a consolidação de uma sociedade democrática. (PANDOLFI, 1999, p. 57).

Nesta pesquisa, a questão referiu-se, assim, ao desafio de garantir, no plano concreto, os direitos da cidadania – conforme o artigo 1º, inciso II da Constituição Federal brasileira – em sua múltipla manifestação social, buscando materializar a garantia do acesso à justiça e da prestação jurisdicional ágil e efetiva para a população, com segurança jurídica e procedimental na tramitação dos processos judiciais.

Mais recentemente, duas outras pesquisas confirmaram, parcial ou totalmente, a visão de Rodrigues e Lamy (2016) sobre a desinformação da população brasileira a respeito da legislação vigente e dos direitos nela assegurados.

Em 2011, pesquisa da Universidade Norte do Paraná, realizada com 1.012 alunos do ensino médio da rede pública de Londrina, Chapecó (SC) e Passo Fundo (RS), revelou que 78% deles desconheciam a Constituição Federal; que 70% não sabiam quais eram os seus direitos sociais; 70% não sabiam o que é democracia e nem como participar dela; e que 52% acreditavam que o ensino médio não prepara para o exercício da cidadania. (GONÇALVES, 2011).

Já pesquisa realizada pelo Senado Federal em 2013 junto a 811 pessoas maiores de 16 anos em todo o Brasil apontou que 78% delas admitiram não possuir qualquer conhecimento sobre a Constituição Federal e que apenas 35,1% declararam ter pouco conhecimento sobre a Carta, situação que compromete significativamente o exercício de direitos constitucionalmente garantidos. (SASSE, 2013).

Embora não se possa generalizar, os resultados dessas pesquisas sinalizam que muitos cidadãos brasileiros desconhecem seus direitos (bem como as formas pelas quais é possível lutar por eles) e suas garantias legalmente estabelecidas, o que dificulta o acesso à justiça, e que os sistemas educacional e judiciário no Brasil talvez venham reproduzindo os abismos sociais existentes no País na medida em que seus órgãos institucionais não são reconhecidos por boa parte da população como efetivos no acesso à justiça.

Rodrigues e Lamy (2016) avaliam que no debate acerca do direito à informação no Brasil pelo menos três elementos devem ser considerados: 1) o sistema educacional, 2) os meios de comunicação e 3) a quase inexistência de instituições responsáveis pela prestação da orientação para os direitos em termos de assistência jurídica preventiva e extrajudicial.

Observam que a educação brasileira, apesar de ter passado por um processo de expansão do ponto de vista quantitativo, ainda padece de problemas qualitativos, principalmente devido aos baixos salários pagos aos professores, fato que tem afastado os profissionais mais qualificados das salas de aula, e aos baixos investimentos em pesquisa e extensão, tanto nas instituições públicas quanto nas privadas. A evasão escolar é fator a ser considerado nesse contexto. (RODRIGUES e LAMY, 2016).

Tal realidade confrontaria com o papel da educação na sociedade contemporânea no que se refere ao acesso à justiça, cujas funções são identificar e divulgar quais são os direitos fundamentais e instrumentos adequados para a sua efetiva garantia, bem como formar cidadãos em seu pleno desenvolvimento como pessoas. (RODRIGUES e LAMY, 2016).

A educação para a cidadania passa pelo conhecimento de seus direitos e pela consciência dos direitos dos outros, cuja violação desencadeará o uso dos mecanismos estatais de solução de conflitos, incluindo a força legítima. Apesar dos avanços e preocupações com o sistema educacional nos últimos anos, ainda se está muito longe de atingir esses objetivos. (RODRIGUES e LAMY, 2016, p.109).

No que tange aos meios de comunicação, Rodrigues e Lamy (2016) acreditam que a televisão, ainda o instrumento mais ágil e que atinge a maior parte da população do Brasil, pouco tem feito para melhorar a educação no País, bastando observar a programação dos canais abertos que integram as principais redes nacionais.

De outra parte, esses autores identificam a inexistência ou insuficiência de instituições oficiais responsáveis pela orientação para os direitos, uma das funções da Defensoria Pública, conforme disposto no artigo 134 da Constituição Federal. De acordo com Rodrigues e Lamy (2016, p. 109), sem a existência de instituições que possam ser consultadas pela população, “sempre que houver dúvidas jurídicas sobre determinadas situações de fato, a possibilidade de plena efetividade do direito se torna acanhada”.

Vê-se, assim, que o amplo acesso à justiça no Brasil demanda o incremento de uma série de medidas que possam informar e educar simultaneamente, dentre elas, educação; informação; assessoria técnico-jurídica; abertura do Judiciário para o cidadão; democratização dos meios; e ações positivas do Estado em todos os setores da vida em sociedade. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2016).

## **2.2 A participação dos grandes litigantes junto ao Poder Judiciário brasileiro**

No Brasil, verifica-se um acúmulo de processos no Judiciário relativos à chamada ‘litigância serial’ – processos esses principalmente advindos de grandes litigantes, entes públicos, instituições ligadas ao sistema financeiro (bancos) e empresas operadoras de

telefonia – que necessita ser reduzido, conforme identificam a doutrina e diferentes entidades jurídicas.

No ano de 2011, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou o relatório da pesquisa “100 Maiores Litigantes”, entre pessoas jurídicas e entes, resultante do recebimento de dados coletados e enviados pelos tribunais estaduais, regionais federais e do trabalho brasileiros, referentes a processos que não foram baixados até o dia 31 de março de 2010. (CNJ, 2011).

A pesquisa delimitou os 100 maiores litigantes da Justiça brasileira por setor de atividade e, para tanto, o CNJ optou por uma classificação que separasse as entidades do setor público (entre União, estados e municípios) e as entidades do setor privado de acordo com o ramo da atividade exercida. O objetivo foi visualizar os segmentos com maior litigância, não só para contribuir com iniciativas futuras de composição dos conflitos como também para reverter uma cultura que o CNJ considera de excessiva judicialização dos conflitos. (CNJ, 2011).

De acordo com o relatório, o setor público federal e os bancos respondem por cerca de 76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça estadual (54%). Na Tabela 1 é possível observar a listagem dos cinco maiores litigantes por setor e por justiça entre os 100 identificados pela pesquisa.

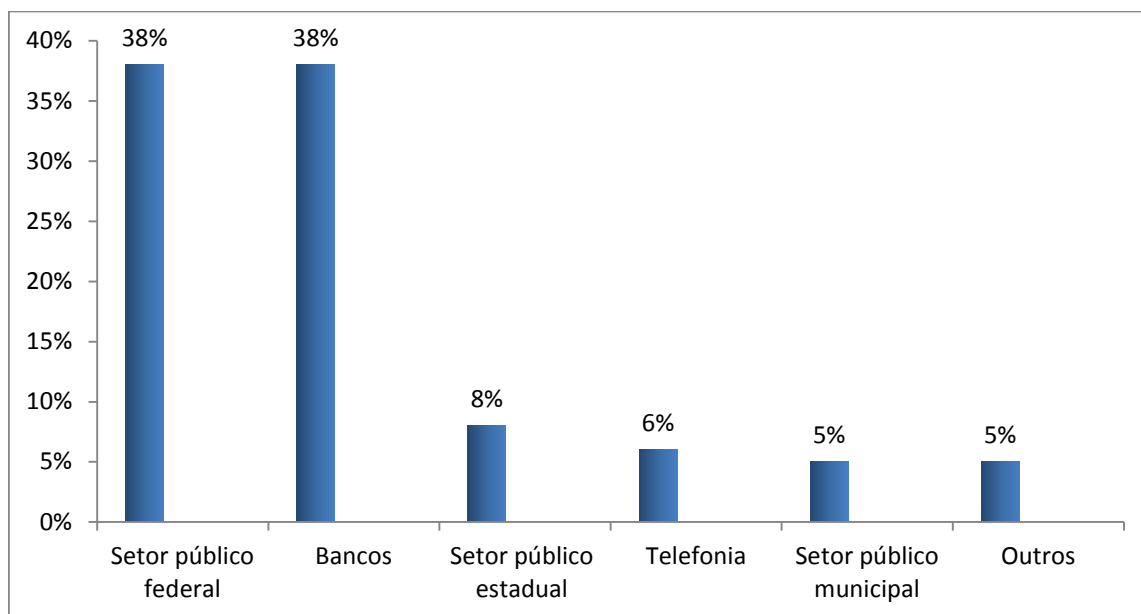
**Tabela 1 – Cinco maiores litigantes por setor e por justiça**

	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	38%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	77%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	27%	BANCOS	54%
2	BANCOS	38%	BANCOS	19%	BANCOS	21%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	14%
3	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	8%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2%	INDÚSTRIA	19%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	10%
4	TELEFONIA	6%	EDUCAÇÃO	1%	TELEFONIA	7%	TELEFONIA	10%
5	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	5%	SERVIÇOS	1%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	7%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	7%

Fonte: CNJ (2011).

Por setor, os maiores litigantes brasileiros estão assim divididos.

**Gráfico 1 – Percentual de processos dos 100 maiores litigantes nacionais por setor**



Fonte: O autor com base nos dados do CNJ (2017).

Pelo gráfico acima, percebe-se que o setor público brasileiro, os bancos e as empresas de telefonia representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, restando participação inexpressiva para outros entes nesse contexto (5%). União e bancos somam 76% de todos os processos. Chama a atenção, por outro lado, o fato de mais da metade das demandas, 51% do total dos processos dos 100 maiores litigantes na Justiça brasileira, envolverem o Poder Público, dividido entre União, estados e municípios.

As conclusões do relatório do CNJ indicam que os maiores litigantes junto ao Poder Judiciário são entes do setor público e entidades dos dois setores apontados (bancos e empresas de telefonia), que o utilizam maciçamente para a resolução de conflitos. (CNJ, 2011).

Mais recentemente, em 2015, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) – sistematizando e analisando dados coletados junto aos Tribunais de Justiça de 11 unidades da



Federação (Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe) abrangendo os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013 – divulgou os resultados do estudo “O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, que confirmaram e ampliaram os resultados do relatório do CNJ. (AMB, 2015).

Entre outros aspectos, este levantamento revelou:

- a) Um cenário que reúne aproximadamente 100 milhões de processos em tramitação no País;
- b) Uma concentração setorial expressiva nas ações do Judiciário, formada por instituições do Poder Público (municipal, estadual e federal); bancos; instituições de crédito; e prestadoras de serviços de telefonia e comunicações, órgãos que mais aparecem nos processos;
- c) A liderança da Administração Pública na disputa judicial no Primeiro Grau como parte ativa no universo dos 100 maiores litigantes nas seguintes unidades federativas: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Rondônia;
- d) Que, na Justiça Estadual de São Paulo, que concentra aproximadamente 40% dos processos em tramitação no Brasil, a Administração Pública Municipal figurou como parte ativa em mais da metade dos processos no Primeiro Grau entre 2010 e 2013, considerando os 100 maiores litigantes;
- e) Que, no conjunto dos processos envolvendo os 100 maiores litigantes em Segundo Grau, instância na qual se busca reverter sentença anterior, o setor financeiro concentra as demandas em sete de dez unidades da Federação: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul,

Rondônia, Santa Catarina e Sergipe. A Administração Pública figura em mais processos no Segundo Grau nos Estados da Paraíba, do Rio Grande do Sul e de São Paulo. (AMB, 2015).

O estudo da AMB concluiu: 1) que existe uma propensão ao litígio por parte de um grupo concentrado de atores, sendo, um dos mais contumazes, a Administração Pública, situação que, se revertida, proporcionaria o descongestionamento do Poder Judiciário; 2) que a prevalência do setor público como principal parte demandante nos estados pesquisados – uma das mais importantes evidências apontadas no estudo – pode indicar a transferência para o Judiciário de questões que poderiam ser resolvidas administrativamente; e 3) que a elevada concentração de ações nas mãos de um número reduzido de atores resulta em prejuízo ao acesso à justiça e à qualidade dos serviços judiciários prestados à sociedade brasileira em geral. (AMB, 2015).

O cenário apresentado pelas duas pesquisas citadas evidencia um forte processo de judicialização dos conflitos no Brasil e a persistência de uma cultura do conflito que funciona como se todos os problemas intersubjetivos devessem ser tutelados pelo Estado (Juiz), resultando, ao fim e ao cabo, na lentidão e ineficiência da Justiça. (LEAL, 2010).

Segundo Leal (2010):

Isto leva ao que posso chamar de *paradoxo da eficiência*, ora entendido como o fenômeno em que, mesmo aumentando as possibilidades de acesso à justiça para a sociedade civil, opera como fomento à judicialização das relações sociais, implodindo o sistema de justiça com números incontroláveis de processos a serem julgados – *ex vi* o exemplo dos juizados especiais hoje. (LEAL, 2010, p. 77). (grifos do autor).

Evidencia, além disso, que a predominância inequívoca das ações demandadas pelos chamados ‘litigantes habituais’ (os grandes litigantes, entes públicos e/ou pessoas jurídicas) junto ao Poder Judiciário consiste em um tipo de diferença entre as partes em

conflito que representa, particularmente no Brasil, outro sério entrave ao amplo e efetivo acesso à justiça no País. O magistério da doutrina confirma tal proposição, conforme segue.

Santos e Araujo (2016) consideram que, para os grandes litigantes, vale a pena resolver conflitos junto ao Poder Judiciário, pois é mais vantajoso pagar uma indenização que demorou décadas para ser fixada. O Poder Judiciário funcionaria, para os grandes litigantes, como um mero instrumento de protelação que é vantajoso.

Leal (2010) também identifica o uso do Poder Judiciário com o objetivo de tirar proveito econômico por um conjunto de entidades quando afirma:

Na base destes comportamentos temerários, encontra-se o cálculo/escolha racional destas empresas que apostam em estratégias protelatórias para cumprir com suas obrigações, eis que concluíram serem os custos impostos pelo sistema de justiça mais vantajosos do que alterarem toda uma política de tratamento do consumidor, pois, dos milhões de clientes que possuem, apenas pequena parcela recorre ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos; quando reclamam, o tempo do processo e da resposta final é igualmente benéfica para seus interesses de lucro. (LEAL, 2010, p. 55).

Para Santos e Araujo (2016), o efetivo acesso à justiça só ocorrerá quando houver restrição aos grandes “clientes” do Poder Judiciário, por exemplo, com o pagamento de custas mais elevadas, sob pena de se perpetuar a eternização dos conflitos.

Repugna o senso de justiça que um cidadão que usa uma ou duas vezes na vida os serviços do Poder Judiciário tenha que aguardar décadas para receber a prestação jurisdicional. Esta demora é causada pelo “congestionamento” causado pelo Poder Público e as empresas de sempre: bancos, telefonia, planos de saúde etc. [...]. Enquanto o Poder Público, empresas de telefonia, bancos e seguradoras não pagaram custas suplementares pelo abuso do direito de acesso ao Poder Judiciário permanecerá o “congestionamento jurisdicional” que vivemos. (SANTOS e ARAUJO, 2016, p. 137).

Couto e Oliveira (2016, p. 121) observam que a participação dos grandes litigantes, significativamente maior na comparação com os litigantes eventuais, seria um fator de morosidade e congestionamento do Judiciário brasileiro (cujos efeitos afetam o acesso à justiça), além de circunstância capaz de prejudicar a efetivação do acesso à justiça de forma

ampla para a população como um todo e a boa qualidade dos serviços judiciários, “pois a máquina estatal acaba por dispensar boa parte de seu tempo e recursos humanos na tramitação de processos que veiculam questões passíveis de composição ou solução extrajudicial”.

Oliveira Neto e Viana (2015, p. 186), por sua vez, sugerem que essa participação obstruiria o processo de horizontalização do acesso à justiça, que visa à inclusão de todos no contexto de um Estado democrático de direito: “horizontalizar é fazer com que a todas as pessoas (pobres ou ricas) sejam assegurados os mesmos meios de acesso à justiça. É promover a isonomia, ou seja, a igualdade na e perante a lei [...]”.

Para favorecer o amplo acesso à justiça, com a participação ativa dos cidadãos, e a diminuição dos índices de congestionamento do Judiciário brasileiro, inclusive nas hipóteses em que o Poder Público integre a relação jurídica, tem-se recomendado o estímulo de métodos de solução alternativa de litígios, a exemplo da conciliação, da mediação e da arbitragem, em especial no caso das demandas de massa, estímulo esse voltado à comunidade como forma de dirimir suas contendas sem a necessidade de processo judicial. (COUTO e OLIVEIRA, 2016; AMB, 2015).

O tema será analisado no próximo capítulo.

### **3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA**

Neste capítulo investiga-se a aplicação de métodos não convencionais de solução de litígios como instrumentos alternativos para o enfrentamento dos impactos da atuação dos grandes litigantes sobre o amplo e efetivo acesso à justiça no Brasil, das altas taxas de litigiosidade e do congestionamento do Poder Judiciário em função da busca pela tutela jurisdicional. A investigação tem início com a abordagem dos aspectos gerais dos métodos alternativos, focando, na sequência, três desses instrumentos – conciliação, mediação e arbitragem – no Direito brasileiro e no Direito Comparado.

#### **3.1 Métodos alternativos de resolução de litígios: aspectos históricos e conceituais**

O conflito é um fato social. Podendo ocorrer entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades (apresentando por isso diferentes tipos e diversos níveis), trata-se de uma perturbação que implica choques entre as partes nele envolvidas, pois sua origem reside na percepção de uma delas de que a outra afeta negativamente um seu interesse, algo que considere importante ou um direito. (BOBBIO et al., 2004).

Quando os conflitos são formalmente assumidos e exigem a intervenção de uma instância que os pacifique, passam a designar-se litígios. A resolução de litígios compreende duas categorias principais de processos ou modos de resolução: processos adjudicatórios e processos consensuais. (FRADE, 2003).

Os processos adjudicatórios consistem no modo de resolução no qual a decisão vinculativa sobre o litígio não deriva do mandato das partes, mas sim da ordem jurídica a que

estas estão sujeitas. Na adjudicação, um terceiro neutro e imparcial tem legitimidade para impor a sua decisão aos litigantes, situação típica das decisões judiciais e das decisões arbitrais, embora estas tenham na sua base o consenso entre as partes. Os processos consensuais, por outro lado, são aqueles nos quais as partes têm o controle do resultado e dos termos do processo, sendo auxiliadas por um terceiro que não tem poder para proferir qualquer decisão – ele apenas as auxilia na construção da solução do litígio, com intervenções que podem ir da simples facilitação do contato entre elas até a sugestão de medidas que propiciem um acordo. (FRADE, 2003).

Os métodos alternativos de resolução pertencem à segunda categoria: são procedimentos de natureza consensual que funcionam como alternativa ao litígio levado ao tribunal e envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda. (FRADE, 2003).

Segundo Sales e Sousa (2014), esses métodos ganharam destaque nos Estados Unidos na década de 1970 quando W. Burger, então presidente da Suprema Corte norte-americana, apontou para a necessidade da utilização de processos de negociação e arbitragem na resolução de litígios daquele país. Em 1976, numa conferência realizada em Minnesota, em que se discutia a crise na administração da justiça e a insatisfação do povo americano com o Poder Judiciário, cogitou-se a possibilidade de implementação de vários meios alternativos de solução de litígios cuja base fosse o diálogo e o poder de determinação das partes envolvidas. (SALES e SOUSA, 2014).

Desde então, as Cortes americanas passaram a utilizar métodos alternativos como forma de promover a eficiência processual e a qualidade da prática de acordos preventivos. A instauração desses mecanismos nos Estados Unidos objetivou também a ampliação de espécies de métodos para equacionar disputas disponíveis aos litigantes na própria estrutura física das Cortes, “produzindo, assim, resultados mais satisfatórios em certos tipos de casos e

umentando a satisfação do público com o sistema jurisdicional”. (SALES e SOUSA, 2014, p. 381).

Dos Estados Unidos, o uso de instrumentos alternativos de resolução de litígios rapidamente transpôs fronteiras, expandindo-se mundialmente por diferentes países, tanto que no Direito anglo-saxônico a resolução alternativa ficou conhecida como *Alternative Dispute Resolutions* (ADR's) e no Direito francês como *Médiation, Arbitrage, Conciliation* (MAC). (FRADE, 2003).

Hoje, os métodos alternativos de resolução de litígios possuem grande relevância na maioria dos países ocidentais por seus benefícios. De acordo com Frade (2003, p. 111), a oferta desses mecanismos vem libertar as instâncias judiciais de muitos processos de importância menor, reservando-as para a apreciação de causas mais complexas e juridicamente mais exigentes, “aumentando, deste modo, a qualidade da própria produção judicial e reforçando o papel de pacificadores sociais desempenhado pelos tribunais”. Nesta perspectiva, a sua implementação é uma forma, entre outras possíveis, “de aliviar a pressão sobre o sistema judicial, tornando-o mais operativo”.

Esses métodos também têm permitido responder com vantagem à procura de soluções de menor formalidade processual. São mais céleres, mais eficazes e eficientes, e de menor custo, caracterizando-se pelo uso de técnicas próprias e pela confidencialidade, sigilosidade, competência e imparcialidade do terceiro facilitador do diálogo entre as partes, oferecendo administração adequada a diferentes tipos de contenda. (FRADE, 2003; SALES e SOUSA, 2014).

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito. (CAETANO, 2002, p. 104).

Além disso, os métodos alternativos apostam prioritariamente no diálogo colaborativo para a solução de um problema, considerando os interesses e os sentimentos das partes na busca de uma solução em que todos os lados ganhem. (SALES e SOUSA, 2014; FRADE, 2003).

É, todavia, no desempenho da resolução alternativa de litígios para a construção e consolidação do acesso à justiça que se encontra um de seus atributos mais importantes, pois os instrumentos alternativos garantem a efetividade de direitos individuais e coletivos. Por isso, segundo Frade (2003), alguns autores defendem a necessidade de aconselhar e informar os litigantes sobre os meios alternativos de resolução existentes, inclusive para que eles escolham qual deles será o mais acertado e o que melhor servirá a seus intentos.

Os processos de RAL (Resolução Alternativa de Litígios), pelas suas características de informalização, procura do acordo, celeridade, custo tendencialmente mais reduzido e menor estigmatização pessoal e social, são procedimentos favoráveis a uma maior procura de tutela jurídica por parte de cidadãos que não se veem no modelo clássico dos tribunais e que acabam por não reagir perante as agressões aos seus direitos. Por isso, ao garantir o acesso à justiça, a RAL contribui para o reforço da cidadania e do Estado democrático. (FRADE, 2003, p. 115).

No Brasil, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal disciplina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. No entanto, não parece plausível supor que o constituinte tenha pretendido impor limitação a outras formas de resolução de litígios que não passem necessariamente pelo processo judicial. Conforme Kazuo Watanabe (2011, p. 385), referido inciso deve ser interpretado “não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”.

O novo Código de Processo Civil (CPC) – em seu Livro I, Título Único, Capítulo I, Das Normas Fundamentais do Processo Civil – emprestou especial atenção aos meios alternativos de solução de litígios conforme se verifica pela dicção do 2º e 3º parágrafos do artigo 3º, assim transcritos, respectivamente: “O Estado promoverá, sempre que possível, a



solução consensual dos conflitos”; “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. (BRASIL, 2015a).

Da mesma forma, a jurisprudência brasileira tem reforçado a relevância dos desses mecanismos, conforme se extrai da Ementa abaixo.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. PROJETO SOLUÇÃO-DIRETA CONSUMIDOR. INTIMAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.**

Já se passaram décadas desde que Mauro Cappelletti indicou, como terceira onda renovatória do processo civil, a necessidade de identificação de situações que preferencialmente não devem ser equacionadas pela justiça ordinária, mas sim direcionadas para mecanismos alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação, arbitragem e outros. Assim, a iniciativa da Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça, em parceria com o Poder Judiciário, instituindo o projeto “Solução Direta Consumidor” está perfeitamente afinada com todas as modernas tendências contemporâneas. Ou seja, a sociedade civil não pode suportar o custo de que o Judiciário seja a primeira instituição a ser procurada para resolver os mais diversos problemas da vida de relação. Isso porque há um custo orçamentário enorme para a manutenção do Judiciário, que não pode e não deve ser ultrapassado. Portanto, o Judiciário deve ser a “última praia”, ou seja, quando realmente falharem os demais mecanismos disponíveis para solucionar conflitos. Tem, sim, a parte, o direito constitucional de acesso à jurisdição. Todavia, quando o sistema propicia mecanismos ágeis, sem custo, para tendencialmente resolver de forma mais efetiva e rápida o litígio, é razoabilíssimo que se possa exigir da parte que deles se utilize antes de ajuizar sua demanda. É de se manter, portanto, a decisão da origem, que intimou a parte para, inicialmente, formular seu pedido junto à plataforma do projeto, tentando resolver a questão administrativamente. Negado seguimento ao recurso. (TJRS, 2016).

As próximas seções analisam – no Direito brasileiro e no Direito Comparado – três desses métodos, a saber, conciliação, mediação e arbitragem, os mais conhecidos e habitualmente mais utilizados em função da relevância que assumiram em termos de celeridade e eficácia nas resoluções. São métodos clássicos que vêm, inclusive, servindo de inspiração para o surgimento de outros procedimentos alternativos de resolução de litígios no Direito Internacional, especialmente em sistemas que adotam a *Common Law*, isto é, em países de tradição jurídica anglo-saxônica, tais como a peritagem, a avaliação prévia independente, o minijulgamento (ou minijuri), júri simulado, entre outros. (FRADE, 2003; BACELLAR, 2012).

### 3.2 Conciliação

O vocábulo conciliação vem do latim *conciliatione*, que significa o ato de ajustar, de promover acordo entre pessoas e/ou situações. No campo jurídico, pode designar uma atividade desenvolvida pelo juiz para obter um acordo de vontades e a extinção do conflito e do processo ou o próprio acordo de vontades, ou seja, a autocomposição do conflito. (DINAMARCO, 2001) – na autocomposição, as próprias partes em conflito buscam soluções para o litígio através de um consenso, tendo poder de decisão, com ou sem a interferência de um terceiro.

Para Caetano (2002), a conciliação é o meio ou modo de acordo do conflito entre partes adversas, desavindas em seus interesses ou direitos, pela atuação de um terceiro. Também é um dos modos alternativos de solução extrajudicial de conflitos. Na definição de Bacellar (2012, p. 85), trata-se de:

Um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial.

A conciliação é um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes em litígio. Não poderá concluir-se se as partes não chegarem a um acordo. O método pode ocorrer antes de instaurado o processo judicial ou durante o seu decurso e conta com um terceiro facilitador, que pode adotar posição mais ativa, porém neutra e imparcial em relação à resolução do litígio. (COUTO e OLIVEIRA, 2016).

A intervenção dessa terceira parte, alheia ao conflito, ajuda os litigantes a encontrarem uma plataforma de acordo tendo em vista a resolução da disputa. (FRADE,

2003). Tartuce (2008, p. 69) afirma que, enquanto técnica de autocomposição, na conciliação, o terceiro imparcial, “mediante atividades de escuta e investigação, auxiliará as partes a celebrarem um acordo, até mesmo expondo pontos fortes e fracos de suas posições e o propondo”. Para tanto, o conciliador deve apresentar-se de forma adequada, ouvir a posição dos interessados e intervir com criatividade, apontando os riscos e as consequências do litígio, sugerindo opções de acordo e incentivando concessões mútuas. (BACELLAR, 2004).

Segundo Cappelletti (1994, p. 90), “há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de “segunda classe”, são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso”. Com efeito, Cappelletti e Garth (2002) avaliam que a conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando se considera a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Esses autores alertam, entretanto, que, embora esse método se destine principalmente a reduzir o congestionamento do Judiciário, é preciso certificar-se “de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções”. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 87).

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da conciliação teve origem na Constituição do Império, de 1824, pela qual nenhum processo poderia ter início sem que primeiro se tivesse tentado meios de reconciliação entre as partes em conflito e para tal haveria juízes de paz (arts. 161 e 162). Contudo, ainda que aquela Constituição apresentasse uma norma impositiva de obrigatoriedade da tentativa de conciliação, o instituto foi abolido durante logo tempo no Brasil por ter sido considerado oneroso e inútil na composição de litígios. (BACELLAR, 2012).

Posteriormente, a conciliação voltou ao ordenamento brasileiro, estando presente, direta ou indiretamente nos seguintes diplomas legais, entre outros: Código Civil de 1916;

Consolidação das Leis do Trabalho de 1943; Código de Processo Civil de 1973; Código de Defesa do Consumidor de 1990 (que incentiva meios alternativos de solução de conflitos); Lei nº 9.099 de 1995 (dos Juizados Especiais); Lei nº 9.307 de 1996, (que disciplina a arbitragem); e Código Civil de 2002.

Com tais relevantes precedentes, aí incluída a Resolução nº 125/2010, do CNJ – que impôs aos órgãos judiciários a tarefa de oferecer, além da solução adjudicada mediante sentença, outros mecanismos de soluções de controvérsias (em especial meios consensuais como a conciliação e a mediação) – o novo CPC também trouxe em seu bojo o incentivo ao instituto da conciliação, reforçando a necessidade de busca por uma composição amigável entre litigantes, entendimento que visa reverter a cultura de judicialização dos conflitos. (CNJ, 2010; BRASIL, 2015a).

Segundo Müller (2015, p. 1.093):

Um dos pilares do Código de Processo Civil de 2015 é o de estimular a solução consensual de conflitos, como se observa de norma inserta em capítulo que dispõe a respeito das normas fundamentais do processo (§ 2º do art. 3º). Esta verdadeira orientação e política pública vem na esteira da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que tratou de fixar aportes mais modernos a respeito dos meios alternativos para a solução de controvérsias. Cada um dos meios alternativos (negociação, conciliação, mediação, dentre outros) são portas de acesso à justiça, sem exclusão dos demais canais de pacificação de conflitos, daí a razão de se defender como política pública a implantação do denominado Sistema Multiportas.

O CPC sublinhou a importância do instituto da conciliação, que é encontrado em diversas de suas partes, destacando-se dentre elas: a previsão obrigatória de audiência de conciliação, com atuação do conciliador (art. 334); o reconhecimento dos conciliadores como auxiliares da Justiça (art. 149); a criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos, também responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação (art. 165); e todos os dispositivos da Seção V do Capítulo III, Dos Auxiliares da Justiça. (BRASIL, 2015a). Pretendeu, destarte, converter o processo conciliatório “em instrumento mais sintonizado com a realidade fática e o contexto social subjacente à causa (*mundo vivido*),

ênfatizando a possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da composição ou autocomposição”. (OLIVEIRA NETO e VIANA, 2015, p. 192).

Também a jurisprudência brasileira reconhece a importância do instituto da conciliação, vide Ementa a seguir do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

**RECURSO ORDINÁRIO. SEGUNDA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO. AUDIÊNCIA.** As propostas conciliatórias formuladas pelo juízo devem ocorrer, necessariamente, em audiência. O instituto da conciliação é de máxima importância nesta especializada - tanto que a CLT, em seu artigo 764, § 1º, dispõe que os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos. Além disso, o legislador previu duas oportunidades em que o magistrado deve indagar as partes a respeito de uma possível conciliação: logo na primeira assentada (artigo 846, caput) e antes do encerramento da instrução (artigo 850). Todo esse cuidado por parte do legislador seria inútil se fosse admitida mera notificação para que as partes se manifestassem. Note-se que se trata de nulidade absoluta e matéria de ordem pública, sendo arguível de ofício. (TRT-1, 2013).

A ideia de conciliar litigantes é muito antiga. Cogita-se que o instituto já era exercido entre os povos sumerianos, hebreus, gregos e romanos. Modernamente, no Direito Comparado, a Holanda foi o primeiro país a instituir oficialmente a conciliação em suas leis. Nos Estados Unidos, a conciliação é proposta no início da audiência nos tribunais de pequenas causas, sendo realizada, no entanto, por um julgador. Não logrando êxito, aplica-se a arbitragem ou a decisão do litígio através da sentença. O mesmo ocorre na Alemanha desde a década de 1960, onde em 80% dos casos chega-se a uma composição entre os litigantes. (OLIVEIRA, 2008).

Na França, a conciliação alcança todas as questões cíveis; era exercida pelos juízes de paz, abolidos em 1958, sobrevivendo os conciliadores de vizinhança, competentes para solucionar conflitos de forma equitativa, podendo até mesmo ouvir testemunhas. Nomeados pelo presidente da Corte de apelação pelo prazo de um ano, e não possuindo necessariamente cultura jurídica, esses conciliadores exercem a atividade sem remuneração. (OLIVEIRA, 2008).

Na Itália, desde o Código de Processo Civil de 1940 contempla-se a conciliação, obrigando o magistrado a promover o instituto na primeira audiência. Como na França, na Itália o juiz conciliador não é magistrado de carreira, mas nomeado por um conselho superior de magistratura. (OLIVEIRA, 2008).

No Direito português, a conciliação já vigorava antes do advento das Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), que influenciaram o Brasil colonial. Contemporaneamente, Portugal adota a conciliação desde a reforma do Código Processual do país, de 1967, nos arts. 508 e 509. Aberta a audiência, um juiz procura conciliar as partes visando a uma solução de equidade. (OLIVEIRA, 2008).

Na Espanha, o instituto da conciliação é obrigatório. Exige-se a tentativa de conciliação antes do ingresso em juízo de qualquer demanda. Já no Uruguai, não se pode iniciar questão no Judiciário sem que previamente se tente a conciliação mediante a ajuda de um juiz de paz. Naquele país, a conciliação é matéria constitucional. O artigo 255 do Código General Del Processo prevê a utilização do instituto na primeira oportunidade em que as partes se encontram, em audiência designada para tal fim. (OLIVEIRA, 2008).

### **3.3 Mediação**

Tartuce (2008) define mediação como um processo que conta com a participação de terceiros que auxiliarão as partes no conhecimento das origens multifacetadas do litígio fazendo com que elas próprias, após esse conhecimento ampliado, proponham soluções para os seus litígios. A Universidade de Harvard, um dos maiores centros de estudos em mediação de conflitos no mundo, conceitua este instituto como um processo de resolução de conflitos

flexível e consensual, no qual uma terceira parte neutra e imparcial, o mediador, facilita a negociação entre as partes para ajudá-las a chegar a um acordo. (SALES e SOUSA, 2014).

Para Bacellar (2004, p. 174), a mediação é uma técnica “lato senso” que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito “[...] e induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”. Ou seja, o mediador – tecnicamente qualificado para ouvir, comunicar-se e facilitar a comunicação, contribuindo para que os litigantes clarifiquem seus entendimentos e interesses reais – induz as partes a negociarem em torno da resolução do litígio – a negociação é o instrumento primário da mediação – podendo, inclusive, apresentá-lhes propostas e sugestões de sua iniciativa tendo em vista a obtenção do consenso. (SOUSA e SALES, 2014; CAETANO, 2002; FRADE, 2003).

Esta perspectiva se confirma pela etimologia da palavra. O termo mediação vem do latim *mediare*, que significa agir para dividir ao meio, isto é, interceder para que haja uma repartição igual entre partes, um tipo de intervenção que se diferencia da intervenção realizada na conciliação. Segundo Frade (2003, p. 110):

Na conciliação, a intervenção de uma terceira parte, alheia ao conflito, ajuda os litigantes a encontrarem uma plataforma de acordo tendo em vista resolver a disputa. Na mediação, a intervenção do terceiro neutro faz-se através da apresentação às partes de uma recomendação ou proposta de acordo da sua autoria. Enquanto o conciliador se limita a pôr as partes em contato e a facilitar a comunicação entre elas, mas sem aventar qualquer proposta de consenso, o mediador vai mais além e sugere ativamente o conteúdo do acordo a celebrar pelas partes. Por isso, o controle do processo pelas partes é maior na conciliação do que na mediação.

Portanto, a mediação difere da conciliação no papel que é atribuído ao terceiro: o mediador pode sugerir uma solução e na prática seguramente ele adiantará algumas propostas e ideias quanto à solução. (WATANABE, 2003). Ele é mais comprometido e proativo do que o conciliador. (FRADE, 2003).

Contudo, mesmo quando expressa a sua opinião sobre os méritos da questão ou quando avança com um projeto de acordo, sua posição não vincula as partes de modo nenhum. Conforme Frade (2003), admitir o inverso seria contrariar o próprio espírito que preside a mediação, que é ser eminentemente consensual. A mediação constituiria, assim, uma espécie da autocomposição assistida dos conflitos, “na medida em que é da vontade das partes que decorre a celebração do acordo e que são elas que dirigem as negociações sob a orientação e auxílio do mediador”. (FRADE, 2003, p. 116).

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Fernanda Tartuce (2008), o tipo de intervenção do mediador é vantajosa em relação à intervenção realizada pelo conciliador. De acordo com essa autora:

Quando as partes se submetem a um acordo intensamente estimulado pelo conciliador, muitas vezes acabam renunciando a certos aspectos de seu interesse, o que pode tornar o processo insatisfatório pelas perdas mútuas verificadas. [...]. Nesse caso, a conciliação, apesar de encerrar oficialmente uma causa, acaba por fazer brotarem outras demandas decorrentes do mesmo conflito, ainda que sob diferentes aspectos. (TARTUCE, 2008, p. 84).

A mediação é um procedimento em regra privado, voluntário e de certa informalidade. (SALES e SOUSA, 2014). Tendo como objeto direitos disponíveis e indisponíveis que admitam negociação, promove uma abordagem mais profunda da controvérsia, funcionando como um acompanhamento das partes para que possam gerir seus conflitos e formular uma decisão célere, ponderada, eficaz e satisfatória em relação à controvérsia instalada. (CABRAL, 2017; TARTUCE, 2008). E possui a capacidade de expandir as formas tradicionais de acordo em discussões que encontram resoluções mais abrangentes e diversas opções. (SALES e SOUSA, 2014).

Outra característica da mediação é que viabiliza a resolução das demandas a partir da ideia de colaboração dos litigantes entre si, proporcionando a mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha. (CABRAL, 2017). A mediação não trabalha com a ideia



de partes antagônicas, onde ao final há um vencedor e um perdedor, mas sim com a do incentivo aos litigantes para que identifiquem todos os pontos convergentes que possam fazê-los parceiros, e não adversários, substituindo a lógica da competição pela lógica da colaboração. (CAETANO, 2002; SALES e SOUSA, 2014).

A finalidade própria da mediação é o restabelecimento de vínculos afetivos ou de convivência em relações continuadas. Não por acaso, relata Watanabe (2003) que na prática algumas controvérsias, principalmente aquelas que ocorrem entre pessoas em contato permanente (marido e mulher, dois vizinhos, pessoas que moram no mesmo condomínio), exigem a aplicação da mediação em virtude de se buscar nesses conflitos muito mais a pacificação dos litigantes do que a solução do conflito. De fato, a Ementa abaixo demonstra a efetividade do instituto da mediação no restabelecimento de vínculos de convivência, no caso, advinda de conflito entre marido e mulher.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. ACORDO EM SESSÃO DE MEDIAÇÃO.** Com a petição do agravante noticiando a desistência deste agravo de instrumento pela composição realizada em sessão de Mediação Familiar está prejudicado o julgamento do recurso pela perda de seu objeto. Negado seguimento, em decisão monocrática. (TJRS, 2016).

Portanto, pratica-se a mediação como uma forma de pacificação da sociedade, e não apenas como uma forma de solução de litígios. (WATANABE, 2003). Segundo Caetano (2002, p. 103-104):

É do processo de mediação – não só para os que a ela se submetem, mas também àqueles que aprendem e apreendem – a premissa de compreensão e aceitação do outro. Válida a premissa, nela está incluído efeito benéfico de melhor qualidade de vida pela pacificação social atingida, com estabelecimento de paz entre os homens de boa vontade em qualquer ramo de sua atividade profissional ou comportamental, moral, ética e até religiosa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a mediação surge na Constituição do Império, de 1924, ao lado da conciliação, que previu a presença de um juiz de paz para desenvolver tal processo. (WATANABE, 2003). No Século XX, o Código de Defesa do Consumidor, ao

incentivar meios alternativos de solução de conflitos, admitiu implicitamente a mediação. Explicitamente, o instituto é tratado na Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010), na Lei nº 13.140/2015, e no atual Código de Processo Civil, tendo, os dois últimos diplomas, grande destaque nesse contexto.

A Lei nº 13.140 instituiu o marco regulatório da mediação no Brasil, suprimindo uma lacuna na legislação nacional a respeito, dispondo sobre a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. (COUTO e OLIVEIRA, 2015).

Referida Lei definiu a mediação no parágrafo único do artigo 1º como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Estabeleceu as disposições do procedimento e as diferenciações e especificidades da mediação judicial (desenvolvida no curso do processo) e da extrajudicial, cada qual com regulamentação específica (arts. 14 a 29), bem como normatizou as atividades do mediador num e noutro âmbito. (BRASIL, 2015b).

Determinou, ainda, que caberá aos tribunais a criação de centros judiciários responsáveis pela realização de sessões e audiências de mediação (art. 24), confirmando previsão da Resolução 125/2010 do CNJ, e que a mediação extrajudicial deverá ser voluntária e acordada entre as partes, sendo realizada fora do ambiente forense. Estabeleceu, além disso, regras para a mediação em que pessoa jurídica de direito público for uma das partes. (BRASIL, 2015b).

O CPC, por outro lado, foi pioneiro ao tratar da mediação no âmbito do regramento processual, mencionando o instituto em diferentes momentos. São destaques nesse sentido:

- a) O estabelecimento dos princípios que informam a mediação (art. 166) – nomeadamente imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé;
- b) A ênfase na mediação judicial e qualificação e capacitação dos mediadores judiciais como auxiliares da Justiça, sujeitos, inclusive, a impedimento e suspensão (arts. 149 e 148);
- c) A reafirmação da obrigatoriedade da criação de centros judiciários pelos tribunais destinados ao procedimento (caput do art. 165);
- d) A regulação da atuação dos mediadores, diferenciando esta atuação da atuação dos conciliadores – o § 2º do art. 165 reza que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, enquanto o § 3º do mesmo artigo determina que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos; (grifo nosso);
- e) A criação de câmaras de mediação no âmbito da União, estados, municípios e Distrito Federal (art. 174); e
- f) A admissão de outras formas de mediação extrajudicial vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por profissionais independentes (art. 175). (BRASIL, 2015a).

Segundo Cabral (2017), embora reconhecida e já aplicada na teoria e na prática forense brasileira, a mediação necessitava de força normativa para que seus efeitos tivessem legitimação social no Brasil e pudessem proporcionar benefícios relevantes à sociedade em termos de acesso à justiça. Tanto a Lei nº 13.140 quanto o novo CPC vieram preencher esta lacuna, representando uma evolução legislativa do instituto no País.

Portanto, a regulamentação da mediação foi medida que se fez imperiosa para que o instituto fosse definitivamente sacramentado em nosso ordenamento jurídico e pudesse auxiliar na busca por uma Justiça de mais qualidade e por uma sociedade mais pacífica. (CABRAL, 2017, p. 357).

O cerne da prática da mediação – em que um intermediário atua na pacificação de partes em conflito – é utilizado desde a Antiguidade, existindo relatos sobre o seu emprego na Grécia, no Egito e em Roma. Há muito tempo, a mediação é aplicada em várias culturas, como a judaica, a cristã, a islâmica, a budista e até a indígena, sendo, portanto, tão antiga quanto a própria existência dos grupos sociais. (ALVES, 2012).

Modernamente, no Direito Comparado, esse instituto tem se desenvolvido significativamente em diferentes países. Nos Estados Unidos, país pioneiro no estudo e aplicação da mediação, o instituto teve sua fundamentação teórica realizada na Universidade de Harvard na década de 1970. Atualmente, no âmbito do denominado Sistema de Múltiplas Portas do Poder Judiciário, são oferecidas aos litigantes diferentes alternativas para a resolução de suas disputas. Realiza-se um diagnóstico prévio do litígio, posteriormente encaminhado por meio do canal mais adequado a cada situação. Apenas em último caso o problema é resolvido pelo sistema judicial. (SALES e SOUSA, 2014; ALVES, 2012).

Nos Estados Unidos a mediação, especialmente a extrajudicial, obteve rápido crescimento, transformando-se no método alternativo de resolução de litígios mais utilizado. (SALES e SOUSA, 2014). De lá, o instituto rapidamente chegou ao Canadá, ingressando

posteriormente no território europeu, atingindo vários países como França, Inglaterra, Irlanda, Noruega, Espanha, Bélgica e Alemanha, entre outros. (ALVES, 2012).

Na França, mesmo quanto ainda não tinha previsão legal, a mediação, paralelamente ao Judiciário, já era muito utilizada por organizações profissionais, sendo empregada em questões trabalhistas e também comunitárias. A regulação da mediação naquele país, ocorrida em 1996 com a inclusão do procedimento no Código de Procedimento Civil francês, teve como objetivo incentivar a sua utilização e também buscar um fundamento jurídico correto para o instituto. No entanto, pela atual legislação francesa, apenas os direitos patrimoniais e os direitos de família poderão sujeitar-se à técnica da mediação. (ALVES, 2012).

Na América do Sul, a mediação foi institucionalizada na Argentina com o escopo de amenizar a crise do judiciário, marcada pela sobrecarga de processos judiciais. Foi pensada, portanto, como um instrumento para desafogar os tribunais. A Lei nº 24.573, regulamentada pelo Decreto nº 91 em 1998, tornou obrigatória a mediação na Província de Buenos Aires, a ser realizada sempre antes da propositura da ação. A compulsoriedade da mediação é a característica fundamental da Lei Argentina, que prevê que o autor, ao ajuizar a ação perante o Judiciário, deverá comprovar que foi feita a tentativa de resolução do litígio através da mediação. (ALVES, 2012).

### **3.4 Arbitragem**

Frade (2003) identifica na atualidade uma tendência a se acatar como exemplos de métodos alternativos de resolução de litígios apenas mecanismos de natureza eminentemente consensual, como a conciliação e a mediação. Apesar disso, considera-se necessário refletir

sobre o instituto da arbitragem. A uma porque a arbitragem representa uma alternativa à via judicial e a duas porque, apesar de diferenciar-se da conciliação e da mediação, especialmente pelo caráter vinculativo e unilateral das decisões arbitrais, típico da adjudicação, o instituto possui pontos em comum com os processos que compõem o quadro de resolução não adjudicatória de litígios: combina aspectos de consenso, como o acordo das partes na escolha do árbitro, a celeridade, o baixo custo e maior agilidade processual. (FRADE, 2003).

Caetano (2002) vê a arbitragem como o modo, meio e forma de pessoas, empresas ou instituições particulares poderem dirimir, resolver e, assim, dar fim aos eventuais conflitos oriundos do relacionamento entre elas, sejam pessoais ou negociais, fora do Poder Judiciário. Para Bacellar (2012, p. 120), de forma ampla, arbitragem é:

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

Já Carmona (2009, p. 31) afirma que:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

O método é voluntário (decorre unicamente da vontade das partes), e, para ser instaurado, é essencial o consentimento dos litigantes em um acordo genérico denominado convenção de arbitragem. Nesse sentido, pode ser definido como a convenção que outorga a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas. (BACELLAR, 2012).

Na arbitragem, as partes em conflito delegam (em comum acordo) a um terceiro imparcial e neutro – o árbitro – a decisão em torno do litígio, sendo, a livre escolha do árbitro

pelas partes e o poder de decisão que elas lhe conferem, duas das características essenciais do instituto. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. (CARMONA, 2009).

Destarte, assim como o processo judicial, o processo desenvolvido na arbitragem tem sempre um caráter heterocompositivo de solucionar o conflito, uma vez que a decisão do caso compete à terceira entidade, que tem o poder de a impor às partes. (FRADE 2003). De acordo com Carmona (2009, p. 52):

Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).

O instituto representa, pois, a submissão de um litígio a um terceiro ao qual as partes atribuem o poder de emitir uma decisão vinculante. O árbitro analisa os fatos controvertidos e toma uma decisão que tem força obrigatória para os litigantes. (FRADE, 2003).

Sem retroagir às Ordenações portuguesas, que já previam o juízo arbitral, a arbitragem no Brasil teve a primeira regulamentação na Constituição Imperial de 1824, que previa a possibilidade de as partes nomearem juízes árbitros, cujas sentenças seriam executadas sem recurso. Em sede constitucional, a Constituição Federal de 1934 reservou à União a competência privativa para legislar sobre Arbitragem. E, a atual Constituição Federal de 1988, quando trata dos tribunais e juízes do Trabalho, mencionou expressamente a possibilidade de que, frustrada a negociação coletiva, as partes podem eleger árbitros para solucionar o litígio (§ 1º do art. 114). (BACELLAR, 2012; CAZZARO e PEREIRA, 2014).

No entanto, apenas em 1996, com a promulgação da Lei nº 9.307 (conhecida como Lei da Arbitragem) o instituto foi regulado, passando a ser efetivamente exercido como método alternativo de resolução de litígios. Entre outros pontos relevantes, referida Lei estabeleceu:

- a) Que a arbitragem poderá ser usada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º);
- b) Que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade (art. 2º);
- c) Que as partes submeterão a solução de seu litígio ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória (convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente ao contrato) e o compromisso arbitral (convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial) (art. 3º);
- d) Que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (art. 13); e
- e) Que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18).
- f) Quanto à sentença arbitral, ela produzirá entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e, sendo condenatória, constituirá título executivo judicial (art. 31). (BRASIL, 1996).

Segundo Bacellar (2012), a Lei nº 9.307 fez com que o Brasil superasse os dois grandes empecilhos que atrasavam o desenvolvimento da arbitragem: a obrigatoriedade da homologação judicial das decisões arbitrais e a falta de obrigatoriedade e executividade da



cláusula compromissória. Antes da Lei, além de o laudo exigir homologação pelo Poder Judiciário, “faltava executividade para a própria cláusula compromissória que retratava uma mera promessa, o que retirava autonomia e segurança aos que optassem por instituir a arbitragem”. (BACELLAR, 2012, p. 121).

Em outras palavras, além de exigir homologação judicial dos laudos arbitrais, o ordenamento jurídico não protegia com a devida segurança a manifestação de vontade de renúncia ao Poder Judiciário, nem assegurava a opção da arbitragem como método para a resolução de conflitos que viessem a surgir da relação entre as partes (opções previstas na cláusula compromissória). (BACELLAR, 2012, p. 122).

De fato, a Lei nº 9.307 representou um avanço para a efetividade do uso da arbitragem no Brasil, bem como para o avanço da mediação, que após o advento da referida Lei passou a ser incluída nos regulamentos de inúmeras instituições arbitrais como procedimento autônomo e normalmente prévio à arbitragem, com caráter secundário. (ALVES, 2012).

Com a sanção da Lei nº 13.129/2015, a arbitragem foi modernizada e ganhou ainda mais força no ordenamento brasileiro. Apesar de revogar alguns dispositivos da 9.307 (vetando, por exemplo, a inserção de cláusula compromissória nos contratos de trabalho e nos contratos de adesão) referida Lei ampliou o alcance deste meio alternativo de resolução de litígios, estendendo a possibilidade de sua utilização na resolução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis às pessoas jurídicas de direito público, faculdade até então restrita aos particulares (§ 1º do art. 1º). (COUTO e OLIVEIRA, 2016; BRASIL, 2015c).

No âmbito do Direito Civil, a arbitragem foi mencionada no Código civilista de 1916 e no de 1973. Os artigos 851 a 853 do Código Civil vigente regulam a formação do compromisso que precede o juízo arbitral. Emprestando especial tratamento à arbitragem, e corroborando o disposto na Lei nº 9.307/1996, o novo CPC, entre outros aspectos relevantes: previu expressamente a aplicação do instituto (conforme dicção do § 1º do art. 3º); tratou da

arbitragem como instituto jurisdicional no Direito brasileiro (art. 3º), garantindo aos litigantes o direito de optarem pela jurisdição arbitral (art. 42); previu confidencialidade e sigilo de justiça em todos os procedimentos arbitrais (inciso IV do art. 189); inseriu a expedição da chamada carta arbitral, a fim de promover cooperação e integração entre a justiça arbitral e a justiça estatal (inciso IV do art. 237); equiparou, assim como a Lei nº 9.307/1996, a sentença arbitral à sentença judicial (inciso VII do art. 515). (BRASIL, 2015a).

A jurisprudência tem reconhecido a relevância da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios, como é possível observar na dicção da Ementa a seguir.

**PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. VENDA E COMPRA DE ALGODÃO. INSTITUTO DA ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. VALIDADE. INTELECÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 9.307/96. CARÊNCIA DE AÇÃO. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. NECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INC. XXV DA CF. INOCORRÊNCIA. APELO DA AUTORA IMPROVIDO.** Em vista dos céleres avanços da vida em sociedade, e do agigantado aumento dos litígios entre as pessoas, não se pode furtar ao reconhecimento de que a administração da Justiça pelo Estado-Juiz tem revelado, além da morosidade que assola o Poder Judiciário, a alarmante dificuldade de se dar uma resposta adequada às necessidades que reclamam uma pronta solução de conflitos Assim, à luz do inegável congestionamento da Justiça, imperioso se abdique das soluções tradicionais, na busca de novas fórmulas e novos caminhos tendentes à pacificação social, alvitando a celeridade e praticidade aos litigantes. Daí avulta em importância, entre nós, o instituto da arbitragem, que deve ser sempre incentivado, desde que, é certo, não implique denegação de Justiça. Ressalte-se, pois, que a adoção do regramento contido no instituto da arbitragem, regidos pela Lei nº 9.307/96, não afronta nem viola os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e, sequer, do JUIZ natural. Como se sabe, a decisão (sentença) arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos do “decisum” emanado do Poder Judiciário e, tendo natureza condenatória, é título executivo judicial. E ainda versando direito patrimonial disponível, e adrede convencionado pelas partes quanto à forma de instituir a arbitragem, por meio da cláusula compromissória, submetem-se às normas do órgão ou entidade livremente escolhida. Enfim, insta consignar que o juízo arbitral não ofende a Lei Maior. (TJSP, 2008).

O instituto da arbitragem, hoje mundialmente difundido, tem aplicabilidade e uso que em muito antecede a jurisdição estatal. Ele foi aplicado na Grécia, servindo tanto para a solução de controvérsias entre cidades-Estado quanto para encerrar conflitos privados, e em Roma, onde cidadãos em conflito expunham os fatos da controvérsia ao pretor e firmavam um

compromisso, obrigando-se a aceitar o julgamento da lide por um terceiro, o árbitro, escolhido livremente pelos demandantes. (CAZZARO e PEREIRA, 2014).

Na Europa, na Idade Média, a arbitragem tinha regras expressas, dispondo sobre o compromisso arbitral. Com os regimes monárquicos a arbitragem cai em desuso em função da utilização predominante da forma judicial para a resolução de conflitos, situação que se manteve ao longo do Século XIX. (CAZZARO e PEREIRA, 2014; BONATO, 2014).

No Século XX, ocorre uma paulatina mudança de postura em relação à arbitragem, sobretudo em função das duas guerras mundiais. Em 1923, é divulgado o Protocolo sobre Cláusulas Arbitrais de Genebra. Nos Estados Unidos, é promulgado em 1925 o *Uniform Arbitration Act*, servindo de orientação para a legislação federal sobre arbitragem (*Federal Arbitration Act*), à qual posteriormente foram incorporadas as disposições da Convenção de Nova Iorque, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. E na França, em 1963, o acórdão Gosset explicitou a tomada de posição da jurisprudência francesa em prol da arbitragem. (BUZZI, 2013; BONATO, 2014).

Foi, no entanto, a partir dos anos 1970 que a arbitragem ganhou força nos Estados Unidos e na Europa. (SALES e SOUSA, 2014; BONATO, 2014). Na cultura norte-americana o uso do instituto foi ampliado substancialmente, estando hoje cada vez mais presente em todas as áreas do direito privado e também em parte do direito público. (BUZZI, 2013).

Do mesmo modo, no continente europeu a arbitragem também difundiu-se significativamente. Para tanto, contribuíram as seguintes legislações: a belga de 1972; a inglesa de 1979; a francesa de 1980/1981; a italiana de 1983; a austríaca de 1983; a holandesa de 1986; a portuguesa de 1986; a suíça de 1987; e a espanhola de 1988. Nos anos seguintes, muitos países aprimoraram essas legislações. A Itália promoveu reformas na legislação em 1994 e em 2006; a Inglaterra em 1996; a Alemanha em 1997; a Bélgica em 1998 e em 2013; a

Espanha em 2003 e 2011; a Áustria em 2006; a França em 2011; e Portugal também em 2011. (BONATO, 2014). Segundo Bonato (2014), nesse movimento de modernização do instituto da arbitragem a França foi tomada, na maioria das vezes, como modelo para os demais legisladores europeus.

Na virada do Século, vários países da América do Sul incluíram a arbitragem em seus ordenamentos jurídicos. O instituto foi adotado pelos países que compõem o Mercado Comum do Sul (Mercosul) por meio do Tratado de Brasília, de 1991, complementado pelo Tratado de Buenos Aires, de 1998, que criou um estatuto comum de arbitragem, promulgado no Brasil por meio do Decreto n.º 4.419/2003. Em 2004, entrou em vigor o Protocolo de Olivos, que instituiu o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul. Esses acordos têm por escopo a regulação da arbitragem como forma de resolução de conflitos surgidos de contratos comerciais internacionais. (BUZZI, 2013).

Portanto, no Direito Comparado, a arbitragem está amplamente difundida, não restando dúvidas sobre a sua legitimidade.

## CONCLUSÃO

Durante séculos, na grande maioria dos países ocidentais – tanto de tradição jurídica *Common Law* quanto *Civil Law* – prevaleceu, entre instituições, entes públicos e indivíduos, o uso do Poder Judiciário, para a solução de contendas. Deste modo, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário tornava-se o instrumento majoritariamente utilizado para garantir direitos estampados em legislações ou em Cartas Constitucionais, fixou-se a ideia de que o acesso à justiça significava acesso ao Poder Judiciário.

Ocorre que, frente às transformações na concepção predominante de direitos, que no decurso do tempo fizeram superar uma visão individualista de direitos para abarcar direitos individuais e da coletividade, o conceito de acesso à justiça ganhou um novo enfoque, agora mais amplo, na direção da ideia de um acesso à justiça universalizado e efetivo para todos, produzindo resultados jurídico e socialmente justos. Foi nesse contexto internacional que surgiram os meios alternativos de resolução de litígios, cuja prática também foi impulsionada pela crescente demanda do Poder Judiciário, que, fatalmente, não mais lograria suprir as necessidades cada vez mais complexas da sociedade, evidenciando a incapacidade da jurisdição estatal.

Considerando esses eventos históricos, a presente pesquisa dedicou-se à reflexão dos métodos alternativos de resolução de litígios, que proporcionam a solução de litígios na esfera extrajudicial ou seu abrevio no curso da ação no Poder Judiciário.

Conforme tratado na pesquisa, os métodos alternativos de resolução de litígios foram incorporados aos ordenamentos de diferentes países com o objetivo de desafogar o

Judiciário e efetivar o amplo acesso à justiça. Cuida-se de questão que há décadas afeta diferentes sociedades, subtraindo direitos, especialmente das camadas menos favorecidas das populações, suscitando, por isso mesmo, a produção de vários estudos, em geral inspirados pelo jurista italiano Mauro Cappelletti, processualista que, identificando o problema do acesso à justiça e suas principais barreiras, orientou um sem número de análises posteriores.

Por óbvio, o Brasil não resta imune a essa problemática. Porém, apresenta circunstâncias particulares – relatadas neste trabalho com base na doutrina e em pesquisas de diferentes instituições – que agravam significativamente o efetivo acesso à justiça.

Primeiro, que a carência de recursos financeiros, de informação e educação em direitos, caracterizadora da sociedade brasileira, de fato dificulta o acesso à justiça para a ampla maioria da população, aspectos que, para serem modificados, necessitam de uma série de medidas tanto por parte do Estado quanto do Judiciário.

Outrossim, verifica-se que o predomínio de uma cultura beligerante, propensa ao litígio, implica, invariavelmente, a busca do Poder Judiciário para a resolução de litígios, como se todos os problemas devessem e pudessem ser sanados pelo Estado e como se ele, o Estado, fosse a única via suficiente para tanto. A excessiva judicialização dos conflitos leva a um acúmulo de processos, causando morosidade e ineficiência.

Por fim, e nesse contexto, a predominância absoluta e inequívoca de ações demandadas pelos chamados ‘litigantes habituais’, os grandes litigantes, entes públicos e/ou pessoas jurídicas, configurando grande disparidade de participação entre aqueles que buscam o Poder Judiciário, de tal sorte que o cidadão comum é reconhecidamente prejudicado na efetividade de seu direito a um acesso à justiça justo e permanente.

Os métodos alternativos de resolução de litígios são empregados em todo o mundo, na grande maioria dos países ocidentais, por seus benefícios. Conforme revisado neste

estudo, eles desafogam o Poder Judiciário, emprestando maior operatividade e qualidade à produção judicial; são de menor formalidade processual, por isso mais céleres e eficazes; têm menor custo; são caracterizados pela confidencialidade e imparcialidade de um terceiro interventor que facilita o diálogo colaborativo entre as partes; oferecem administração adequada a diferentes tipos de litígios; e possuem papel primordial no ingresso à justiça por todos, e não apenas por uma parcela privilegiada, uma vez que visam à efetividade de direitos individuais e coletivos.

No Brasil, os métodos alternativos mereceram especial tratamento no novo Código de Processo Civil, não são expressamente vetados pela Constituição Federal de 1988 e têm sido referendados pela jurisprudência, que destaca a sua importância em termos de custos para o Judiciário e para a sociedade civil, agilidade, rapidez e efetividade na resolução de litígios.

Três desses métodos foram aqui enfocados por serem os mais conhecidos e mais amplamente empregados: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Guardando diferenças entre si, são procedimentos que envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial frente à contenda e cujo fundamento reside no consenso entre as partes, funcionando como alternativa ao litígio levado ao tribunal.

Muito utilizados no plano internacional – a pesquisa investigou a sua origem e desempenho no Direito Comparado, objeto do indagar jurídico e referência do conhecimento científico – esses três métodos são não apenas incentivados nas atuais diretrizes do Conselho Nacional de Justiça como também agasalhados no ordenamento jurídico brasileiro e avalizados pela jurisprudência pátria. Portanto, nada mais razoável que os cidadãos brasileiros deles se utilizem com o fito de solucionar seus embates jurídicos, sem recorrer ao Judiciário tampouco sujeitar-se a situações de desvantagem e à excessiva morosidade, fatores que obstruem a solução de suas contendas. Aos canais pertinentes – Estado, governos e órgãos do

Judiciário – compete orientar as população brasileira para que se valha desses meios, considerados os mais adequados para resolver conflitos com celeridade e menor custo, deixando ao Poder Judiciário a responsabilidade sobre litígios mais complexos, que demandem o seu aparato.

Esta pesquisa não teve o condão de esgotar o tema tratado. Seria de todo inglória se isso intentasse, pois, não obstante a questão do acesso à justiça vir sendo constante e crescentemente debatida, ainda necessita de esclarecimentos tanto em nível acadêmico-científico quanto na prática dos operadores do Direito. Recomenda-se, pois, o desenvolvimento de novos trabalhos que contribuam para a sistematização dos conhecimentos teóricos em torno do tema. Sugere-se, outrossim, a produção de trabalhos que enfoquem a aplicação dos institutos da conciliação, da mediação e da arbitragem no Brasil de um ponto de vista empírico, apresentando estatísticas a respeito e em que condições esses institutos têm sido utilizados no País.



## REFERÊNCIAS

ALVES, E.B.S. *Mediação como Forma Alternativa de Solução de Controvérsias*. 2012. 78 f. Monografia (Curso de Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Marília. 2012.

AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros. *O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil*. Brasília, 2015.

BACELLAR, R.P. *Juízados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BACELLAR, R.P. *Mediação e Arbitragem*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, E.C.B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. 1. Ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 11. Ed. Brasília: UNB, 2004.

BONATO, G. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 43, p. 59-92, 2014.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 mai. 2017. 14:00.

BRASIL, *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 30 jul. 2017. 23:30.

BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 22 jul. 2017. 13:50.

BRASIL, *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015c*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)> Acesso em: 13 ago. 2017. 22:40.

BRASIL, *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b*. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 13 ago. 2017. 22:40.

BUZZI, M.A.G. *A Arbitragem na União Europeia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul*. Brasília: Ipeja, 2013.

CABRAL, T.N.X. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio de 2017.

CAETANO, L.A. *Arbitragem e Mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002.

CAPPELLETTI, M. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, n. 74, p. 82-97, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARMONA, C.A. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAZZARO, K.; PEREIRA, J. O instituto da arbitragem no Brasil e na Espanha: comparações legislativas. *Revista Justiça do Direito*, v. 19, n. 1, p. 49-72, Passo Fundo, jan./jun. de 2014.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *100 Maiores Litigantes*. Brasília, março de 2011.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29/11/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 19 jul. 2017. 12:30.

COUTO, M.B.; OLIVEIRA, S.P. Acesso à justiça e maiores litigantes no Brasil: os métodos não convencionais de solução de controvérsias como instrumento de redução dessa litigiosidade específica. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2016. *Anais...* Brasília, 2016, p. 105-123.

DINAMARCO, C.R. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOWNES, J.; GOODMAN, J.E. *Dicionário de Termos Financeiros e de Investimento*. 3. Ed. São Paulo: Nobel, 2007.

FRADE, C. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 107-128, Coimbra, maio de 2003.

GONÇALVES, J. Cidadania, uma desconhecida. *Gazeta do Povo*. 02/10/2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/cidadania-uma-desconhecida-9ay7s4mg9z1mog80ihvemz232>> Acesso em: 12 set. 2017. 13:59.

LEAL, R.G. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 9. Ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MIRANDA NETO, J.V. A Inversão probatória do Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis estaduais. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 19, p. 283-337, Belo Horizonte, 2009.

MÜLLER, J.G. A negociação no novo Código de Processo Civil: novas perspectivas para conciliação, para mediação e para as convenções processuais. In: MACÊDO, L.B.; PEIXOTO, R.; FREIRE, A. (orgs.). *Novo CPC, doutrina selecionada*. 1. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, L.R. *Gestão do Processo – Conciliação nas Varas Cíveis como Alternativa de Solução de Conflitos*. 2008. 60 f. Monografia (Curso de Especialização em Administração Judiciária) – Universidade Estadual Vale do Acaraú. Fortaleza. 2008.

OLIVEIRA NETO, E.S.; VIANA, J.V. Acesso à justiça e o novo Código de Processo Civil: um olhar crítico. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Florianópolis, 2015. *Anais...* Santa Catarina, 2015, p. 170-201.

PANDOLFI, D.C. Percepção dos direitos e participação social. In: PANDOLFI, D.C.; CARVALHO, J.M.; CARNEIRO, L.P.; GRYNZSPAN, M. (orgs). *Cidadania, Justiça e Violência*. 1. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

RODRIGUES, H.W.; LAMY, E.A. *Teoria Geral do Processo*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SALES, L.M.M.; SOUSA, M.A. A mediação e os ADR's (*Alternative Dispute Resolutions*) – a experiência norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 2, p. 377-399, maio/agosto de 2014.

SANTOS, B.S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. Ed. São Paulo: Almedina, 2013.

SANTOS, M.C.C.L.; ARAUJO, M. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, um Enigma a ser Decifrado: percepções cognitivas na interpretação da norma*. 1. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2016.

SASSE, C. *Pesquisa DataSenado mostra que poucos conhecem realmente a Constituição*. Senado Federal. 25/10/2013. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/pesquisa-datasenado-mostra-que-poucos-conhecem-realmente-a-constituicao-do-pais>> Acesso em: 12 set. 2017. 14:28.

TARTUCE, F. *Mediação nos Conflitos Civis*. 1. Ed. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. *Direito e Processo: direito processual ao vivo*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/juizados-especiais/saiba-sobre/juizados-civeis>> Acesso em: 19 jul. 2017. 12:30.

TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70065443285*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 25/01/2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301442131/agravo-de-instrumento-ai-70065443285-rs>> Acesso em: 15 ago. 2017. 11:45.

TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70068119437*. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgamento: 10/02/2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305968655/agravo-de-instrumento-ai-70068119437-rs>> Acesso em: 13 ago. 2017. 22:40.

TJSP, Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação com Revisão nº 1071425006*. Relator: Adilson de Araújo. Julgamento: 02/12/2008. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2775351/apelacao-com-revisao-cr-1071425006-sp>> Acesso em: 14 ago. 2017. 112:40.

TRT-1, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário nº 1150003320065010342*. Relator: Flavio Ernesto Rodrigues Silva. Julgamento: 8/05/2013. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24923725/recurso-ordinario-ro-1150003320065010342-rj-trt-1>> Acesso em: 13 ago. 2017. 23:10.

WATANABE, K. Modalidade de Mediação. *Cadernos do CEJ*, v. 22, p. 42-50, Brasília, 2003.

WATANABE, K. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, p. 381-389, São Paulo, maio de 2011.