

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RICARDO ALEJANDRO LOPEZ TELLO

**TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA
COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO EMPODERAMENTO SOCIAL NO BRASIL**

São Paulo

2017

RICARDO ALEJANDRO LOPEZ TELLO

**TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA
COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO EMPODERAMENTO SOCIAL NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana Silva Maillart

São Paulo

2017

Tello, Ricardo Alejandro Lopez.

Tratamento adequado de conflitos: o efetivo acesso à justiça como forma de promoção do empoderamento social no Brasil. /

Ricardo Alejandro Lopez Tello. 2017.

116 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2017.

Orientador (a): Profa. Dra. Adriana Silva Maillart.

1. Acesso à justiça. 2. Gestão de conflitos. 3. Liberdade. 4. Autonomia. 5. Métodos consensuais de resolução de conflitos.

I. Maillart, Adriana Silva. II. Título

CDU 34

RICARDO ALEJANDRO LOPEZ TELLO

**TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA
COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO EMPODERAMENTO SOCIAL NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

São Paulo 12 de janeiro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart
Orientadora
UNINOVE

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Examinador Interno
UNINOVE

Profa. Dra. Sílvia Andréia Vasconcelos
Examinador Interno
UNINOVE

Prof. Dr. Luís Renato Vedovato
Examinador Externo
UNIMEP

B"H, dedico este trabalho ao meu querido Avô Alejandro Tello Araya ז"ל, por sempre ter me incentivado a seguir o caminho do conhecimento e o compromisso de ser luz para o mundo, e o encontro na Eterna esperança de Deus.

À minha orientadora Profa. Dra. Adriana Silva Maillart por estar sempre presente, ter acreditado na minha pessoa, motivação, compreensão, compromisso, competência e dedicação ao seu pupilo.

AGRADECIMENTOS

B”H.

A minha Orientadora, Profa. Dra. Adriana, pela maravilhosa oportunidade que tive de conhecer esta pessoa de uma sensibilidade ímpar, quem me motivou desde o primeiro momento desta empreitada, e que hoje, com o coração e mente agradecidos, posso ver concluído. Um exemplo de integridade e dedicação, não mediu esforços para me auxiliar e estar presente sempre que precisei. Querida Professora Adriana, meus mais sinceros agradecimentos.

Aos meus pais, Ricardo e Elisa, pelo carinho, dedicação e incentivo, pelas noites de súplicas ao Eterno para me dar força, e estar sempre presentes nos momentos mais difíceis. Queridos pais muito obrigado por tudo.

Minha Irmã Eunice, por seu apoio incondicional, ao seu Esposo Antonio e as minhas sobrinhas Agatha e Ziva, que são um presente divino.

A minha querida Avó, Mamá Judith, quem me alfabetizou com muita paciência.

A minha querida Avó, Mamá Berta, por sempre me receber com muito carinho e dedicação, e a incessante preocupação por nós. E Avô Arturo (*I.M.*).

A querida D. Adelbina (*Vó Bina*), pelo carinho e atenção, coração gigante. Marilza, Danilo, Gabriela e Jorge, são muito especiais.

A minhas tias e tios, primos e primas – Lopez & Tello.

A Dra. Raquel, seus livros e orientações foram e serão sempre muito valiosos, incansável na luta pelo empoderamento feminino.

Aos meus estimados professores da graduação, pós-graduação *Latu e Stricto sensu*, maravilhoso compartilhar momentos de aprendizagem que deixaram lindas recordações.

Ao meu amigo Alexandre, sempre apoiando e dando forças quando precisei, amizade ímpar.

Ao quinteto maravilhoso de amigos, a família que escolhemos, Iza, Fernanda e André.

A meus colegas e amigos no mestrado Zélia, Simone e Daniel.

RESUMO

Esta dissertação faz uma abordagem histórica da resolução dos conflitos, dando ênfase ao instituto do Tribuno da plebe, como resultado de um movimento social para obter por uma via mais democrática o acesso à justiça, de maneira extrajudicial, e a possibilidade do resgate dos meios adequados, consensuais, de resolução de controvérsias atuais como forma de empoderamento humano, como ocorria na antiguidade. Os estudos sociológicos a respeito da sociedade hodierna indicam uma transformação nas relações dos indivíduos com a sociedade, considerando que a busca da satisfação pessoal é colocada acima do bem-estar coletivo, acarreada por um egoísmo extremo, sintoma de uma sociedade individualista, motivo que intensifica os conflitos interpessoais. Dentre as possibilidades de transformação social e gestão de uma sociedade que busca o bem comum, trataremos neste trabalho, como os instrumentos adequados de resolução de conflitos têm a possibilidade de proporcionar aos membros da sociedade a liberdade e a autonomia por meio destes institutos e pelos métodos de negociação, mas, sobretudo, o resgate da resolução dos conflitos da sociedade pela sociedade. A justiça tradicional ao declarar um vencedor e um vencido pode levar à dissolução dos vínculos sociais em grupos de convivência como, dentre outros, na família, vizinhança, trabalho, bairro, igreja. Trata-se aqui, de como a conciliação, mediação e arbitragem podem auxiliar no tratamento adequado de conflitos, para o acesso à justiça e na promoção do empoderamento social. Defende-se a necessidade de superar o modo abstrato de compreender o direito, incapaz de apreender a complexidade e as mudanças da sociedade. Para tanto, utilizaremos o enfoque sociológico de Boaventura de Sousa Santos e Zygmunt Bauman, na busca por uma emancipação e liberdade social, e a visão de Paulo Freire, em que trata da autonomia, liberdade para a transformação da sociedade por meio do empoderamento na utilização das ferramentas consensuais de resolução de conflitos como forma efetiva de liberdade e autonomia. Este estudo adota o método indutivo de abordagem e a historicidade e pesquisa bibliográfica, como técnica de pesquisa e pretende contribuir para o estudo da justiça e o paradigma da eficiência, em conformidade com a linha de pesquisa da área de concentração, Justiça e o Paradigma da Eficiência, do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

Palavras-Chave: Acesso à justiça; Gestão de conflitos; Liberdade; Autonomia; Métodos consensuais de resolução de conflitos.

RESUMEN

Esta tesis realiza un enfoque histórico de la resolución de conflictos, dando énfasis al instituto del Tribuno de la Plebe, como resultado de un movimiento social para obtener por una vía más democrática el acceso a la justicia, de manera extrajudicial, y la posibilidad del rescate de los medios adecuados, consensuales, de resolución de controversias actuales como forma del empoderamiento humano, como ocurría en la antigüedad. Los estudios sociológicos al respecto de la sociedad actual indican una transformación en las relaciones de los individuos con la sociedad, considerando que la busca por satisfacción personal es colocada encima del bien estar colectivo, cargada por un egoísmo extremo, síntoma de una sociedad individualista, motivo que intensifica los conflictos interpersonales. Entre las posibilidades de transformación social y gestión de una sociedad que busca el bien común, trataremos en este trabajo, como los instrumentos adecuados de resolución de conflictos tienen la posibilidad de proporcionar a los miembros de la sociedad la libertad y autonomía por medio de estos institutos y los métodos de negociación, pero, especialmente, el rescate de la resolución de conflictos de la sociedad por la sociedad. La justicia tradicional al declarar un vencedor y un vencido puede llevar a la disolución de vínculos sociales en grupos como la familia, vecindad, trabajo, barrio, iglesia. Vemos aquí, de cómo la conciliación, mediación y arbitraje pueden auxiliar en el tratamiento adecuado de conflictos, acceso a la justicia y promoción del empoderamiento social. Se defiende la necesidad de superar el modo abstracto de comprender el derecho, incapaz de alcanzar la complejidad y los cambios de la sociedad. Para ello, utilizaremos el enfoque sociológico de Boaventura de Sousa Santos y Zygmunt Bauman, en busca de la emancipación y libertad social y la visión de Paulo Freire, que trata la autonomía, libertad, para la transformación de la sociedad por medio del empoderamiento en la utilización de las herramientas consensuales de resolución de conflictos como forma práctica de libertad y autonomía. Este estudio adopta el método inductivo de aproximación, la historicidad y exploración bibliográfica como técnica de investigación y pretende contribuir al estudio de la justicia y el paradigma de la eficiencia, de acuerdo con la línea de investigación del área de estudio, Justicia y el Paradigma de la Eficiencia, Programa de Magíster en Derecho de la Universidad Nove de Julho.

Palabras – Claves: Acceso a la justicia; Gestión de conflictos; Libertad; Autonomía; Métodos consensuales de resolución de conflictos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	----

CAPÍTULO I

1. RESGATE HISTÓRICO DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: DA SOCIEDADE À JURISDIÇÃO ESTATAL	13
1.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS EM ROMA E GRÉCIA	13
1.2. ROMA E AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS	18
1.3. OS PATRÍCIOS E A PLEBE	21
1.4. ORGANIZAÇÃO E CONQUISTAS DA PLEBE	28
1.4.1 Deslocamento de competências ao tribuno da plebe e suas funções	30
1.4.2 Afirmação e desenvolvimento do instituto do tribuno da plebe	32
1.4.3 A magistratura como poder do Estado, as contradições no universo do aparato de justiça e os interesses dominantes	35
1.5 A ENTREGA DO PODER DE DIZER O DIREITO AO ESTADO	38
1.6. ESTADO JUIZ	46
1.7. O ESTADO ASSUMINDO O DIREITO DE DIZER O DIRETO	49

CAPÍTULO II

2. A GESTÃO DO CONFLITO: DA SOCIEDADE PARA A SOCIEDADE	56
2.1. FORMAS DE TRATAMENTOS DOS CONFLITOS POR MEIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS AO PODER JUDICIÁRIO	57
2.2. EM BUSCA DO TRATAMENTO ADEQUADO CONHECENDO A DIVERSIDADE DA CULTURA JURÍDICA	63
2.3. A SOCIEDADE NASCEDOURO DO DIREITO	76
2.4 A BUSCA PELA MELHOR GESTÃO DOS CONFLITOS ORIUNDOS DA VIDA EM SOCIEDADE, DA SOCIEDADE PARA A SOCIEDADE	80
2.4.1 Métodos de tratamento de conflitos e garantidores da promoção do acesso à justiça	87
2.4.2 Harvard Negotiation Project	88
2.4.3 Método Circular Narrativo de Sara Cobb	90
2.4.4 Método Transformativo	91
2.4.5 Método da Transmediação de Annie Dymetman	92

2.4.2.1 Conciliação	92
2.4.2.2 Mediação	94
2.4.2.3 Arbitragem	96
2.5 O EMPODERAMENTO EM PROL DA EMANCIPAÇÃO SOCIAL POR MEIO DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS AO PODER JUDICIÁRIO	100
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica observa a interferência da sociedade no direito e do direito na sociedade, com bibliografia de autores que nos mostram os problemas enfrentados para a sociedade ascender à justiça e o que tem sido feito para melhorar essa relação com a sociedade e algumas indicações para encontrar formas de resoluções de controvérsias que permitam um efetivo acesso à esta justiça. Considera a sociedade como peça central no sistema organizacional, em que ela procura a solução das controvérsias por meios adequados, uma perspectiva de abordagem da maneira de fazer vir à tona uma dimensão de não violência do ser humano em especial na construção de mecanismos de solução pacífica de conflitos e de resgate da resolução de conflitos da sociedade pela sociedade, explorando a liberdade e a autonomia do indivíduo.

Diante da trajetória que a sociedade tem realizado em busca de uma solução adequada dos conflitos ideou a mediação, a conciliação e a arbitragem, as quais têm sido empregadas como métodos salutares em contraposição à tradicional forma de resolução dos conflitos, o que representa o resultado do trabalho realizado diuturnamente contra a resistência à ampliação do acesso à justiça aos segmentos sociais historicamente desprovidos de direitos e, ao mesmo tempo, as contradições do aparato da justiça, tendo em vista a realização de pesquisas no âmbito da inserção do acesso à justiça dentre os desafios de efetivação dos direitos e do Estado Democrático de Direito e, mais recentemente, dentre os desafios na promoção do acesso à justiça que se colocam à atuação do Poder Judiciário.

O primeiro capítulo do trabalho faz uma abordagem não da aproximação histórica de Roma, matriz das instituições jurídicas, mas sim da forma em que o direito era vivenciado pela sociedade; para tanto utiliza um exemplo específico, a criação do instituto do tribuno da plebe, como resultado de um movimento social para obter por uma via mais acessível ao plebeu um meio alternativo de acesso à justiça, de maneira extrajudicial. Também, faz uma abordagem sobre a Grécia, verificando alguns pontos de conexão e outros antagônicos com o povo romano. Aborda ainda a migração da resolução do âmbito privado para o público. Mas fazendo, sobretudo, uma análise crítica de que, no momento atual, o Estado não atende mais os anseios sociais, distanciando-se cada vez mais deles, em que tendo tomado o poder de dizer o direito

suprime da sociedade a participação na solução das controvérsias resultando em um Judiciário alheio à realidade social, isto é, o afastamento das sentenças e de todo o processo da realidade do povo, e a exclusão da crise do Poder Judiciário, que não dá respostas céleres, efetivas e eficientes às demandas a ele propostas.

O segundo capítulo, por sua vez, considerando que, além de custosa, a Justiça atrelada ao Poder Judiciário é pouco acessível, lenta e ineficaz, excessivamente formal e burocratizada, há que se buscar fora da jurisdição caminhos mais simples para a solução de controvérsias. Defende-se aqui a necessidade da retomada do poder de resolver as controvérsias do povo pelo povo, observando os limites constitucionais, de ordem pública e soberania nacional, por meio do tratamento adequado de conflitos e por instrumentos mais próximos da sociedade em manifestações próprias do pluralismo jurídico. Como ocorre, por exemplo, na justiça indígena campesina que trabalha em paralelo com Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, que atende as demandas da sociedade, reconhecendo a coexistência das bases jurídicas distintas não havendo entre elas uma hierarquia respeitando a formação do povo e cultura.

Nesta linha, este estudo trata das formas alternativas de resolução de controvérsias enquanto manifestação de uma nova forma de justiça - uma justiça coexistencial, não contenciosa, conciliativa, descentralizada, mais acessível e humana, que independe da autoridade oficial do juiz, que emanará de uma autoridade social – mediadores ou conciliadores de bairros, de fábrica, de escola, resgatando a resolução de conflitos da sociedade para a sociedade. E, a questão do acesso à justiça por meio da desjudicialização, como forma de evitar o recurso da jurisdição ou de viabilizar acordos no âmbito processual, tornando mais ágil a prestação jurisdicional. Busca-se observar os meios adequados de resolução de conflitos, avaliando as possibilidades de ampliação do acesso à justiça de segmentos historicamente desprovidos de direitos, munindo-os de empoderamento social e promovendo sua liberdade e autonomia para resolver suas próprias controvérsias.

Este estudo adota o método indutivo de abordagem e a historicidade e pesquisa documental e bibliográfica, como técnicas de pesquisa.

CAPÍTULO I

RESGATE HISTÓRICO DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: DA SOCIEDADE À JURISDIÇÃO ESTATAL

Nos primórdios da sociedade, a gestão dos conflitos se dava entre os pares ou era levado ao sábio para dirimir a questão a ele trazida, momento em que se comunicam tradição, cultura e origem, respeitando-se as relações entre eles, dando respostas da sociedade pela sociedade, não sendo algo imposto de maneira vertical por quem detêm o poder, haja vista que o povo é o detentor natural do poder.

Na origem a gestão dos conflitos se dava entre os pares na sociedade, o respeito a um terceiro que era escolhido pelas partes ou exercia a sua função por escolha da coletividade para ajudar a solucionar os conflitos entre os habitantes de uma determinada região.

Quando havia um conflito com um forasteiro, peregrino, o caso era levado a quem conhecesse dos princípios daquela coletividade e que fosse aplicável ao estrangeiro, método que conduzia as partes a um consenso, dialogando com ambos costumes ou tradições.

Era a própria sociedade, que se organizava e buscava os meios para solucionar os seus conflitos, e a forma em que eles seriam preservados, originariamente foi de forma consuetudinária, pactos celebrados com longas cerimônias afim de que ficassem gravados em todo o grupo social.

Diante disto, verificamos que nos primórdios, desde os tempos primitivos, os costumes eram os modos de viver dos grupos familiares.

A coletividade escolhia quem deveria conduzir os interesses dos cidadãos caso não fosse probo eram eles, também, quem os destituía, não sempre foi de maneira ordeira e pacífica, mas procurava-se constantemente que na gestão política e jurídica a participação fosse de todos.

1.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS EM ROMA E GRÉCIA

O direito se desenvolve no seio da sociedade e ocupa função importante nela, ordenando as relações sociais intersubjetivas e sua organização jurídica.

Numa interação intensa com os segmentos sociais, tem-se em Roma um referencial histórico – jurídico, no qual se observa a criação e reconhecimentos dos institutos jurídicos, em especial o tribuno da plebe, um instituto que busca abrir espaço para a construção de novos paradigmas na prossecução da construção de uma sociedade mais justa.

Nesta linha de pensamento, a justificativa de fazer um esforço na pesquisa histórica a fim de compreender a relação dos movimentos sociais e o indivíduo na sociedade, a afinidade que poderá existir entre o mundo moderno e o mundo antigo.

Os estudiosos buscaram analisar e observar o passado desde a ótica das suas realidades, no contexto das suas existências, com seus dogmas, conceitos, preconceitos, racionalidade etc e isto é o que hodiernamente nos permite fazer uma reflexão sobre a dialética do presente e o passado ou vice e versa.

A hermenêutica utilizada permitiu a humanidade dar uma interpretação conforme fossem os seus conceitos no presente e como estes poderiam ser naquela época, e a dinâmica social permitiu observar os avanços na dialética e também em que a sociedade ficou estagnada, e, por tanto, a história permite fazer esta pesquisa dialogando com outras áreas como a sociologia e a filosofia.

Cada geração em seu tempo deu um sentido à vida, ao bem-estar comum, e outros maior importância ao individualismo.

Assim caminha a humanidade, naquelas cidades – Estados encontramos similaridades com institutos hodiernos, em outros não haverá algo similar, o que será trabalho de estudo para as próximas gerações a respeito do que foi feito em nossa época.

Repensar as civilizações gregas e romanas é um aporte que se faz neste momento, com os seus institutos, sociedade, organização e a divisão entre clãs, vilas, tribos, cada uma no âmbito das suas comunidades, a forma de que cada uma delas tinha para a solução dos conflitos.

Neste ponto, quando se refere a formação da magistratura em Grécia e Roma, percebe-se que elas guardam similitudes com alguns costumes romanos, haja vista que o título de magistrado era concedido ao cidadão que exercia algum cargo de interesse público e o magistrado podia ser escolhido pelas partes (Dallari, 1996, p. 9),

não havendo necessidade que ele tivesse conhecimento específico para ser nomeado ou eleito magistrado, nos casos que eram submetidos ao seu conhecimento afim de que ele pudesse dar uma solução aos conflitos

O título “magistrado” era dado a um cidadão que exercesse algum tipo de poder de comando, civil ou militar, no interesse público [...] O magistrado (*arké*) poderia ser escolhido por eleição ou por sorteio e qualquer cidadão poderia ser escolhido, o que obviamente, elimina a hipótese de exigência de conhecimentos especializados para ter acesso à magistratura. Além disso, o cargo poderia ser exercido em caráter temporário ou vitalício, ficando evidente, pelo menos nos casos de temporariedade, que não se tratava de uma profissão. (DALLARI, 1996, p. 9)

Podemos verificar, também, outro ponto que guarda relação entre os romanos e gregos, na forma de organização e divisão dos seus habitantes por meio de uma instituição que os romanos denominavam de *gens* e os gregos *ghénosa*,

A *gens* formava um corpo, cuja constituição era puramente aristocrática; é graças à sua organização interior que os patrícios de Roma e os eupátridas de Atenas perpetuaram por muito tempo seus privilégios. [...] Assim, em Roma, os plebeus imaginaram formar gentes, à imitação dos patrícios; em Atenas, tentou-se alterar os *ghéne*, fundindo-os entre si, e substituindo-os pelos *dêmos*, estabelecidos à sua semelhança. (COULANGES, 2008, p. 109)

Nota-se existir entre eles o desejo pela mudança de status e maneira de usufruir dos privilégios da aristocracia, pelo que cada povo a sua maneira as modificou ou perpetuou e os mecanismos que utilizou para tal, no caso romano especificamente o tribuno da plebe e no grego a inexistência de requisitos de conhecimentos especializados, como podemos ver que qualquer pessoa poderia ser escolhido para o papel de magistrado conforme assevera Dallari (1996, p. 9) “e pelo universo dos que poderiam ser escolhidos fica claro que a magistratura não era tarefa para especialistas”.

Na Grécia do período arcaico, os nobres ou poderosos chefes dos clãs foram reduzindo o poder do rei e tornaram-se em dirigentes das cidades, *polis*, eles formavam o conselho soberano e eram eles que administravam a justiça, guiados por diretrizes de direito consuetudinário, tradicional, que apenas alguns tinham acesso.

Os detentores do poder eram os que tinham terras, cavalos, exércitos e servos, com o passar do tempo os moradores que faziam parte das classes menos

favorecidas, foram conseguindo armas a um custo acessível e mais novas, pelo que puderam participar de maneira ativa na defesa das cidades gregas.

Essa participação fez com que estes habitantes passassem a reclamar por uma participação nas decisões políticas, a ter uma atuação na administração e clamar por reformas. Isto, causou revoltas e guerras civis.

Em virtude desses conflitos, a cidade de Atenas atribuiu a certos homens de boa reputação a tarefa de redigir leis. Eles eram denominados de tiranos – senhores, em grego. Consequência disso foi que, com esse procedimento adotado o poder dos dirigentes das polis, os nobres, que formavam o conselho dos soberanos, que interpretava o direito conforme os seus interesses, conheceram por fim algum limite ao seu atuar (FUNARI, 2002, p. 20-21).

Mister se faz notar que, entre estes povos, havia traços que os colocavam diametralmente opostos, no entanto, quando se refere a religiosidade e o temor aos deuses, os dois são igualados, haja vista a cidade ser fundada como um centro religioso, do qual extrai o poder e o império para o Estado governar absoluto sobre os seus membros, conforme descreve Coulanges:

O medo dos deuses não era sentimento próprio dos romanos; imperava também entre os gregos. Esses povos, originalmente constituídos pela religião, por ela nutridos e criados, conservaram por muito tempo a marca de sua educação primitiva. São conhecidos os escrúpulos do espartano, que jamais começa uma expedição enquanto a lua não alcança sua plenitude, que imola continuamente vítimas para saber se deve combater, e que renuncia aos empreendimentos mais necessários e certos porque um mau presságio o assusta. O ateniense afasta-se do romano e do espartano por mil traços de caráter e de espírito, mas o medo dos deuses torna-os semelhantes a eles. Um exército ateniense jamais entra em campanha antes do sétimo dia do mês, e, quando uma frota parte pelo mar, toma grande cuidado em redourar as estátuas de Palas. (COULANGES, 2008, p. 243-244)

Como se pôde observar, havia entre o ateniense e o romano o mesmo espírito inicial para seguir rituais, mas em cada cidade as revoluções e atuação dos seus habitantes deixaram marcas significativas no rumo que cada uma delas tomou.

Neste contexto, de rituais e cultos holísticos, em Atenas o percebe-se a importância dada ao desenvolvimento e utilização de meios resolução de conflitos, avocando a atenção, mais especificamente, para o instituto da arbitragem, haja vista que ela aparece nos contos da mitologia grega, ficando estampada a utilização de tal instituto para dirimir os conflitos entre as deidades, conforme expõe Silva (2005, p., 9), “Nos tempos mitológicos, encontram-se grandes exemplos da utilização desse

instituto, empregado tanto para solucionar os litígios de ordem particular quanto os de ordem pública.”

Na Atenas do século V a. C, a possibilidade da participação política abrangia um número muito considerável de cidadãos e ela incluía os homens mais desfavorecidos economicamente – os que se dedicavam a agricultura e ao artesanato – eles estavam ao lado dos mais economicamente favorecidos – comercio marítimo e minérios – uma democracia que cuidada da participação de todos. (FUNARI, 2002, p. 30)

A democracia ateniense era um regime em que os menos favorecidos economicamente detinham um poder considerável, o maior número de participantes da democracia ateniense e que dela usufruíam eram os camponeses ou os pequenos artesãos. Havia o pensamento de que ninguém era impedido de servir a cidade, quer fosse por sua pobreza ou pela obscuridade da sua condição. (FUNARI, 2002, p., 30.)

Em Roma, a atuação dos tribunos demonstra, ainda, que ele perturbava os interesses preponderantes que se perpassavam no sistema predominante da época e que faziam sentir os reflexos na justiça, quer fossem no poder dos magistrados, pretores, dos civis, quer os consubstanciados nos poderes de guerra, políticos e os de maneira expressa no poder econômico. O que deu lugar as revoluções, mudando o rumo da sociedade

Portanto, quando essas crenças, sobre as quais se baseava esse regime social, se enfraqueceram, quando os interesses da maioria dos homens ficaram em desacordo com o regime, este teve que desaparecer. Nenhuma cidade escapou a essa lei de transformação, nem Esparta, nem Atenas, nem Roma, nem Grécia. (COULANGES, 2008, p. 254)

Assim, se traz à tona o significado da mobilização e organização social de maneira pública. Fazendo com que parcela da sociedade tenha o conhecimento da solução extrajudicial dos seus conflitos ao que tem a oposição do outro, quer seja por índole material ou simplesmente eivadas por questões intersubjetivas.

Em Atenas, o povo, o conjunto de cidadãos eram considerados soberanos e suas decisões só estariam submetidas as leis que eram resultado de suas próprias deliberações. Ninguém podia deixar de se submeter as leis sob pena de sofrer as penas previstas pelos atos de descumprimento.

Um dos institutos já utilizados pelos gregos era a arbitragem e é demonstrado tanto na sua história jurídica como na mitologia, era muito prestigiada a arbitragem

como meio de solução de conflitos, devido a sua organização e tratamento diferenciado da vida pública e privada em relação aos romanos. (SILVA. 2005, p., 10)

Em Atenas alguns tribunais denominados ligas enfitônicas, os que detinham a competência para dirimir os conflitos entre as cidades gregas, e atuavam como verdadeiros juízes arbitrais, cabe salientar, por oportuno que estes tribunais, ligas enfitônicas, se distinguem dos árbitros públicos que existiam há época. Outro ponto admirável, da civilização helênica, era a importância dada ao desenvolvimento e utilização dos meios de resolução de conflitos, ao verificar que na cidade de Atenas em caso de conflitos, aos árbitros era dada a função primeira de tentar uma conciliação, caso não fosse obtida, passava-se a uma fase que era a da arbitragem em sentido estrito, momento em que as partes recebiam a sentença com a decisão. (SILVA. 2005. p., 10)

A democracia grega tem um significado que transcende até hoje, pois é o poder do povo, do povo para o povo e não o poder de um ou o poder de poucos – monarquia e oligarquia ou aristocracia – respectivamente (FUNARI, 2002, p. 27)

Desta forma, o sujeito em Roma buscava obter soluções para os seus conflitos e, com isso, pouco a pouco, vai construindo uma cultura para a pacificação, mas primeiro procura a coletividade e se organiza, para reivindicar de quem detêm o poder o seu direito de ser atendido como cidadão sujeito de direito.

Por conseguinte, longe de se mostrar simplesmente como um único ou novel arranjo organizacional, esse instituto e os seus colaboradores extrajudiciais, atuando de maneira autônoma e democrática, insistiu paulatinamente na superação do paradigma autoritário de justiça, defendendo, por excelência, a dignidade da pessoa humana, por ser justo e necessário.

1.2. ROMA E AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

Esta parte do trabalho tem por objetivo analisar o instituto da Tribuna da Plebe, como um exemplo de como a forma de solução de controvérsias pode ser reivindicada pela sociedade para a sociedade, como forma de luta e ascensão de uma classe preterida dos mais amplos direitos romanos da época e, quiçá, sirva de inspiração para a construção de meios de resoluções de disputas constituída da sociedade para a sociedade no momento atual.

Para tanto, serão analisados os primórdios históricos do Estado romano, não em divisão de tribos, mas uma distinção acentuada entre a classe patricia e a plebeia, que perpassa não somente por uma desigualdade econômica, mas também por desigualdades sociais e políticas, excluídos da administração da *civitas* e do culto religioso.

Assim, a plebe, cansada da opressão, organiza-se e faz uma mobilização de forma muito expressiva conseguindo com que os patrícios, cidadãos romanos de elevado poder econômico, aceitem as suas reivindicações.

Foi neste contexto que nasce o instituto da Tribuna da Plebe, magistratura exclusivamente plebeia, que quebra os paradigmas da época e inicia a conquista de direitos e posições desta classe. Talvez, para seus opressores não lhes fosse considerada grande vantagem ou conquista, mas aqueles souberam lavrá-la até ascender a mais alta magistratura romana.

Em nosso hodierno estágio de conhecimento científico sobre o estudo do direito tem predominado o entendimento de que não há sociedade sem direito, *ubi societas, ibi jus*, frase cunhada por Ulpiano (DINIZ, 2008, p. 15).

Isto por que se entende que ter direito é exercer importante função na sociedade como: coordenar e organizar as relações na vida social.

Pellegrini (2010, p. 25) afirma que, “a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”.

Roma tem sido um referencial no mundo jurídico, pois é de lá que trazemos os institutos basilares do direito.

Apesar de não haver unanimidade sobre a data de fundação de Roma, para os propósitos deste trabalho seguiremos a tradição dos historiadores juristas, que aponta o ano 754 a.C em que se teria dado a fundação de Roma.

Maria Helena Diniz (2008, p. 15) leciona que,

a clássica divisão do direito em público e privado é oriunda do direito romano, como se vê na seguinte sentença de Ulpiano: *‘Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatum’*¹.

¹ “Para este estudo, há duas posições, pública e privada. Direito Público é o que diz respeito aos interesses do Estado romano, o direito privado é o utilizado pelos privados em suas relações: pois há

Essa divisão foi dada com o fim de disciplinar as relações entre os civis e entre esses e o Estado.

Da data da fundação de Roma até a morte de Justiniano, desenrolaram-se treze séculos de História do Direito.

Não foi um desenvolvimento isento de obstáculos, porém, foi um desenvolvimento constante, incessante, por vezes tumultuado, tanto na esfera do Direito Público como do Direito Privado, visto serem épocas de agitação, guerras e conquistas.

Como assevera Silvio Meira (1975, p. 12-13), “as transformações políticas se refletiram no Direito Público e no Privado; as lutas sociais deram margem a profundas repercussões no Direito Privado”.

No âmbito da resolução de controvérsias, antes do Estado romano trazer para si o poder de declarar o direito no caso concreto e realizar a jurisdição, existiram três fases distintas: I) autotutela; II) arbitragem facultativa; III) arbitragem obrigatória. Cabe salientar que o processo surge com esta última, todavia, a jurisdição, como entendida atualmente surgiria depois.

O processo civil romano desenvolvia-se perante o magistrado ou pretor – *in jure* – e diante do árbitro ou *judex – apud judicem* – (PELLEGRINI, 2010, p. 28-29). E em todo o período clássico do direito romano (século II a.C a século II d.C), perdurou este sistema, com o crescente fortalecimento do Estado, que começa a nomear árbitros ou tribunos para a pacificação social, surgindo o critério objetivo e vinculativo para as decisões, repelindo julgamento arbitrários e subjetivos.

Os tribunos, considerados *sacrosancti*, não podiam ser cerceados no exercício da sua função e a eles devem-se as reformas na incipiente legislação existente, iniciando-se a elaboração da Lei das XII Tábuas, um marco histórico e fundamental para os habitantes da cidade romana (MEIRA, 1975, p. 44).

Percebe-se que a divisão em tribos não era a que mais caracterizava o Estado romano primitivo, mas sim a distinção, bem acentuada, entre a classe patrícia e a plebeia.

coisas que são de utilidade pública, e outras de interesse dos indivíduos e suas relações”. Tradução livre.

Ela se fazia sentir exatamente na exclusão dos plebeus da administração do município, além da proibição do casamento entre eles e os patrícios.

Embora seja necessário um estudo mais minucioso, não resta dúvida de que existiu uma clara distinção entre a classe patrícia e a plebeia e que tal distinção era marcada essencialmente pelo poder econômico mais elevado da classe patrícia por meio do qual se originava, também, o poder político e seus privilégios dentro da sociedade romana.

Assim, conclui-se que as lutas entre patrícios e plebeus não foi somente para conseguir a igualdade econômica, mas também para ter reconhecida a igualdade civil e política, como se verá a seguir.

1.3. OS PATRÍCIOS E A PLEBE

Os autores divergem sobre o surgimento da plebe, pois é obscuro esse período, como observa Jose Arias (1949, p. 35): “la oscuridad que reina sobre la época permite, pues, infinidad de hipótesis sobre el origen de ambas clases”. E considera:

E muito provável que nas origens de Roma somente existissem, pelo menos *de iure*, patrícios, *id ests*, uma classe de famílias detentoras de todos os direitos e, em consequência, a única que poderia pretender o governo e a direção dos negócios públicos. Outro grupo social, uma confusa massa de habitantes, dos quais, à medida que cresce Roma começa a sentir-se mais frequentes as suas manifestações, essa é a plebe...² [...] (ARIAS, 1949, p. 35).

E ainda, considera ingênua a ideia de que elas tenham sido criadas por Rômulo. Para Theodor Mommsen, os chamados plebeus eram um grupo formado pelos que haviam sido libertos do patronato, portanto, saído das clientelas; por outro lado, para o romanista Charles Maynz (1876, p. 41), os plebeus eram cidadãos livres trazidos dos territórios conquistados por Roma, autorizados a utilizar a terra:

Eles eram recebidos como membros do Estado, mas não tinham parte no exercício da soberania nacional. E tanto assim que os mantinham separados

² Es muy probable que en los Orígenes de Roma sólo existieran, por lo menos *de iure*, patricios, *id est*, una clase de familias detentora de todos los derechos y, en consecuencia, única que podía pretender el gobierno y la dirección de los negocios públicos. Otro grupo social, confusa masa de población de la cual a medida que crece Roma comienzan a sentirse más frecuentes manifestaciones, es la plebe... Tradução livre.

da *populus romanus*, que não podia ainda utilizar o costume dos itálicos, de *conubium* com as famílias dos *gentiles*, isto é, não havia casamento válido entre plebeus e patrícios. Tradução livre.³[...]

Para Manuel de Figueiredo Ferraz (1989, p. 29), por sua vez, “os plebeus não foram reduzidos à escravidão, como permitia o direito de guerra, mas simplesmente considerados súditos”.

Roma era, no início, uma comunidade rural, em que por toda a época arcaica a vida política e econômica girou sobre a propriedade fundiária e sobre um número que era relativamente pequeno de família de patrícios, os quais possuíam a maior parte do solo romano, e também formavam os cavaleiros do grupo do exército montado, grupo de elite do exército romano⁴.

Uma pequena parte da plebe era no início composta por pequenos trabalhadores independentes e havia uma distinção entre os plebeus e os clientes.

Os clientes era uma outra qualidade de habitante, a quem o senhor patrício deveriam ajudar quando se encontrava em situação difícil. Mesmo não ocorria em relação aos plebeus, que eram deixados a sua própria sorte.

Portanto, o que os separava era uma enorme e diametral distancia social.

Parece que uma pequena parte considerável da plebe se compunha originariamente de pequenos trabalhadores independentes, assentados no solo patrício. Pois os mesmos proprietários patrícios eram lavradores e latifundiários, no sentido da moderna economia agrária. Administravam a fazenda com os seus filhos e com um pouco de escravos e, por isso, podiam aproveitar, somente, uma porção do que possuíam. O resto o davam em precário (*precarium*) aos plebeus que careciam de terras ou que tinham pouca, entretanto, estes assim no círculo dos vassallos protegidos (clientes), que deviam, por tanto, seguir o senhor na guerra e na política. Em troca, o senhor patrício tinha que proteger e ajudar ao cliente quando este se encontrava em situação difícil. [...] tradução livre. (KUNKEL, 1972, p.13)

O número de plebeus foi aumentando à medida em que o território romano se estendia, e o fazia por meio das batalhas e conquistas, das quais os plebeus participavam, pois faziam parte do exército romano.

³ Les plébéiens étaient les habitants libres du territoire conquis, auxquels on avait laissé de terres. Ils étaient reçus comme membres de l'Etat, mais ils n'avaient aucune part à l'exercice de la souveraineté nationale. Etant ainsi en dehors du *populus romanus*, ils n'avaient pas même, d'après l'usage italique, le *conubium* avec les familles de *gentiles*, c'est-à-dire qu'il ne pouvait y avoir de mariage civilement valable entre plébéiens et patriciens.

⁴ Para maiores informações vide: (KUNKEL, 1972, p. 13).

Haja vista que os plebeus eram aceitos como membros do Estado, mas estavam excluídos de participar da vida política, vez que, esta era composta pela nobreza patricia. Contudo, a situação mudou quando os plebeus foram introduzidos na ordem equina, como expõe Kunkel (1972, p. 13)

A soberania absoluta da nobreza patricia estava assegurada em tanto a cavalaria, que se recrutava em suas fileiras, continua-se sendo a verdadeira força de combate das legiões romanas. Contudo, esta situação mudou quando introduziram a tática hoplita, a qual, procedente de Grécia, difundiu-se, também, por Itália e, segundo afirma a investigação arqueológica, a fins do século VI teria penetrado em Roma. A infantaria, com as suas pesadas armaduras formavam agora o núcleo das forças de choque. Compunham este núcleo os camponeses plebeus mais acomodados. E estes, que antes em campanha, não tinham desempenhado mais que um papel de uma multidão desorganizada, passou agora a levar sobre os seus ombros o peso da guerra e, com ele, seus êxitos. [...] Tradução livre. [...]

Manuel Ferraz salienta a questão da dificuldade com que se depararam os escritores ao tentar definir, no início de Roma, o surgimento dos plebeus e cita a Barthold Georg Niebuhr (Histoire Romaine -1830-1840), tido como um autor polêmico do século XIX pelo seu estilo crítico e sagaz de ver a história romana.

Niebuhr é considerado o primeiro historiador a analisar a controvertida matéria sob aspecto científico. Mas a incerteza ainda pairou no espírito do mestre alemão, ao afirmar que “a história dos quatro primeiros séculos de Roma é reconhecidamente incerta e forjada”. Para ele “os patrícios são os únicos fundadores da comunidade e os primeiros a gozarem dos direitos políticos dentro dela; os primeiros cidadãos, perante os quais ficaram os estranhos à cidade” e dentro deles “havia os plebeus, subjugados por direito de guerra e levados para Roma. [...] (FERRAZ, 1989, p.29)

Para Vandick da Nobrega, Niebuhr fundamenta a sua explicação no critério da nacionalidade, todavia, Manuel Ferraz (1989, p. 29) entende que os plebeus eram cidadãos e,

Não dependiam de nenhum particular, não necessitavam de patrono que os representasse em juízo, participavam do direito geral, podiam possuir bens e tinham capacidade para gozar do direito de propriedade romana; *ius commercii*; mas não tinham direitos políticos, pesando apenas sobre eles obrigações. [...]

Mas a opinião majoritária entende que a primitiva Roma estava dividida em tribos, como assevera Pompônio. Este segundo, no entendimento de Alexandre

Correa e Gaetano Sciascia (1949, p. 376), é a principal fonte para o conhecimento da história do direito e da jurisprudência romana que viveu no século XI d.C.

Contudo, os autores fazem uma ressalva a respeito da fonte de que teriam extraído a informação da divisão em tribos e esclarecem “ao passo que geralmente se pensa ter sido tirado de uma obra jurídica de Varrão apresenta lacunas e erros gravíssimos” (CORREA; SCIASCIA, 1949, p. 376).

A divisão em tribos não era para essa *urbe* - considerando a cidade em si e o reflexo dos seus costumes⁵ - característica marcante, o era a distinção acentuada entre patrícios e plebeus, em que estes eram excluídos da administração da *civitas*, do culto religioso, e ainda nos primórdios da República existia o *ius cunubii* acentuando a desigualdade entre as duas classes, no entanto, tinham que participar das guerras defendendo Roma.

Para o romanista Silvio Meira (1972, p. 79), “toda a história de Roma, desde a realeza, se desenvolve em torno da luta entre o fraco e o forte”, em que o fraco é o plebeu e o forte, o patrício.

Entretanto, Pierre Noailles (1949, p. 43) é contrário a essa ideia de divisão, de desigualdade ou mesmo de lutas entre plebeus e patrícios e, ainda, quanto à existência dos plebeus.

Para este autor, esta parte deveria ser apagada da história, vez que, acredita ser uma explicação falsa da história, e chama a atenção para as inúmeras hipóteses que tendem a explicar as instituições jurídicas primitivas romanas as quais tem como

⁵ Nota: La palabra latina urbs, urbis se usaba en Roma para denominar a la ciudad físicamente considerada, así como a sus reflejos en las costumbres de la gente. Era diferente de civitas, -atis, que se refería no a la ciudad en sí, sino al conjunto de los ciudadanos libres, a la ciudad desde el punto de vista político. Según una antiquísima tradición etrusca, alrededor del terreno donde se iba a construir una ciudad, se trazaba un profundo surco circular con el arado. Y según la leyenda de la fundación de Roma, Rómulo y Remo habrían cumplido ese ritual y trazado el círculo, que se llamaba orbis. Más adelante, esa palabra, que está, por cierto, vinculada en su origen a urbs, pasó a designar la esfera y, finalmente, el globo terrestre: el orbe. Aunque muchas personas creen que los antiguos no sabían que la Tierra tiene forma esférica, cabe recordar que Eratóstenes (275-195 a. de C.), director de la Biblioteca de Alejandría, calculó con sorprendente precisión el radio del planeta mediante la comparación del tamaño de la sombra de dos estacas clavadas en el suelo, una en Alejandría y otra en Asuán. Además de calcular con bastante aproximación la circunferencia de la Tierra, Eratóstenes pudo determinar la oblicuidad de la eclíptica. La raíz de urbs aparece muy temprano en diversas palabras latinas, como urbanitas, que significaba ‘civilidad’, ‘urbanidad’, ‘buena educación’ (por vivir en Roma), y urbanus, ‘de la ciudad’, ‘urbano’. En las lenguas romances, los equivalentes y derivados de urbs aparecen en todos los casos como cultismos, como ocurre con el francés urbain desde 1354 y el inglés urban en 1619. En español, sin embargo, urbe se usó apenas a partir de fines del siglo XIX y se consigna por primera vez en la edición de 1925 del Diccionario de la Real Academia. La relación entre urbe y orbe queda manifiesta en los mensajes navideños del Papa, denominados Urbi et Orbi (A la ciudad [Roma] y al mundo). SOCA, Ricardo. **La fascinante historia de las palabras y Nuevas fascinantes historias de las palabras**. Acceso em 12/2016 <<http://elcastellano.org/palabra/urbe>>

origem a pugna antagônica de patrícios e plebeus, asseverando que essas deveriam ser revistas.

Seguindo o mesmo raciocínio e contrário a concepção tradicional da luta de classes por razões econômicas e a associação de riqueza com Patrícios e pobreza com Plebeus, é o escritor português Oliveira Martins (1987, p. 77), o qual considera que ambos estavam vinculados pela política ávara do Senado e por interesses econômicos com o propósito de monopolizar o *ager publicus*.

Contudo, Martins aceita que sobre os plebeus recaiam pesados tributos e duras leis, principalmente, sobre as dívidas, que os fazia permanecer sumidos na miséria, amargar em prisões e que permitiam, até, reduzi-los a condição de escravos:

Erra quem nesta época dos primórdios da república romana assimilar a expressão de patriciado à de riqueza e a de plebe à de pobreza. Não. Os plebeus ricos eram muitos: prova-o a existência de doze centúrias de cavaleiros plebeus na primeira classe dos cidadãos, prova-o o ingresso de plebeus no Senado para o preenchimento das vagas que aí mantinha o rei Tarquínio. Todavia, se entre os plebeus havia ricos, entre os patrícios não podia haver pobres

Aos clamores dos pobres espoliados da terra e pela força reduzidos à condição de escravos ou clientes, juntou-se, pois, a força positiva dos ricos, engrandecidos pela política avara do Senado, e a união destes elementos fez declarar a primeira batalha contra os que pareciam, e eram de facto, privilégios dos patrícios. (MARTINS, 1987, p.77)

No entanto, para os historiadores e romanistas, a real controvérsia consiste em saber se eles eram os clientes ou não.

Para Foustel de Coulanges (s/d, p. 14), “os plebeus, na população originária de Roma, estão abaixo dos próprios clientes”, daí considerar Tito Lívio (1967, p. 94) que “a plebe não desejou tomar parte na eleição dos cônsules e, por isso, estes foram eleitos pelos patrícios e seus clientes”. As institutas de Gaio (I, § 4.º) reforçam a teoria da distinção e existência da plebe: “[...] a plebe difere do povo como a espécie do gênero. Com o nome de povo se indicam todos os cidadãos, compreendidos também os patrícios e senadores; como nome de plebe, os outros cidadãos, sem os patrícios e senadores”.

Segundo Theodor Mommsen (1953, p. 123), a plebe saiu da clientela, pois, “[...] em Roma ao lado dos cidadãos, protegidos, clientes das famílias patrícias, havia a multidão (*plebs*, de *ples*, *plenus*), assim chamada por alusão aos direitos políticos de que estava inteiramente privada”.

Por Charles Maynz (1876, p. 41), pode-se concluir que os plebeus eram habitantes livres que estavam nos territórios ocupados por Roma e aos quais se deixaram terras.

Eles eram aceitos como membros do Estado, dentro do Estado, mas não tinham o direito de participar na soberania nacional. Estavam, portanto, fora do *populus romanus* e não tinham as prerrogativas concedidas aos italianos, a saber, o *conubium* com as famílias *gentiles*, o que significava a existência de rivalidade entre patrícios e plebeus.

O romanista Matos Peixoto (1960, p. 34) observa a condição dos plebeus e patrícios da seguinte maneira:

Acham-se assim justapostas no solo romano duas ordens de população: os patrícios, que habitam o antigo *septimóntium*, e os plebeus, que habitam os bairros da Roma nova: Aventino, Capitolio, Velabro, Quirinal e Viminal. A condição legal da plebe resulta da sua composição. Excluída da cidade, a plebe nada tem de comum com ela; não goza de direitos políticos nem de direitos civis, quer concernente às pessoas (*conúbium*, direito de casamento), quer concernente às cousas (*commércium*, direito de propriedade). [...]

O citado autor considera que essa falta de direitos ausentava os plebeus de certas obrigações, eles não estão adstritos aos ônus mais pesados que gravam os cidadãos: o imposto e o serviço militar.

No entanto, a condição social da plebe sofreria uma completa transformação, pois, a plebe incorporou-se à cidade, isso devido, em parte, segundo Matos Peixoto (1960, p. 34), a Servio Tulio que mandou fazer um recenseamento da população, sem distinção entre patrícios e plebeus, tomando por base a riqueza territorial, surgindo, assim, os seguintes grupos “a *classis* e a *infra classem*” e explica:

A *Classis* – todos os que, em razão dessa riqueza, eram obrigados a pagar imposto e a prestar serviço militar. Os que ficavam fora desse quadro, agrupavam-se sob a inscrição global *infra classem*. Os plebeus incluídos na *classis* deviam pagar imposto e fazer serviço militar, mas em compensação adquiriam pelo menos o direito de ter propriedade (*commércium*); os outros continuavam excluídos da cidade. [...] (MATOS PEIXOTO, 1960, p. 34)

Diferindo do pensamento de outros doutrinadores, ele afirma que a reforma feita por Servio Tulio tinha um “caráter exclusivamente militar e financeiro; não tinha objetivo eleitoral, como diz a história tradicional. O seu objetivo era mais limitado: recrutar soldados e contribuintes” (MATOS PEIXOTO, 1960, p. 34).

O escravo, diferente daqueles, ocupava outra condição. Angela Fabbris (2006, p. 41) assevera que, “o escravo considerado como uma *res*, [...]”, ou seja, uma coisa, objeto de direito não sujeito de direito, este “[...] ficava sob o poder do seu senhor”.

A consideração é tecida ao explicar a origem do contrato de trabalho e a necessidade de Roma regulamentar o trabalho dos que não eram escravos.

Em outro entendimento, Charles Maynz considera que as reformas feitas por Servio Tulio elevaram a dignidade dos cidadãos ativos e lembra-se das doações de terras feitas pelos reis, atendendo o clamor popular, como o fez Ancus Marcio:

Ancus Marcio fez as distribuições da terra e é representado por cortejar o favor popular; e, finalmente parece que Tarquino teve a intenção de igualar/assimilar as duas frações da população. No entanto, ele pode apenas receber uma parte, que foi permitida pela *cúria*, a certos nomes de famílias nobres de plebeus, que depois tomaram o nome de *Ramnes*, *Tities*, *Luceres secundi* ou *patres minorum gentium*. O restante dos plebeus ficou sem direitos e sem organização, até que Servius Tullius, pelas reformas, elevou a dignidade dos cidadãos ativos. [...] Tradução livre. (MAYNZ, 1876, p. 41)

O caráter de natureza econômica da distribuição de terras foi fortemente acentuado por Luiz Argüello, fazendo uma chamada importante a este tema:

Assim, enquanto os patrícios eram ricos, a plebe seria classe empobrecida. Os primeiros eram grandes proprietários de terras, enquanto os segundos não as possuíam; aqueles eram de origem latina, e estes sabinos” e conclui que “As duas ordens ou classes difeririam, pois, por caráter étnico. [...] (ARGÜELLO, 1973, p. 48)

Vê-se, portanto, que existia diferença entre os clientes e plebeus e entre estes e os patrícios, essencialmente, pela sua nacionalidade.

E segundo o pensamento de Manuel de Ferraz (1989, p. 32), os imigrantes instalados na cidade, depois da fundação, eram provenientes das sete primitivas aldeias que formavam a liga do Septimontium.

Os patrícios, ao contrário, eram etruscos, os fundadores de Roma. Por isso, observa Argüello (1973, p. 48) que, “certo é que os patrícios tiveram por muito tempo o gozo exclusivo dos direitos da cidade, convertendo-se assim em casta privilegiada”.

Pode-se perceber que os patrícios tinham a plenitude dos direitos e as mais altas posições sociais, sendo os plebeus, sempre excluídos de direitos, e, apesar de

todo o ônus de servir Roma, praticamente não participavam da *civitas*; não lhes eram autorizados ter os direitos privados, políticos e religiosos.

Os plebeus eram *gens* sem religião, não tinham *ius sacrorum*, sem o direito de consultar os auspícios, *ius auspiciozum*, não tinham, também: o *ius commercii*, o direito que permitia realizar toda sorte de negócio jurídico.

O *ius suffragii*, que permitia votar, nos comícios; O *ius honorum*, que dava acesso às magistraturas; O *ius militiæ*, que facultava o comando das legiões; O *ius conubii*, isto é, o direito, entre patrícios, de contrair “justas núpcias”; O *ius occupandi agrum publicum*, que autorizava o uso das terras conquistadas, careciam do *ius utendi, fruendi et abutendi*,⁶ elementos constitutivos da propriedade, ela era tida no direito romano como um poder absoluto do dono sobre a coisa.

Lecionam ainda Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (1949, p.142) que, “[...] pode-se definir a propriedade como o poder mais geral, atual ou potencial, sobre a coisa. Trata-se de um poder jurídico (*dominium*) coexistente ou não como poder de fato (*possessio*)”, ou seja, era a sujeição total da coisa ao seu dono, e se refere somente a *res corporales* – coisa corpórea – não admitindo a propriedade científica, literária ou artística.

Portanto, todas as responsabilidades de levar adiante os trabalhos, a dispor a mão de obra e, porque não, a sua vida em prol de um Estado que não o considerava para nada, ao contrário apenas impunha severas obrigações sem direito a uma vida em sociedade digna, apenas os servos que os seus donos tinham uma certa ‘consideração’ as vezes ganhavam o direito de terminar os seus dias recebendo as ‘benesses’ dos seus senhores fazendo trabalhos mais leves, mas o Estado permanecia inerte.

1.4. ORGANIZAÇÃO E CONQUISTAS DA PLEBE

A plebe revoltada com as arbitrariedades dos patrícios manteve uma constante agitação demonstrando o seu desgosto com várias ameaças de secessão

⁶ “O instituto jurídico da propriedade se origina do direito romano, que o descrevia como o *ius utendi, fruendi et abutendi* – direito de usar,fruir e dispor.” (ALMEIDA, 2008, p. 35). E, conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010, p. 125): “sabe-se que propriedade é o direito individual que assegura a seu titular uma série de poderes cujo conteúdo constitui objeto do direito civil; compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa”.

e de greve militar e, segundo Wolfgang Kunkel (1972, p. 13), este movimento se prolongou aproximadamente durante um século.

Castro (2007, p. 84) nos informa que, “a plebe romana lutou durante séculos por igualdade civil e política com os Patrícios e obteve vitórias importantes [...]”. Entre 494 e 493 a. C, houve a retirada dos plebeus ao *Mons Sacer*, também conhecida de Aventino, denominada de *secessio plebis*, com o intuito de formar uma nova cidade. Como relata Silvio Meira (1975, p. 43), “a plebe se tornara um Estado dentro do Estado e a sua retirada de Roma poderia trazer serias consequências”. Oliveira Martins (1987, p.79) relata o feito dos plebeus:

Iam fundar outra cidade – e que seria de Roma, a Roma apenas patricia, se lhe faltasse com a plebe o exército? Como resistiria o Senado às guerras inevitáveis que traria o estabelecimento da cidade dos plebeus às portas de Roma? Como resistiria, sozinha, aos sabinos, aos etruscos inimigos? Forçoso era transigir, anuindo ao que os soldados reclamavam: tribunos seus, tribunos da plebe, cuja missão fosse proteger os devedores pobres contra as prepotências dos patrícios. [...] (MARTINS, 1987, p. 79)

Os patrícios, ao verem os plebeus resolutos em sua decisão, resolvem transigir e, então, a plebe retorna a Roma haja vista terem conseguido a criação de duas magistraturas plebéias, quais sejam: o **Tribuno da plebe**, considerados *sacrosancti*, tornando-os invioláveis; e a Edilidade da plebe⁷. Já no ano 471 a.C., havia quatro ou cinco tribunos criados pela lei *Publícia*.

Durante a República (510 a 27 a.C), mais especificamente no ano de 457 a.C., o número de tribunos aumentou chegando a dez (MEIRA, 1975, p. 43-50). Para Rene Foignet (1956, p. 30), “[...] circunstância decisiva para o êxito dos plebeus na luta pelo acesso às magistraturas foi, sem dúvida, que possuísem uma eficaz *organização política* própria”⁸.

Assim, é na primeira metade do século V na época Republicana, que a plebe consegue conquistar os órgãos e os institutos que a colocaram em condições de alcançar as metas desejadas.

⁷ D. 1.2.2.20 *Isdem temporibus cum plebs a patribus secessisset fere septimo décimo post reges exactos, tribunos sibi in monte sacro creavit, qui essent plebeii magistratus. Dicti tribuni, quod olim in tres partes populus divisus erat et ex singulis singuli creabantur : vel quia tribuum suffragio creabantur.* D.1.2.2.20 Naqueles tempos em que a plebe promoveu a secessão dos patrícios, aproximadamente no décimo sétimo ano depois da expulsão dos reis, elegeu ela para si os tribunos no Monte Sacro para que fossem magistrados plebeus. Eram chamados tribunos porque outrora o povo era dividido em três partes e eram eleitos individualmente, um de cada uma delas; ou porque eram eleitos pelo sufrágio das tribos. (JUSTINIANO I, Imperador do Oriente, 483 – 565. 2005, p, 30.)

⁸ Tradução livre.

Com a instituição das tribos territoriais como distritos para servir de recrutamento, podendo se reunir em tribos conforme a localização da posse fundiária; antes feita por cúrias, quebrando-se a preponderância da plebe urbana e das clientelas patrícias.

Como explica Pietro Bonfante (1958, p. 119): “Com o propósito de subtrair os plebeus aos arbítrios da magistratura e da casta patrícia, Terentillo Arsa, no ano 462 a.C. propôs que se elegesse uma magistratura de cinco membros (para a criação dos quinqueviro) com a missão de redigir para a plebe um código de leis”.

Tais comícios adquiriram logo grande importância a ponto que os plebeus se dispuseram até a usar a violência para defender essas suas reuniões e impor ao Estado a observância dos plebiscitos, isto é, das deliberações que se tomavam, de forma que a autoridade dos chefes da plebe, os tribunos, crescia sempre mais.

1.4.1 Deslocamento de competências ao tribuno da plebe e suas funções

Na Roma antiga, durante a República, o Tribuno da Plebe era magistratura exclusivamente plebeia, não admitindo patrícios. Eles eram encontrados dentro dos magistrados ordinários menores. O tribuno (*tribunus*) da plebe era o magistrado⁹ que atuava junto ao Senado em defesa dos direitos e interesses da plebe, para o qual utilizava a *intercessio*¹⁰ ou o *veto*, função poderosíssima.

Contudo, não possuíam o *imperium dos magistrados patrícios*, nem atribuições administrativas, não podiam convocar o Senado e os Comícios, não possuíam nem insígnias nem honrarias e não se sentavam na cadeira *curul*¹¹.

⁹ Cabe destacar, para efeito deste trabalho, que a palavra Magistrado tem para nós uma conotação de um cargo de membro do judiciário, e largamente utilizada para designar os juízes. Em Roma tinha uma conotação mais abrangente e não exclusiva daqueles que tem o papel de assegurar a justiça, haja vista que a separação de poderes do Estado é criação moderna. (CASTRO, 2007, p. 80)

Mário Guimarães, traz alguns esclarecimentos e as especificidades da matéria: O pretor romano era magistrado, mas não era juiz. Os romanos distinguiam: o magistrado dava solenidade ao julgamento. Convocava os litigantes. Fazia observar o rito. Deferia os compromissos. Pronunciava as palavras sacramentais. Mas não julgava. A decisão competia ao juiz, de confiança das partes, juiz que ora se chamava *judex*, ora *arbiter*, ora funcionava como juiz singular, ora coletivamente. (1958, p.,26)

¹⁰ “*Intercessio* é veto político de um magistrado contra as ações de qualquer outro magistrado de *potestas* inferiores. O *tribuni plebis* teve um *ius intercessionis* especial (direito de intercessão) que os habilitava vetar outros magistrados, com exceção do *dictator* e o *interrex*”.

Intercessio, intercessão, interceder, significa em geral uma intervenção favorável em prol de outrem, isso no plano do direito privado. No direito público, tem conotação de proibição, vetar. (MEIRA, 1975)

¹¹ Cadeira de marfim e ouro, símbolo das altas magistraturas, como consulado, pretura, edilidade curul, ditadura.

Os tribunos podiam ser procurados por qualquer pessoa que se julgasse injustiçada. Suas casas ficavam abertas dia e noite e qualquer violação dos tribunos era considerada crime grave, punida com a pena capital.

Os tribunos eram auxiliados pelos edis da plebe (*aediles plebis*), cujas atribuições consistiam em: I) zelar pelos documentos de interesse da plebe, no templo dedicado a deusa Ceres; II) colaborar com os tribunos da plebe; III) proteger os plebeus contra os patrícios.

Por outro lado, estavam os edis curuis (*aedilis curules*) foram criados dois cargos no ano de 367 a. C, faziam parte da magistratura patrícia, os quais eram encarregados da preservação da cidade, do abastecimento, da polícia dos mercados e das ações penais correlatas, bem como da jurisdição civil contenciosa nas questões ali ocorridas. (MEIRA 1975, p. 43)

Silvio Meira (1975, p. 53) expõe que, “[...] habitualmente os romanos designavam os costumes pelas expressões, *mos, mores majorum* (costumes dos antepassados), *consuetudo*. O direito daí decorrente dizia-se *Jus moribus constitutum*”.

Haja vista que na época o direito era essencialmente consuetudinário, os costumes¹² que na época republicana tiveram uma maior relevância, a sua aplicação estava nas mãos dos magistrados e sacerdotes patrícios, ficando os plebeus ainda a mercê de julgamentos arbitrários.

“La palabra curul remite en su etimología a la palabra latina “curulis”, significando el asiento cuadrado “sella curilis” con adornos de esfinges o alegorías en marfil (a veces toda la silla era de ese material) plegadiza y portátil (tipo tijera), sin respaldar ni apoyo para los brazos, con patas curvas y en forma de x. Su origen sería etrusco, y si bien habrían sido utilizadas desde la monarquía romana como símbolo del poder real, ciertos magistrados de la Antigua Roma, de la época republicana, recibieron el nombre de “curules”, con derecho a usarlas, haciéndose extensiva la denominación “curul” al cargo que detentaban. Eran magistraturas “curules”, solo ocupadas por patricios (magistraturas “populi romani”) y que tenían “imperium”: la dictadura (magistratura extraordinaria) el consulado, la censura, la pretura y el edilato curul (aunque carecía de imperium”. También gozaba del derecho a usar silla curul el “flamen dialis” (sacerdote de Júpiter). Entre los ediles los había “curules” y “no curules”, siendo los primeros detentados por patricios, elegidos por los comicios por tribus, con funciones de policía y cuidado de la ciudad (limpieza, control de mercados, termas, posadas) y de rango intermedio entre los pretores y los cuestores. Los ediles “curules” eran dos, y el cargo fue creado al igual que la pretura, en el año 367 antes de la era cristiana. Las “sillas curules” estuvieron representadas en monedas romanas.” (Concepto de curul - Definición en DeConceptos.com, 2013).

¹² “As fontes do Direito Romano na época republicana (de 510 a 27 a. C.) são: os costumes, as leis, os senatusconsultos, os editos dos magistrados e a jurisprudência. *Costumes*: os costumes continuaram a ser fonte do Direito na época republicana. Segundo Cícero, *De inventione*, II, 22: *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*. Ulpiano afirmava: *diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet* (D. I, III, 33) e *mores sint tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus* (Reg. 1, 4).” (MEIRA, 1996, p. 53).

Pelo que, agora, as leis advindas da realeza já não satisfaziam mais os plebeus, estes exigiram que se pusessem por escrito as normas mais importantes do império, dando lugar à elaboração da lei decenviral, resultando no primeiro código romano, a Lei das XII tábuas.

Flavia de Castro (2007, p.84) ressalta essa conquista: “o mais importante marco deste período é a Lei das XII Tábuas, feita em 451 e 450 a.C. como resposta a uma das revoltas da Plebe Romana.

Esta legislação foi uma codificação de regras costumeiras e, [...] foi chamada durante toda a História de Roma como fonte de todo direito (*fons omnis publici privatique iuris*). Tem-se, portanto, um avanço, momento em que se acolheu o direito primitivo da época arcaica séc. VIII a. C. ao século II a.C, que se caracterizava pelo vínculo às regras religiosas.

Quanto as regras religiosas, cabe notar, que em Grécia, a realeza foi tornando-se cada vez mais fraca, tirando-lhes atributos políticos, sem que com isso fosse posto em perigo a religião, que era mais uma investidura que os reis tinham colocado ao seu sacerdócio, pois há de se observar, por oportuno, que a religião e a salvação da cidade tinham a necessidade da figura de um rei supremo e governador absoluto sobre os seus pares e súditos (Coulages, 2008, p., 264). Por isso, que para enfraquecer o poder da realeza, no princípio foi lhe retirado o poder político, todavia, ele mantinha a inviolável e santa dignidade real¹³

1.4.2 Afirmação e desenvolvimento do instituto do tribuno da plebe

A Lei das XII Tábuas satisfaz, até certo ponto, o primeiro objetivo dos plebeus: o de terem seus representantes. Todavia, a lei vigente proibia o casamento entre patrícios e plebeus, o que deu ensejo a que estes, liderados pelo tribuno Canuléo, se rebelassem contra tal desigualdade.

¹³ “A realeza, portanto, foi conservada; mas, despojada de seu poder, tornou-se um simples sacerdócio. “Nas épocas mais antigas — diz Aristóteles — os reis tinham poder absoluto na paz e na guerra; mas depois uns renunciaram por si mesmos a esse poder, outros dele foram privados à força, e não se confiou mais aos reis senão o cuidado dos sacrifícios.” — Plutarco diz o mesmo: “Como os reis se mostravam orgulhosos e severos no comando, a maior parte dos gregos privou-os do poder, deixando-lhes apenas o cuidado da religião.” — Heródoto fala da cidade de Cirene, e diz: “Deixaram a Batos, descendente dos reis, o cuidado do culto e a posse das terras sagradas, mas privaram-no de todo o poder de que seus pais haviam gozado.” Coulages, 2008, p., 265.

Utilizando-se da secessão, que já tinha se mostrado uma arma muito forte no passado, fizeram com que os patrícios cedessem à *Lex Canuléia* (445), aprovada pelo senado, abolindo, assim, tal proibição.

Desta forma, houve a conquista da igualdade civil, conforme relata Matos Peixoto (1943, p. 55), tornando-se esta lei mais uma importante vitória dos plebeus.

Rene Foignet (1956, p. 30)¹⁴ conta que o avanço da plebe nas magistraturas, pelas quais eles tiveram que lutar e reivindicar duramente durante os séculos V e IV, e que, de uma forma gradual foram conquistando, salienta a equiparação política que beneficiou algumas famílias plebeias permitindo chegar ao consulado e ser reconhecidos como co-partícipes pela linhagem patrícia em 367 a.C, formando com eles, uma nova nobreza de governantes a *nobillitas*, um partido aristocrático, representado principalmente no Senado.

Os cargos sacerdotais continuavam reservados exclusivamente para os patrícios por motivos de culto, mas sem nenhuma transcendência política, no entanto, no ano de 254 a.C. o cargo de *Pontifex maximus* foi a primeira vez que um plebeu o ocupou.

É possível que eles tenham sido admitidos no senado mesmo antes de ter o acesso às magistraturas.

Foram poucas famílias plebeias que se beneficiaram com a equiparação política. Nesta altura a plebe já estava demonstrando um desgaste, pois ocorria um declínio tanto político como social na última fase da república.

Todavia, o que permitiu à plebe trabalhar cada conquista e lapidá-la foi, sem dúvida, a sua organização política.

¹⁴ Nota: Rene Foignet, registra, acerca das magistraturas que os plebeus “As alcançaram gradualmente: Mesmo depois de chegar ao consulado (367 a.C.) continuaram algum tempo sem ter acesso a outras magistraturas. Onde por mais tempo se manteve o monopólio dos patrícios foi nos cargos sacerdotais: o de *pontifex maximus*, por exemplo, foi ocupado pela primeira vez por um plebeu no ano de 254 a.C.; houve, inclusive, cargos sacerdotais (sem nenhuma transcendência política) que ficaram para sempre reservados aos patrícios (por motivos de culto). Se admitiu aos plebeus no senado quiçá antes que tivessem acesso às magistraturas, haja vista que tê-las desempenhado primitivamente não era condição de imprescindibilidade para conseguir o assento/cadeira no senado. Foi somente um número relativamente pequeno de famílias plebeias que se beneficiou (no essencial e a longo prazo) da equiparação política alcançada pela plebe, e estas famílias conseguiram chegar ao consulado e ser reconhecidas como coparticipantes do poder político pelas linhagem patrícias. Formaram com os patrícios uma nova nobreza de governantes, a chamada *nobillitas*, a qual, com o passar do tempo, foi se fazendo cada vez mais impermeável aos iniciantes a nova classe (*homines novi*)”. *Manual elemental de derecho romano*. Editor Jose M. Cajica, Jrs., S.A. Puebla, Pue., México. 1956, p. 30.

Resultado das lutas de estamentais, órgãos especiais da plebe. No início da república, somente a nobreza patrícia tinha capacidade para revestir as magistraturas e ter assento/cadeira no senado. Os plebeus tiveram que combater duramente pelo acesso às magistraturas nas lutas estamentais dos séculos V e IV. [...]

Circunstância decisiva para o êxito dos plebeus na luta pelo acesso às magistraturas foi, sem dúvida, a que possuísem uma eficaz *organização política* própria. [...] Tradução livre. (FOIGNET, 1956, p. 30)

A aristocracia desempenhava influência preponderante na direção dos negócios públicos, e ressalta André Piganiol (1974, p.124), em meados do século V a.C., distinguiram-se no seio do patriciado seis “gentes maiores”: os Emílii, os Cornéllii, os Fabíi, os Cláudii, os Manlíi e os Valérii, que praticamente monopolizaram, durante toda a República, a glória de compor a representação do senado; e acentua Piganiol o caráter étnico das chamadas trezentas famílias, herdeiras das tradições dos pastores imigrados do Lácio.

Ele aponta as diferenças econômicas: “na época histórica, a luta entre plebeus e patrícios teve por motivo o livre uso das pastagens pertencentes ao domínio público e a reivindicação pelos plebeus do direito de cercar seus campos de cultura situados nessas áreas comuns”, e prossegue dizendo “sofriam as penalidades impostas pelas execuções em virtude de não terem podido pagar os empréstimos contraídos”.

Nessa mesma direção é o pensamento de Cretella Junior (1953, p. 47), “ao passo que os patrícios têm todas as regalias, a plebe, ao contrário, está em posição desvantajosa, em Roma, principalmente, do ponto de vista econômico e social”.

Como no início a propriedade só era adquirida pelo cidadão romano, viam-se os plebeus privados do direito de propriedade sem terem o *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi* sobre ela, mas com o passar do tempo e favorecendo a expansão romana grande parte dos habitantes da cidade tiveram esse direito, não importando a origem. (ALMEIDA, 2008, p. 35)

Tem-se que, a importância para a vida social foi a relevância que paulatinamente fora adquirindo a figura do tribuno e as demais magistraturas plebeias, para assim atender as necessidades da sociedade e dirimir os eventuais conflitos, como relata Silvio Meira (1975, p. 44): “não possuía: [...] as insígnias e honrarias atribuídas às magistraturas patrícias (cadeira *curul*, *lictors*, *fascas*, *toga praetexta* etc.)”.

Isto por que, o tribuno da plebe realizava o seu labor social de maneira extraordinariamente livre, sem nada que pudesse colocar obstáculo para a atuação do tribuno pois o fazia não por meio de um ritual ou com insígnias como estavam acostumados os romanos, fato que tornava o acesso ao judiciário pelo cidadão comum uma empreitada das mais difíceis e custosas, ao passo que tribuno era considerado inviolável, pois era punido com a pena de morte quem ferisse o princípio da inviolabilidade dos tribunos, daí, portanto, que a plebe podia ter acesso a ele a qualquer momento, pois como mencionado anteriormente, a casa do tribuno da plebe deveria estar sempre aberta às queixas da plebe.

1.4.3 A magistratura como poder do Estado, as contradições no universo do aparato de justiça e os interesses dominantes

A partir da análise empreendida foi possível observar, ainda que com um viés historicista, que em Atenas decidiram unir-se como ente federativo com a participação de todos os poderosos, e tinham um rei supremo, todavia nada poderia ser resolvido sem a convocação desta espécie de senado e ainda mais “para enfraquecer ainda mais a realeza, ou para dividi-la entre muitas mãos, tornaram-na anual, e ao mesmo tempo separaram-na em duas magistraturas distintas” conforme descreve Coulanges (2008, p. 270).

Compreende-se que houve uma crescente busca por um acesso democrático à justiça embora não tenha inquinado em estabelecer prognósticos. “Assim como vimos que os habitantes da Grécia e de Roma tiveram na origem as mesmas crenças, e que a mesma série de instituições se desenvolvera entre eles, veremos agora que todas essas cidades sofreram as mesmas revoluções” (COULANGES 2008, p., 254).

Caso positivos ou negativos os resultados devido ao decaimento e dobramento dos institutos na sedução do poder e por se ter por certo de que são dotados de um viés praticista, pode-se verificar, então, um movimento que vai ganhando força com o tempo como preceitua Dallari,

O desenvolvimento extraordinário do direito romano acabou influenciando para que fossem escolhidos cidadãos conhecedores do direito, para certas magistraturas, embora se mantivesse a ideia fundamental de representação, com seleção por meio de eleições a origem social e o processo de escolha garantiam a legitimidade do magistrado, e disso tudo, mais do que do poder de coação, derivava a sua autoridade”. (1996, p.,10)

Tendo em vista os diferentes momentos históricos vividos em meio de lutas e por longos períodos de diferentes tipos de organização política – monarquias, sistemas oligárquicos, ditaduras, absolutismo, república, democracia etc – e a definição de institutos e sistemas jurídicos novos, a tradição e a religião, por sua vez irá perdendo cada vez mais o seu papel na sociedade, aquilo que outrora fora considerado como base para a sociedade agora já não mais tem esse papel predominante, conforme ilustra Coulanges:

A tradição não tem mais força e a religião não governa mais. O princípio regulador, do qual todas as instituições devem tirar de agora em diante sua força, o único que estará acima das vontades individuais, e que seja capaz de obrigá-las a se submeter, é o interesse público. O que os latinos chamam res publica, os gregos τὸ κοινόν, eis o que agora substitui a velha religião. Isso é o que decidirá de agora em diante as instituições e as leis, e é a isso que se reportam todos os atos importantes das cidades. Nas deliberações do senado ou das assembleias populares, quer se discuta uma lei ou uma forma de governo, um ponto de direito privado ou uma instituição política, ninguém mais quer saber o que a religião prescreve, mas o que reclama o interesse geral. (2008, p. 343)

Dessa forma, o caráter da magistratura vai sofrendo profundas modificações e os que antes eram escolhidos pelos pares para a solução dos conflitos agora já não mais tem a característica da escolha por eleição perdendo a representatividade que os caracterizava, desse modo assevera Dallari:

A magistratura irá sofrer profunda alteração, quanto às suas características básicas, não se fazendo mais a escolha por meio de eleições e perdendo-se o caráter representativo. Quanto à nova situação estabelecida, são muito precisas as palavras do professor De Dominicis: “Os magistrados, que na república eram expressão da *libertas* característica desta, tornam-se gradativamente funcionários do imperador, do qual dependem cada vez mais estritamente, agindo como *longa manus*. (1996, p., 10)

Portanto, a sociedade começa a ser afastada da participação ativa para a consecução da solução das dissenções sociais, passando o Estado a decidir por eles por meio de um terceiro, o juiz, que aplicará a lei, sem levar em conta as desigualdades sociais, regionais e setoriais conforme expõe Nalini, referindo-se à realidade social Brasileira e o papel do juiz:

A construção de um *paradigma de juiz* servo da lei conduziu o Judiciário à encruzilhada em que ora se encontra. O *escravo do ordenamento* é incapaz de criatividade e imaginação. Não tem sabido responder – a tempo e a hora – aos desafios postos por uma sociedade cambiante e chamada a participar. Treinado a vivenciar os dogmas da *inércia, imparcialidade e neutralidade*, trabalhando com uma só dimensão do tempo, o *passado*, o juiz é levado a permanecer imerso numa realidade meramente virtual. (NALINI, 2000, p. 52)

Pode-se admitir que, tendo-os sob controle, elementos de previsão podem ser absorvidos por uma análise crítica da sociedade para a utilização de outros meios consensuais de solução de conflitos e como forma de repensar as conquistas em prol do acesso à Justiça, tendo em vista a já tão alargada crise do judiciário, devemos observar o quadro de diferentes perspectivas para lavrar soluções com métodos viáveis de tratamento adequado de conflitos para a pacificação de uma sociedade dinâmica.¹⁵

Como expõe Nalini, há uma necessidade de compreender a sociedade no seu aspecto cultural, verificar a dinâmica social, que tem sido largamente olvidada, e permitir que ela, a sociedade, volte a participar ativamente na solução das controvérsias, pelo que se extrai do seguinte pensamento:

¹⁵ Sobre este aspecto são salutares as palavras de Moraes a respeito das crises da Justiça fazem parte de um quadro cada mais intrincado de problemas que são propostos à solução, tendo-se como paradigma a continuidade da ideia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo. Devemos, portanto, entender esta crise sob diversas perspectivas: uma que diz respeito ao seu financiamento – infraestrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos – que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc.) efetivamente despendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas - remuneração, etc. – que nominamos crise estrutural. Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda, o acúmulo de demandas. É a crise objetiva ou pragmática. A terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais liderarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais mas, também, a (re)formulação das mentalidades, moldadas que foram para pretenderem funcionar a partir de silogismos lógicos neutralizados da incidência de uma pressuposição legalnormativa (suporte fático abstrato) a um fato ocorrido na realidade (suporte fático concreto). Ora, o mecanismo lógico-formal não atende – se é que algum dia atendeu – às soluções buscadas para os conflitos contemporâneos, em particular aqueles que envolvem interesses trans-individuais. É a crise subjetiva ou tecnológica. Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século - e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar – direito do Estado, direito social, lex mercatoria, costumes equidade, etc. É a crise paradigmática. Para um estudo mais cuidadoso, vide: MORAIS, José Luis Bolzan de, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!*. Ed. Livraria do advogado, 1999., p. 99.

Dentre os aspectos suscetíveis de análise do movimento de acesso à justiça, é este – o cultural – o mais importante. Compreender que a sociedade já não é idêntica à do momento histórico em que elaborada a codificação, que os anseios por justiça têm de ser e que o juiz, ainda inserido no presente, deve ter condições de visualizar a situação sob um ângulo de perspectiva constituem ponto decisivo para se extrair dessa tendência objetivos práticos muito definidos.

A implementação de experiências concretas que garantam o maior acesso do homem e das massas à justiça tem início na reformulação do pensamento do juiz. (NALINI, 2000, p. 25)

Visto que, como sujeito de direito, permanece no homem a necessidade de ver o seu direito tutelado, de maneira mais acessível e facilitadora de direitos. A ideia romana/plebeia de acesso à justiça, mas com um viés de ser ouvido e representado efetivamente, pode ser sentida ainda nos dias atuais, na parcela excluída da sociedade.

Fica, por meio da história estampado o legado de como é necessário ter organização e vontade para efetivar os direitos por extraordinários reconhecidos no ordenamento jurídico de maneira a obter a pacificação social por meio da resolução dos conflitos da sociedade para a sociedade.

1.5 A ENTREGA DO PODER DE DIZER O DIREITO AO ESTADO

A sociologia do direito estuda a atuação da sociedade sobre o direito e a atuação do direito sobre a sociedade. O estudo feito pela sociologia se dá por meio da apreciação da influência de vários e diversos fatores sociais na formação do direito. E por meio das análises da influência do direito sobre os diversos setores da vida social. (SIQUEIRA JR. 2009, p. 208)

Como vimos anteriormente, a sociedade no início tem a influência direta na formação do direito e o entrosamento da sociedade sobre o direito dá-se por meio do estudo do direito como produto dos processos sociais.

Da realidade social o direito é um setor o

Sociologismo jurídico é a corrente que considera o direito sobre o prisma predominante de fato social. O direito seria um elemento dos fatos sociais, e seria examinado de acordo com as causas dos fatos do mundo físico-químico. Há uma certa condicionalidade entre o fenômeno jurídico e a realidade social (PAES, 1997, p. 26)

O Direito, portanto, emana da sociedade sob múltiplos aspectos, como o resultante do poder social, como um reflexo dos objetivos, valores e necessidades sociais e como a manifestação de efeitos sociais como fatores históricos, geográficos, técnicos, econômicos, psicológicos, culturais, morais e religiosos etc. (MONTORO. 1995, p. 581).

Depois de observar como a sociedade vai perdendo o seu respectivo lugar na formação do direito, vemos o esquecimento sobre o tratamento adequado de conflitos: da sociedade para a sociedade e vai tornando-se impositivo do direito para a sociedade. Como vimos o direito é fruto do Poder social e dos fatores e valores sociais.

Portanto, neste ponto nos parece adequado salientar a posição de Silva (2005, p., 9), para quem

a jurisdição estatal só surge com a criação do Estado, e os conflitos, que dão origem às formas de solucionar esses problemas, são conhecidos desde os primórdios dos tempos, antes de estar envolvido o Estado como detentor da jurisdição.

Notadamente existe uma anterioridade, dos meios de composição dos litígios por parte dos privados antecede à jurisdição estatal, considerando que as partes escolhiam um terceiro de comum acordo afim de que os pacificasse, e aqui vemos o ponto importante o terceiro não era investido da função pelo Poder Público, pelo que assevera, acertadamente, Silva (2005, p., 9) ao fazer a defesa do instituto da arbitragem como meio de solução de controvérsias anterior a monopolização da justiça vinda do Estado e de maneira eficaz “Como se vê, com base na literatura, a arbitragem foi muito anterior à prestação jurisdicional dada pelo Estado e, mesmo com o surgimento desta, continuou a ser aplicada com efetividade”.

Temos de um lado o direito é o resultado de múltiplos fatores sociais, de outro, é o instrumento mais qualificado de controle e transformação social, porque detentor do poder de coação (SIQUEIRA JR, 2009, p. 209). Com esta característica, as normas atuam fortemente sobre a conduta da sociedade, como forma de controle social formal que se exterioriza a partir do momento em que uma norma jurídica entra em vigor, passando a operar no meio social de maneira coercitiva, de cima para baixo, de uma maneira vertical.

Como o poder foi tomado das mãos da sociedade e passou a ser utilizado para o benefício ou interesses de determinados estamentos da sociedade, para tanto,

começa a utilizar o judiciário tal fim, passando o judiciário a ter um protagonismo como o guardião dos direitos.

Para falar do contexto histórico do Judiciário em si de maneira sucinta não é tarefa fácil, haja vista que ele pode ser vislumbrado nas mais primitivas sociedades, grupos tribais, a introdução como instituição pelos romanos, como vimos anteriormente, e a sua posição como um poder feito pelos contratualistas, até o seu papel nos dias atuais. (PEIXOTO, 2013, p. 189)

Fazer um contexto histórico sobre a magistratura e Poder Judiciário, se faz com o fito de ter uma noção do desenvolvimento do papel dos magistrados no Estado de Direito.

Considerando Roma no período da república, as magistraturas estavam em decadência apesar da Pretura ter sido a magistratura que mais resistiu à absorção de poder do principado no exercício da jurisdição civil, pois a última palavra correspondia ao *princeps* em grau recursal. (PEIXOTO, 2013, p. 189). Otaviano, a quem o Senado, havia outorgado o título de *Augustus*, renuncia ao consulado que estava exercendo e graças a isso *Augustus*

ele recebe o proconsulado sem as limitações existentes na república, pois ele exerce essa magistratura em toda a extensão do Estado Romano. Consolidava-se, assim, Otaviano na posição de princeps: com o proconsulado, tinha o comando geral dos exércitos romanos; com a tribunicia potestas, a inviolabilidade pessoal e o veto às decisões dos magistrados republicanos.

[...]o príncipe é apenas o primeiro cidadão, que respeita as instituições políticas da república; nas províncias imperiais, é verdadeira monarquia absoluta, porque o princeps tem, aí, poderes discricionários. (MOREIRA ALVES, 1998, p. 31-32).

Para exercer sem limites ele recorre a renúncia para que dessa forma ele consiga governar sem os limites que se impunham, haja vista que ele vinha exercendo o consulado de maneira ininterrupta desde 27 a.C., pelo que agora tem a liberdade total para governar em Roma, conforme Moreira Alves,

Em 2 de setembro de 31 a.C, Otaviano derrota, na batalha de Ácio, Marco Antônio, e se torna o detentor único do poder. Já desde alguns anos antes, vinha Otaviano obtendo prerrogativas que lhe preparavam caminho para a implantação do regime pessoal em Roma. (MOREIRA ALVES, 1998, p. 32).

Os tribunos da plebe perdem a sua função e são tomadas pelo imperador, perdendo a plebe uma das figuras mais representativas do movimento e organização

social em prol dos seus direitos e da gestão dos conflitos no seio da sociedade, pela sociedade e para a sociedade.

Este momento é descrito por Moreira Alves (1998, p. 34), que explica que:

A partir de César, os edis, em número de seis, se dividem, dois a dois, em três categorias; edis curuis, plebeus e céñales (estes, encarregados do aprovisionamento de Roma). A pouco e pouco, porém, suas funções são atribuídas a funcionários imperiais, até que deixa de existir a edilidade no século III d.C (por volta do ano 240).

Tribunato da plebe - Não obstante tenha perdurado por todo o principado, suas funções, que vinham da república, se transferem para o imperador. Suas novas atribuições são de ordem administrativa, como por exemplo, a vigilância das sepulturas.

Temos, portanto, que a figura do *Princeps* tem a decisão como órgão recursal em última instância dizendo ele a última palavra.¹⁶

Aproximando-nos para a época da monarquia absolutista medieval, Peixoto esclarece como o judiciário da época atuava

Na monarquia absolutista medieval, fundada na origem divina de poder dos reis, restava ao Judiciário a atuação como um “braço do rei”, ou seja, a justiça derivava do poder da coroa. Na verdade, não existia uma estrutura adequada de justiça, especialmente se também considerada a autoridade dos senhores feudais e do clero. (PEIXOTO, 2005, p. 190)

O monarca era o que decidia tudo desde a organização do clero até a permissão para os cidadãos contraírem núpcias. Nada poderia fugir do poder central do detentor absoluto do poder. O povo devia obediência plena ao dirigente e por consequência o seria para com o Estado.

Com o aumento de pessoas com poder econômico fez com que um grupo se protegesse contra os incessantes movimentos sociais e de ideologias, que fervilhavam no seio da sociedade, aqueles procuravam ter um poder único, que decidisse as questões legais e sociais sem a interferência dos conselhos de anciãos, dos participantes das assembleias, retirando assim do cidadão a possibilidade de continuar participando ativamente na administração do Estado.

Segundo Paolo Grossi (2005, p.194),

Absolutismo jurídico é um esquema interpretativo que, na minha visão, tendia a esclarecer também as indúvidas – mas quase sempre ignoradas –

¹⁶ Para um estudo sobre o assunto vide: a obra de MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p., 32-35

consequências negativas das concepções jurídicas burguesas. O grito da Marselhesa e os foguetórios disparados para as cartas dos direitos impediram muitas vezes de advertir quão limitador e inatural tinha sido o grande processo de panlegiferação e de codificação nos séculos XVIII e XIX.

Por tanto, o absolutismo Jurídico ajudou aos detentores do poder, sem permitir outra visão, se não a da autoridade que utiliza o direito e o judiciário para determinar o que desejava ser feito na sociedade, conforme ensina Paolo Grossi (2005, p. 193)¹⁷,

[o] absolutismo Jurídico surgia para interpretar o interesse de um grupo determinado impedindo uma visão pluriordenamental e, conseqüentemente, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindas do exterior.

Em grande parte da Europa, acontece o fenômeno em que todo o poder está centrado nas mãos do Rei, quem é a figura viva do Estado. Lidavam com esse poder os senhores que participavam da denominada classe burguesa. Afinal podiam ter leis a seu favor em troca de vantagens de governabilidade absoluta e irrestrita em toda a região para o monarca.

Essa governança sem limites, indiscriminada era exercida com a mínima ou nula interferência de outros setores da sociedade.

Segundo Peixoto (2005, p., 190), no período da Revolução Francesa, a lei passou a ter uma expressão absoluta da vontade geral, levados pelo elevado grau de desconfiança no Judiciário, levados pelo ideal iluminista, o poder do legislador em oposição às monarquias absolutas, pois a lei representava a aspiração democrática e a segurança jurídica.

Portanto, cabia aos magistrados a mera aplicação mecânica e quase matemática da lei, os juízes passam a ser seres inanimados que não podiam moderar a força ou o rigor da lei conforme ditava Montesquieu - *bouche qui prononce les paroles de la loi*- na obra o espírito das leis, eram apenas a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 1996, p. 175)

No século XX, chegou o que se denominou Estado Social, consagrado pela Constituição Mexicana de 1917, que era rica em direitos sociais, e a Constituição de

¹⁷ Para mais informações vide: Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito) de Paolo Grossi, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35235/34035>> acesso em 12/2016.

Weimar de 1919, e o advento do Estado Constitucional de Direito, pós II Guerra Mundial o Judiciário passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atuações mais ativas, e intervencionistas. (PEIXOTO, 2005, p. 191)

No Brasil, quando da proclamação da Independência, fez-se necessária uma constituinte, que teve como marco a soberania da nação contra a colonização portuguesa em 1822.

Com isso, surge a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, (AFONSO da SILVA, 2010, p. 74), acreditava-se ser impregnada de ideias liberais, ao passo que se analisada a nomenclatura usada podemos perceber que ela tinha como função dar as regras mestras para fortalecer quem estava no poder (Imperador), pois esta tinha um mero papel político e não o intuito de efetivar as garantias dos direitos individuais. Tudo isso mostra que a Constituição de 1824 é antidemocrática, por ter um viés autoritário.

Com isso, cuidava mais dos interesses do Monarca e de suas atribuições, deixando em segundo plano os direitos individuais, que eram tratados de uma forma superficial e sem mecanismos para sua efetivação, por parte dos cidadãos. Condição que estava declarada de forma expressa no artigo 179 do referido comando legal. (AFONSO da SILVA, 2010, p.,75)

Quando convinha ao Estado a matéria era considerada constitucional, ou seja, apenas as limitações eram constitucionais, os demais direitos podiam ser modificados a vontade das legislaturas ordinárias, portanto, os direitos dos cidadãos tornavam-se uma mera figura, dos quais não tinham segurança jurídica de que poderiam exercê-los livremente.

Contraopondo-se à Constituição de 1824 vem a de 1891 (AFONSO da SILVA, 2010, p.78-79) em que prevaleceu a separação dos poderes e o fim do poder monárquico, a trouxe a separação do Estado e igreja, não tendo mais esta ingerência, em tese, sobre aquele.

Neste momento, surge a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, tendo como aspecto importante o artigo 72, conforme ensina Afonso da Silva (2010, p. 79-80), que assegura direitos individuais de uma forma mais efetiva, trouxe em seu bojo legal uma seção específica a respeito dos direitos do cidadão, possibilitando ao cidadão uma visão mais concreta dos seus direitos frente ao Estado. Todavia, continua o Estado sendo o detentor do Poder de dizer o direito.

Por outro lado, já na Constituição de 1934 houve uma inovação a respeito da dimensão do pensamento acerca do Estado, tinha a ideia de um Estado Social, mas que não prosperou, devido às influências dos regimes autoritários, que estavam em voga na Europa, a Alemanha de Hitler, a Itália de Mussolini, conforme Afonso da Silva (2010, p. 82).

Nessa Constituição, os direitos e garantias individuais estavam expressos no capítulo II, tendo uma visão de igualdade, ela foi a primeira em declarar a igualdade perante a lei, independente de raça, religião, sexo.

No entanto, esses pensamentos e exposições desaparecem com o advento da Constituição de 1937, que tinha como idealizadores intelectuais personagens com pensamentos de cunho autoritário. Centrando o poder ainda mais no Estado. (AFONSO da SILVA. 2010, p.,82)

Essa Constituição está ligada a implantação do Estado novo que tinha em seu corpo as disposições que asseguravam os direitos e garantias fundamentais, mas não ocorreu a efetiva conclusão desses direitos pelo advento do período ditatorial vivido pelo país.

Todavia, mesmo sem efetividade eles estavam expressos nos artigos 122 a 123 da referida Constituição. Desta forma permanecia o interesse negativo do Estado, ou seja, não o Estado pensado do ponto de vista da função social ou interesse do bem comum, mas as manifestações públicas tinham que passar pelo crivo do Estado para que pudessem ser exercidas, e este tinha todo o poder de decidir o que era bom ou não. (AFONSO da SILVA, 2010, p.,82-83)

A sociedade totalmente suprimida, não participa efetivamente no progresso do Estado, ela é vista apenas como a mão de obra que levará o país para o crescimento e progresso, mas o seu posicionamento a respeito da organização e direção do Estado não são ouvidos, afinal o Estado protetor saberia escolher o que fosse melhor para os seus cidadãos, querendo eles ou não, aqui cabe, salientar, que se trata da falta de diálogo por parte do Estado e a sociedade.

Não necessariamente dizer quem seja o detentor da razão, mas sim de possibilitar a participação na construção da sociedade democrática, solidaria em prol de um bem-estar comum.

Observando a Constituição de 1946, em que terminada a II Guerra Mundial, da que o Brasil participou combatendo os regimes autoritários nazi-fascistas ao lado

dos aliados, começaram os movimentos no sentido da redemocratização do país, haja vista o resultado nefasto dos regimes totalitários na Europa. (AFONSO da SILVA, 2010, p.,83-84)

Esta constituição foi promulgada, mas não chegou a ter vigência efetiva. Ficando apenas como um documento histórico, pois nesta renasciam os pensamentos de índole social como os tinha a Constituição de 1946 trazendo com ênfase os direitos e garantias individuais em seu capítulo II, artigos 141 a 144. (AFONSO da SILVA, 2010, p. 84)

Com o advento da Constituição de 1967, a qual centralizava o poder na figura do representante do Estado, que limitava totalmente os exercícios políticos e sociais, tendo apenas uma democracia aparente, era uma arquitetura de aparente normalidade política e social, o que vislumbramos no antagonismo dos artigos 150 e o artigo 151, que limita completamente os exercícios das liberdades assegurados no anterior, pois nesse ínterim ocorriam as maiores arbitrariedades, políticas, civis e sociais.

No entanto, as liberdades devem ser conciliadas com as exigências de ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes.

Deve-se ter em consideração que nenhuma das liberdades podem ser cerceadas de uma maneira drástica, mas ao mesmo tempo não podem ser exercidas de uma forma extremista, impositiva, fazendo com que o outro não possa exercê-las, e é aí onde encontramos o questionamento de como limitar sem, com isso, cercear o seu exercício.

A reflexão que se faz ao considerar que a liberdade de uma pessoa tem o mesmo valor que a liberdade de outrem e o que nos permite identificar que a liberdade de um está limitada quando se encontra com exercício da liberdade do outro.

O que leva a crer que os limites se tratam apenas de uma questão de consciência mútua, ou seja, o discernimento de fazer ou de expressar qualquer evento, está permitido até o ponto em que este não ofenda a outrem, todavia, é cediço que o Estado também as limita, quando diz que essas liberdades podem ser exercidas enquanto não violem a ordem pública.

No Brasil, o vemos claramente quando a Constituição veda o anonimato, por exemplo, e implicitamente quando protege os lugares de culto e suas liturgias, e quando diz serem invioláveis estas liberdades, contudo, o Estado não nos fornece

parâmetros claros para estas limitações deixando margem para que os indivíduos possam fazer uso do bom senso. (ANDRADE, 2013, p. 12)

Com isso, de certa forma, o Estado faculta ao indivíduo ou a coletividade ofendida, para que esta exija do Estado a efetivação dos mecanismos que salvaguardam o bem-estar coletivo ao impor limites ao ofensor impondo ao agressor limites no exercício de sua liberdade, afim de manter a harmonia social.

1.6. ESTADO JUIZ

No decurso da história, vê-se como o Estado toma para si o poder de punir e dizer o direito, deixando de lado o nascedouro do direito que é por essência no seio da sociedade, ficando ele como soberano, legislador e juiz.

Com a positivação do direito por parte de quem detêm o poder, houve o esquecimento do fato social, tornando o ordenamento jurídico aristocrata, e entendimento que o direito está na letra fria da lei e, por conseguinte, a solução para a controvérsia encontra-se pronta e acabada, cabendo ao julgador aplicá-la ao caso concreto.

A garantia mais sólida consistia na estatalização do direito privado, em vinculá-lo à voz do Estado, à sua voz mais direta: a lei. E começou-se a aviar à construção do mito da lei como norma de qualidade superior, hierarquicamente primária: a expressão autoritária e centralista da soberania do Estado vem taxada como a única expressão possível da vontade geral; e foi consequência natural que, diante desta, dispersassem-se as fontes plurais sobre as quais se ergueu a velha ordem, usos, opiniões dos doutores, sentenças dos juizes, invenções dos notários; e o direito franziu-se em lei (GROSSI, 2005, p. 194-195)

Essa ideia dá-se devido, segundo Nalini (1996, p. 20), ao prestígio “a clássica doutrina do silogismo judicial, a conceber a decisão como resultado objetivo de um cálculo dedutivo”.

Soma-se a isso, a maneira de nomear ou eleger os magistrados, que têm variado no decorrer da história, haja vista a necessidade de verificar inúmeros fatores – políticos, contingenciais, econômicos etc - conforme expõe Dallari (1996, p.8)¹⁸.

¹⁸ É importante que se tenha em conta que os métodos guardam relação estreita com o papel que lhe é atribuído ao juiz, observadas também as peculiaridades políticas e jurídicas do momento histórico. (Dallari, 1996, p. 8)

O dogmatismo que se arraigou no decorrer da história, foi paulatinamente deixando de lado as questões filosóficas e sociais.

Tal posição permitiu que a sociedade visse passar diante dos seus olhos a impossibilidade de ter reconhecido o seu direito diante das impunidades, pelo mero fato de não se adequar ao padrão jurídico imposto.

Por certo, que se trata de uma imposição formalística, quedando a sociedade refém de um sistema desarrazoado e vazio. Nalini chama atenção para tal fato quando expõe que:

O direito é norma, todavia não se contém todo na positividade. “em outras palavras, o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, autossuficiente, “autopoietico”, mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social onde isto não se pode fazer artificialmente, isolado da economia, da moral, da política”. E o que Cappelletti chama de “concessão contextual do direito”. (NALINI 2000, p. 24)

Diante desse panorama, a sociedade começou a clamar por meios em que pudesse efetivamente ser ouvida, cansada da empostação formalística:

Entendeu-se o reclamo por maior facilitação de ingresso no Judiciário como reação contra o dogmatismo jurídico, forma degenerativa do positivismo jurídico. A partir da única realidade da norma, a identificação do fenômeno jurídico passou a padecer de uma simplificação irrealista do direito, ignoradas as suas dimensões axiológicas e sociais. (NALINI, 2000, p. 19-20)

A realidade normativa vivenciada pelos estudantes das ciências jurídicas, estava atrelado a norma posta, sem maiores questionamentos, daí o porquê da dificuldade da mudança de paradigma, pois os estudantes opunham resistência a qualquer mudança que os tirasse da zona de conforto ¹⁹.

No entanto, é mister que na completude e na realização do labor como magistrado, e dos entes que operam dia a dia com o direito, na procedimentalização e com os princípios garantidores do processo, requer que eles sejam respeitados.

¹⁹ “O fenômeno, que tem motivado reflexões e a reação ora iniciada, parece decorrer de centenas de anos, durante os quais o direito, do *Jus*, transformou-se na *lex*, a norma. Nessa conversão perdeu seus aspectos éticos e veio se tornar um bem de consumo, igual a outros tantos desta sociedade massificada [...] O processo legislativo típico à sociedade de massas, vem sendo utilizado para aparente encaminhamento de todos os problemas. A proliferação legislativa evidencia o fenômeno e efeitos perversos dele são a obsolescência da lei e a sua elaboração por encomenda, já não mais refletindo o ideal de relação necessária derivada da natureza das coisas.” (NALINI, 2000, p. 21)

Cabe, portanto, a conscientização que a morosidade, a ineficiência e os entraves encontrados no desenvolvimento de um processo nos tribunais de que é necessário haver uma integração e colaboração de todas as partes envolvidas.

A Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado.

Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória.

Um provimento inefetivo não concede a medida necessária, o que significa, em última análise, denegação da tutela pleiteada. Nessa mesma linha de análise, Wanatabe (2000, p. 143) faz a seguinte observação:

O Direito não pode ficar alheio ao ritmo acelerado das relações sociais modernas, nem à velocidade da comunicação e ao encurtamento das distâncias. O direito e o processo devem ser aptos à realidade, de sorte que as normas jurídicas que regem as relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a este ritmo de vida, criando mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada, ajustada ao mesmo compasso.

O processo deveria servir como instrumento de pacificação social, devendo ser capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas, como também deve ser realizado tempestivamente e mediante soluções justas.

É finalidade precípua do Estado Democrático de Direito assegurar a tutela jurisdicional de forma célere e eficaz. Mas hoje observamos um judiciário com uma carga excessiva de processos. Comprovando esta situação, temos os dados publicados recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰, no qual grande parte dos processos, é o Estado que está em um dos polos.

As pressões exercidas pela sociedade por mudanças profundas no Judiciário brasileiro resultaram na aprovação da Emenda Constitucional nº. 45/04, que sob a denominação de “reforma do Judiciário”, teve muito mais como objetivo minimizar os

²⁰ Para uma melhor análise sobre o assunto vide: CNJ em números 2016 ano base 2015 <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>

efeitos das causas estruturais e processuais da “crise do Judiciário”. Nesse sentido, Mônica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2013) expõem:

A Emenda Constitucional 45/2004 (que inaugurou a Reforma do Judiciário brasileiro) teve, igualmente, espaço importante na tentativa de superação da crise instalada no Judiciário – crise essa que não cansamos de repetir: não é apenas numérica, mas institucional e de legitimidade. Muitas outras soluções foram pensadas para além do processo – e nesse sentido registramos os avanços na implementação dos meios alternativos de solução de conflitos. Todas essas ideias e sugestões simbolizam um caminhar rumo à efetividade do processo e do Judiciário.²¹

As recentes reformas processuais têm homenageado tal aspecto, como se verifica com a possibilidade de o magistrado agir de ofício na execução de obrigações específicas, um maior incentivo para a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos que o novel diploma de Processo Civil de 2015 trata com especial cuidado e incentiva a que os operadores jurídicos utilizem os meios consensuais, ficando ademais o Estado instado conforme o comando constitucional no Art. 5º, XXXV, a conhecer de toda e qualquer ameaça a direito, o que agora é reforçado pelo disposto no Art. 3º § 2º do Novo Código de Processo Civil, em que o Estado é chamado a promover a solução consensual dos conflitos por todas as vias e formas que estejam em conformidade com a legislação.

1.7 O ESTADO ASSUMINDO O DIREITO DE DIZER O DIREITO

Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais e direitos sociais. A constituição cidadã, apesar de ser assim chamada, como seria ela vista se ainda se existiam ranços de positivismo excessivo em detrimento da participação social que a constituição fomenta.

Pela luta efetiva na busca da democracia, destacando o movimento das diretas já, foi organizado o poder constituinte, o poder emana do povo, do qual resultou a Constituição cidadã de 1988, com a visão dos direitos de segunda geração sem a densidade normativa, mas sim com parâmetros para interpretação.

²¹ Para uma análise sobre a matéria conferir: Poder judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva? Mônica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. In: Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos [recurso eletrônico]. Vladimir Oliveira da Silveira, Orides Mezzaroba, Mônica Bonetti Couto Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches [coord.] – Curitiba: Clássica, 2013.

A constituição de 1988 trabalha de uma forma moderna tendo os princípios fundamentais como base, por isso também chamada de Constituição principiológica.

Ela traz a concepção de cidadania logo no seu Art. 1º, inciso II e no inciso III a dignidade da pessoa humana retomando o direito natural ao mostrar que pessoa humana tem o direito pelo simples fato de ser humana e não mais um objeto, vindo dessa forma garante-se o mínimo de sua existência. Cabe mencionar que a legislação põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, com a expectativa de direitos.

Ainda que não tenhamos um conceito pleno a respeito da dignidade da pessoa humana podemos chamar a atenção ao pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 58) que entende

por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que **o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade**, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além **de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.** *Grifo nosso.*

Esta Constituição estabelece objetivos fundamentais para a República, estes objetivos estão elencados em seu Art. 3º, além é claro a forma de conduzir o Estado em um patamar internacional, que nos mostra em seu Art. 4º e seus incisos os princípios que devem ser seguidos dentro dessas relações internacionais, quais sejam, independência internacional, prevalência dos direitos humanos e assim em diante.

Mas um dos pontos a serem lembrados e que a constituição inova ao trabalhar as liberdades fundamentais que antes eram programáticos e hoje já não mais, pois se dá um sentido jurídico à constituição.

Como poderiam olhar para ela sem cair nos mesmos vícios do passado, era necessário olhar o novo como pensamentos novos, inspirados nas liberdades e igualdades humanas universais, dentro de uma perspectiva solidária, com respeito ao próximo por sua condição humana.

A pergunta que se colocava era: de que modo podemos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal nossa tradição estava assetada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar

para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico (STRECK, 2006, p. 57)

Embora a constituição aponte para um novo direito com um viés transformador conforme entende Barroso (2015, p. 519), daí as nomenclaturas Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo (STRECK, 2006, p. 45-47), todavia, os operadores do direito continuam a trabalhar como se fosse uma mera racionalidade instrumental e não dão a ele o viés social que fora a ideia precípua da carta cidadã.

O tema justifica-se considerando as decisões solipsistas do Judiciário, com a ideia de discricionariedade do intérprete, deixando de lado a aplicação da lei. É daí que surge um dos pontos cruciais: o surgimento da necessidade de uma discussão acerca do papel da constituição, da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais sociais não estão exauridos em um julgado, ou seja, a realização dos direitos fundamentais a pretexto da judicialização da política, não pode ser negado à sociedade e não apenas os axiológicos como entende a teoria da argumentação, por exemplo, considerando Robert Alexy, com o constitucionalismo discursivo e as mudanças de paradigmas no direito.

O poder judiciário encontra problemas de estrutura e processuais. Entre as causas estruturais são apontadas a incapacidade de gestão e a falta de planejamento das ações institucionais. Já as processuais giram em torno do excesso de recursos, os procedimentos nada céleres, a procedimentalização e a burocracia excessiva etc.

Por conta disso tudo é hoje de se almejar o reconhecimento de uma jurisdição compartilhada (superando a fase da jurisdição monopolizada pelo Estado), na esteira da democracia participativa e da sociedade pluralista almejada pela Constituição Federal, por modo que o processo judicial possa ir se libertando do sentido agressivo-adversarial que o estigmatizou durante tanto tempo e assim vá se convertendo num locus de debate entre os sujeitos parciais (e mesmo eventual interveniente, tal o *amicus curiae*) e o sujeito imparcial, o juiz, encarregado de decidir a demanda, num ambiente de mútua colaboração, informado pela unidade de fim: a outorga, efetiva e tempestiva, do valor, do bem da vida, a quem de direito. (MANCUSO, 2011, p. 371).

A Emenda Constitucional nº 45²² é, portanto, um ponto importante no marco do desenvolvimento e da qual devem derivar todas as ações e políticas públicas, tanto

²² Para uma análise cuidadosa sobre o tema conferir: O ativismo Judicial e o Conselho Nacional de Justiça MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. BRAGA, Sergio Pereira. O ativismo Judicial e o Conselho Nacional de Justiça. in Justiça e o Paradigma da Eficiência. Org. Adriana Silva Maillart, Mônica Bonetti

no tocante à instrumentalização do Poder Judiciário, quanto à escolha dos profissionais encarregados de sua gestão.

Sem este investimento não se estabelecerá uma via de mão-dupla, pois a sociedade cada vez mais clama por ordem, celeridade, economia, modernidade e outras características que possam satisfazer as necessidades essenciais e básicas da população.²³

Percebe-se a necessidade premente de uma visão diferenciada sobre o magistrado a sua formação, o advogado e a sociedade, haja vista que há operadores do direito alienados da realidade social e que cursam um caminho que está fadado a cometer injustiças, tanto no plano axiológico e filosófico como também com o direito.

O descaso com a hermenêutica jurídica e o avanço assustador do solipsismo, como a um tempo vem expondo Lenio Streck,²⁴ “É verdade que, em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”, tem sido a causa de algumas decisões que causam estranheza no mundo jurídico e processos que duram anos e anos.

Couto, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches. Coord. Vladimir Oliveira da Silveira e Orides Mezzaroba. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 2011.

²³ Nalini tece as seguintes considerações: “A dificuldade no custeio das despesas necessárias ao litígio sempre foi considerada em todos os estudos sobre o acesso aos tribunais. A primeira onda nas soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça, segundo Mauro Cappelletti, era justamente a assistência judiciária para os pobres. Hugo Mazzilli, depois de reconhecer que o acesso à Justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, constata: *Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais.*

Ainda que por ora circunscrevendo-se o exame à questão do acesso aos tribunais, não é suficiente a extinção das custas. A necessidade de um advogado encarece a parte quando tem de litigar na Justiça. A nomeação de advogado gratuito possui inconvenientes. Primeiro, por criar-se um préstimo de segunda classe. Quase sempre é nítida a distinção entre o trabalho do advogado constituído e o do dativo. Depois, o causídico encarregado de patrocinar a causa de um pobre corre o risco de fazê-lo de maneira diferente de como o faria se tivera sido contratado. Problema que não é só brasileiro, mas já foi detectado em países de primeiro mundo, onde *muitas pessoas entendem, com alguma razão, que um advogado, ao colocar-se na posição de advogado dos pobres e, de fato, ao tratar os pobres como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses, é muito paternalista. Tratem-se os pobres, dizem elas, simplesmente como indivíduos comuns, com menos dinheiro.*

A barreira da pobreza impede a submissão de todos os conflitos à apreciação de um juiz imparcial. Mas é verdadeiramente trágica se considerada a dimensão do acesso do pobre aos direitos. Os despossuídos são privados até dos direitos fundamentais de primeira geração, para eles meras declarações retóricas, sem repercussão em sua vida prática”. Para mais informação sobre o tema conferir: NALINI, Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça, disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>> acesso em 18/06/15

²⁴ Para uma análise cuidadosa sobre o tema conferir: STRECK, Lenio Luiz. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P., 82-84. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Resultando em sentenças que não condizem com a realidade do povo, totalmente desconectadas do senso natural da sociedade, considerando apenas o mundo do procedimento e não o fatural, a sensível condição do jurisdicionado.

Por outro lado, o Poder Legislativo tem participação nisto, haja vista a crença de que a lei irá solucionar o problema, todavia, falta considerar que é preciso ter os mecanismos para a aplicação da lei, eis que outra vez salta a voz de Lenio Streck (2013, p. 84), quem acredita ser necessário que exista um controle hermenêutico em relação às atividades do Poder Legislativo.

Convém, por oportuno, salientar que tudo isso busca a segurança jurídica e ela é resguardada pela Constituição Federal por meio da proteção à coisa julgada, como também pela garantia do contraditório e da ampla defesa, entre outros valores.

Daí surge o problema, pois a segurança requer uma dilação temporal, ao passo que a efetividade pressupõe sua abreviação.

É evidente que, no caso concreto, um princípio deverá ser sopesado em relação ao outro, com a utilização da proporcionalidade, buscando uma solução que melhor atenda ao postulado objetivado pelo interesse público, no sentido de fazer justiça, sem sacrificar o princípio que foi preterido.

Há algum tempo, a preocupação única era com a segurança jurídica, tendo em vista que o problema do tempo no processo ainda não comprometia a sua efetividade.

Com o surgimento de tal preocupação, o legislador começou a criar técnicas processuais voltadas para a efetividade do processo.

As recentes reformas processuais têm homenageado tal aspecto, como se verifica com a criação da inversão do ônus da prova, da possibilidade de o magistrado agir de ofício na execução de obrigações específicas, maior incentivo para a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos que o novel diploma de Processo Civil 2015 trata com especial cuidado.

Lenio Streck (2015) tece a seguinte crítica ao termo ponderação utilizado pelo legislador:

Se estamos entendidos, quando o legislador fala em “ponderação”, podemos estar certos de que está se referindo a longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada), em *terrae brasilis*, da ponderação (*Abwägung*) da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy. Com certeza, nosso legislador, ao invocar uma “colisão entre (sic) normas” (sic), reportou-se a isso, o que acarreta gravíssimas consequências. Já falei

muito e já critiquei sobremaneira o *ab-uso* disso que por aqui chamamos de “ponderar”.

O citado § 2º do Novo Código de Processo Civil, que fora objeto de análise e crítica por parte de Lenio Streck (2015), justamente por colocar em jogo a segurança jurídica, e faz a seguinte consideração:

Ou seja: de um lado, ganhamos excluindo o livre convencimento do novo CPC; de outro, poderemos perder, dando poderes ao juiz de dizer: *aqui há uma colisão entre normas* (quando todos sabemos que regras e princípios são normas); logo, se o juiz alegar que “há uma colisão entre normas” (sic), escolhe a regra X ou o princípio Y. Bingo: e ali estará a decisão. E tudo começará de novo.²⁵

Dando dessa forma uma brecha ao juiz para fazer uso da chamada ponderação, “o malsinado dispositivo servirá para que o juiz ou tribunal escolha, de antemão, quem tem razão, ideológica-subjetivamente”.²⁶

O serviço judiciário brasileiro é considerado ineficiente, seja porque a estrutura sobre o qual é desenvolvido detém problemas que o impedem de satisfazer as necessidades essenciais da coletividade, seja porque seus operadores são, por vezes, obrigados a geri-lo sem a técnica necessária.

Estes dados nos levam a refletir sobre quem deve ser o foco das ações do Estado, o Judiciário (estrutura), o magistrado ou a população? É preciso que a Justiça seja administrada por pessoas capacitadas, especialmente formadas e com vocação para a atividade, com uma visão social ampla, que considere as multifaces da sociedade e não apenas o comodismo de um cargo público e distanciado do povo, que é o ente principal.

A capacitação requer que sejam preparados para permitir uma coexistência jurídica sem hierarquias entre as culturas, regionalismos, que sejam decisões que reflitam o povo e não contra o povo.

Não basta que tudo esteja insculpido na Carta Maior e leis esparsas, haja vista que ocorre uma crença que com a elaboração de leis estaria tudo solucionado, falta, ainda, uma parte mais importante que é a efetividade.

²⁵ Op.cit.

²⁶Para uma análise cuidadosa vide: STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-vet.>> acesso em 11/07/15

Não basta apenas elaborar leis com o pensamento ou fito de desafogar o judiciário, todavia, falta uma educação social transformadora, que veja a necessidade de fazer uma distinção entre a administração do Poder Judiciário, a atuação do juiz e das partes.

Haja vista, diferir jurisdição e decisão judicial, e vai além com a decisão jurídica, não ficando apenas no discurso jurídico, mas sim de ver a necessidade construção de uma teoria da constituição adequada, e não desviada do tema central que é a cidadania, o povo em si.

Percebe-se, com isso, que não é a – mera – ausência de teses ou teorias que tornam o judiciário embaraçoso, mas sim o exercício descriterioso de posturas teóricas relativizadas, sobretudo quando o modo de atuar do Judiciário perpassa os limites em relação com o poder público na execução e definição das políticas públicas. (DI PIETRO, 2014, p. 269)²⁷

Consideramos ainda, que os direitos fundamentais sociais não estão exauridos em apenas um julgado, ou seja, a realização dos direitos fundamentais, a pretexto da judicialização da política, não pode ser negada à sociedade, sem a sua participação.

Uma constituição do povo para o povo como deveria ser considerada e não utilizada por conveniências corporativistas e jogos de poder que corrompem o bem comum, nublando o empoderamento por parte da sociedade para a solução dos conflitos, de forma autônoma, livre e adequada por meio do tratamento adequado dos conflitos, utilizando para tanto os meios consensuais de resolução de conflitos.

Efetivando, assim, o acesso à justiça de maneira participativa, contribuído para a eficácia da participação social como parte integrante do Estado, não apenas como receptor mas como agente atuante, participa dentro das capacidades agindo para a transformar a sociedade em prol do bem-estar coletivo, consciente do seu papel transformador para o seu desenvolvimento, o desenvolvimento da sociedade e por consequência contribui para a efetivação dos objetivos fundamentais de uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana, *RDDA*, v. 1, n. 2, 2014. p., 269.

CAPÍTULO II

A GESTÃO DO CONFLITO: DA SOCIEDADE PARA A SOCIEDADE.

Da análise dos escritos e as questões históricas, extrai-se que ocorreu um movimento que partiu da sociedade, que ela dizia o direito, solucionavam os conflitos entre os seus pares, até que foi tomado esse poder de decidir. Agora, lhes foi imposta uma decisão dada por um terceiro em nome do Estado, vindo, portanto, de cima para baixo, ademais de ser lenta e, às vezes, ineficiente, tendo em vista já ter perdido o seu objeto. Mesmo assim, o povo deve acatar ou insurgir-se contra ela pelos meios que o processo lhe dá, isso se a pessoa tiver as condições de fazê-lo e, pelo que foi visto, esta imposição não calça com a realidade da sociedade, não sendo eficaz.

Os estudos sociológicos a respeito da sociedade hodierna indicam uma transformação nas relações dos indivíduos com a sociedade, considerando que a busca da satisfação pessoal é colocada acima do bem-estar coletivo, acarreada por um egoísmo extremo, sintoma de uma sociedade individualista, motivo que intensifica os conflitos interpessoais.

Dentre as possibilidades de transformação social e gestão de uma sociedade que preze pela busca do bem comum, trataremos neste capítulo, como os instrumentos autocompositivos e consensuais de resolução de conflitos tem a possibilidade de proporcionar aos membros da sociedade a liberdade e a autonomia por meio do tratamento adequado dos conflitos, resgatando a forma original de resolução de controvérsias.

Motivo pelo qual, se traz à tona o método consensual, na perspectiva de trazer a dimensão sociológica do ser humano em especial da construção dos mecanismos efetivos para a gestão do conflito: o povo dando soluções por eles e para eles. Utilizando-se das dimensões culturais e antropológicas, tendo em vista formar um modelo multifacetado que leva em consideração a formação e origem histórica de cada povo, tradições e seu regionalismo.

O que, nos leva a crer que os meios autocompositivos sejam uma forma eficaz e adequada de resolução de conflitos.

2.1 FORMAS DE TRATAMENTOS DOS CONFLITOS POR MEIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS AO PODER JUDICIÁRIO

São três os argumentos que se podem considerar como principais para a gestão e implementação das formas alternativas de resolução de conflitos²⁸.

Em primeiro lugar, na medida em que desafogam o judiciário, as ADR (*Alternative Dispute Resolution*) podem constituir uma solução à crise da Justiça. Neste ponto, cabe ressaltar que, a crise não é algo novo, pois como afirma Peterson Zacarella (2013, p. 29), “a morosidade na entrega da prestação jurisdicional [uma das causas da crise] por parte do Estado constitui-se em um problema antigo, recorrente e universal. Não se trata, pois, de fenômeno exclusivamente brasileiro, tampouco recente [...]”.

Haja vista, por exemplo, Capelletti e Garth já trataram dos problemas enfrentados nos séculos XVIII – XIX, nos estados liberais “burgueses”, os quais refletiam os direitos que eram essencialmente individualistas, frente a um Estado que permanecia passivo²⁹.

O único papel que era exigido do Estado, era que este evitasse que os direitos fossem infringidos por outros. O acesso à justiça não considerava afastar as custas processuais em virtude da hipossuficiência do jurisdicionado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 4). E, como ainda complementam Capelletti e Garth, “o acesso à justiça pode [...] ser encarado como 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; GARTH, 1988, p. 12).

²⁸ Neste sentido (BORDALÍ SALAMANCA, 2004, p. 2): “Por ello, habría que decir que lo alternativo tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es a su vez interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocesal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por antonomasia viene a ser la primera perspectiva, esto es, la que intenta evitar el recurso a la Jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella”.

²⁹ Anterior a estes fatos ainda há o relato de Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 253) que afirma que: “Na *Oratio por Quinctio*, Cícero lamentava que a causa que defendia já se arrastava por um biênio; e parece que essa não era uma exceção concernente à duração dos processos também em Roma. Na velha Germânia, queixavam-se os juristas que as ações duravam mais que os homens, e eram transmitidas como herança de geração em geração, e assim, Feuerbach acrescentava que a Corte Suprema do velho império era similar ao Olimpo, já que habitavam os imortais, isto é, as causas que ali restavam por muito tempo em estado letárgico”. **Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999.

O acesso à Justiça é portanto algo mais complexo, representando mais do que o ingresso no processo e seus meios, indo além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Deve-se ir além do acesso garantido a todos pela Constituição Federal, deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e garantias sociais fundamentais, mas não só isso. Deve-se também garantir o acesso a uma “ordem jurídica justa”, na expressão de Rodrigues (1994 p., 29).

Considerando que, além de custosa, a Justiça é pouco acessível, lenta e ineficaz, excessivamente formal e burocratizada, de acordo com seus defensores, há que se buscar fora da jurisdição caminhos mais simples, rápidos e econômicos. Por consequência, tanto os usuários quanto a Justiça saem beneficiados pelas vias alternativas.

Deste modo, no contexto atual do acesso à justiça e a sua caracterização como direito humano fundamental, conforme expõem Maillart e Sanches (2012 p. 584):

Assim, acesso à justiça deve compreender não apenas a proteção aos economicamente menos privilegiados, embora grande parte da atenção dos estudos deste acesso deva estar voltada a esses indivíduos. Acesso à justiça deve estar associado à ideia de facilitação de acesso aos meios de proteção igualitária, preocupando-se com a segurança jurídica das decisões fornecida a todos que procuram uma prestação jurisdicional. Prestação esta que deve ser feita de maneira célere e efetiva.

Como se pode apreender, essa linha argumentativa, fundada na lógica funcionalista, limita-se à busca de soluções para a denominada “crise da Justiça”. Cabe, portanto, indagar: em que medida o objetivo voltado para uma mais rápida, econômica e eficaz solução de conflitos de interesses garante a concretização dos direitos? Ora, não se pode perder de vista que o processo transcende a mera busca de resolução de conflitos sendo um imperativo para fazer valer os mandamentos constitucionais.

Em segundo lugar, ocorre a defesa das formas “alternativas” de resolução de controvérsias enquanto manifestação de uma nova forma de justiça - uma justiça coexistencial, não contenciosa, conciliativa, descentralizada, mais acessível e humana, que independe da autoridade oficial do juiz, que emanará de uma autoridade social – mediadores ou conciliadores de bairros, de fábrica, de escola.

De acordo com Bordalí Salamanca (2004, p. 2),

Esta nova maneira de olhar a Justiça, que alguns denominam como justiça co-existencial, representaria um fenômeno de grande modernidade que emana das formas típicas das economias mais avançadas. Este fenômeno, paradoxalmente, lembraria formas de justiça prevalecentes nas sociedades mais primitivas, passadas e presentes, onde existiria a necessidade da coexistência dos indivíduos no âmbito da comunidade – tribo, clã, vilas. Nesse contexto, a Justiça é entendida como conciliação, antes mesmo que como a ideia de um processo.³⁰

Um terceiro argumento a favor das ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*) refere-se à possibilidade real de acesso à Justiça Civil de todas as pessoas,

Especialmente quando se trata de direitos específicos e interesses legítimos que, a **Justiça Estatal**, devido a seus já reiterados tempos excessivos, custas elevadas e acentuado tecnicismo, **não tem sido capaz de tutelar adequadamente**. Assim, por exemplo, mencionam alguns que os novos direitos denominados coletivos ou difusos – consumidor, meio ambiente etc – mal se utilizam para a justiça tradicional e contenciosa, sendo propícia somente para a tutela de situações jurídicas interindividuais. *Grifo nosso* (BORDALÍ SALAMANCA, 2004, p., 3)³¹

Vale registrar que o conceito de acesso à Justiça foi usualmente empregado restringe-se à necessidade de garantir a todos o ingresso em juízo. Desconsidera, portanto, que “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 sócio-econômica”. (SANTOS, 1989, p. 45).

Em um sentido amplo, portanto, corresponde às condições da população de participar do processo político, econômico e social, compreendendo o acesso à certa ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano. (RODRIGUES, 1994, p. 28). Ou seja, “é necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã”, como bem assevera Santos (2008, p. 24).

³⁰ Nota original: “Esta nueva manera de mirar a la Justicia, que algunos denominan como justicia coexistencial, representaría un fenómeno de gran modernidad que emana de las formas de vida típicas de las economías más avanzadas. Este paradójicamente, recordaría formas de justicia prevalecientes en las sociedades más primitivas, pasadas y presentes, donde existiría la necesidad de la coexistencia de los individuos en el ámbito de la comunidad –tribu, clan, villas. En este contexto, la Justicia es entendida como conciliación antes que como la idea de un proceso” (BORDALÍ SALAMANCA, 2004, p., 2)

³¹ Nota original: “especialmente cuando se trata de específicos derechos e intereses legítimos que, la Justicia Estatal, debido a sus ya reiterados tiempos excesivos, costos elevados y acentuado tecnicismo, no ha sido capaz de tutelar adecuadamente. Así, por ejemplo, se menciona por algunos que los nuevos derechos denominados colectivos o difusos –consumidores, medio ambiente, etcétera–, mal se prestan a la Justicia tradicional y contenciosa, propicia sólo a la tutela de situaciones jurídicas interindividuales”. (BORDALÍ SALAMANCA, 2004, p., 3).

Estes direitos fundamentais são tidos como liberdades públicas ou direitos subjetivos, essas expressões são expressas quanto aos direitos individuais em proteção contra os excessos do Estado, ou seja, para proteger o indivíduo do Estado.

Não podemos esquecer que estas liberdades dentro da Constituição de 1988 tem uma relação horizontal uma relação de igualdade, entre as liberdades, ao falarmos dessas liberdades nos remetemos aos direitos do homem que são expressões mais abrangentes que direitos fundamentais, pois indicam que estão previstos em declarações e tratados internacionais, já os direitos fundamentais indicam direitos que são previstos no âmbito interno.

Nesse sentido Silva (2010, p. 178), indica:

Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que ressumem a concepção do mundo, e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico e, reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Estas liberdades têm características a historicidade, estes direitos têm seu desenvolvimento no decurso da história, em decorrência disto surgem novos direitos ou até mesmo direitos já existentes ganha uma nova acepção; vemos, pois, que eles têm o patamar de universalidade, limitáveis, não são absolutos, a concorrência, em que uma pessoa pode exercer vários direitos, a inalienabilidade, são inegociáveis; imprescritibilidade, eles não prescrevem com decorrer do tempo.

A sociedade não pode renunciar a eles, são indispensáveis, não podem ser disponibilizados, estão acima da vontade individual.

E uma das questões que não pode ser menor é a efetividade, o poder público deve agir para que os direitos sejam aplicáveis, para que sejam efetivamente exercidos e criar mecanismos para que possam ser exercidos.

Os tratados e convenções ratificados pelo Brasil tiveram uma influência marcante na elaboração dos direitos e garantias dessas liberdades.

Um dos tratados acolhidos pelo nosso sistema jurídico em relação a direitos humanos é a declaração universal dos direitos e deveres do homem, o documento é a base da luta universal contra a opressão e a discriminação, defende a igualdade e a dignidade das pessoas e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.

Nesse mesmo sentido, é quiçá muito além, temos o pacto de San José de Costa Rica, que veio reforçando o já consagrado na declaração universal dos direitos e deveres do homem e do cidadão.

Assim, como a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que versa sobre o direito e garantia de desfrutar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, dando em seu corpo a definição de refugiado mostrando a garantia já dita às liberdades religiosas e a de expressão.

O Brasil também ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que tem expressado em seu corpo a garantia às liberdades fundamentais.

A justiça cidadã, entretanto, só será conquistada, no momento que ocorrer o empoderamento social para a participação na solução e o tratamento adequado dos conflitos. Esta ideia coaduna com os ensinamentos de Paulo Freire, que considera a liberdade em contraposição a acomodação e ajustamento de uma posição apenas, pois não é possível ao se ter a liberdade de poder decidir no lugar de apenas ficar com o que já antes estava estabelecido. Pois, para Freire (2016, p. 43):

O grande problema está em como poderão os oprimidos, que “hospedam” o opressor em si, participar da elaboração, como seres duplos, inautênticos, da pedagogia de sua libertação. Somente na medida em se descubram “hospedeiros” do opressor poderão contribuir para o partejamento de sua pedagogia libertadora. Enquanto vivam a dualidade na qual ser é parecer e parecer é parecer com o opressor, é impossível fazê-lo.

Não é fácil conquistar a liberdade. Ela, nas palavras de Freire (2016, p. 48), é um “parto doloroso”. E conforme explica Bauman (2001, p. 23)

A desintegração da rede social, a derrocada das agências efetivas de ação coletiva, é recebida muitas com grande ansiedade e lamentada como “efeito colateral” não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo. Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga. Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado.

Nota-se que, para o teórico, a sociedade global contemporânea pode exercer domínio sem nenhuma preocupação com o bem-estar perene, pois para essa sociedade fixar-se ao solo não resulta tão importante, haja vista que este pode ser alcançado e abandonado ao bel prazer deles. Em razão de que, a questão de se fixar

fortemente ao solo daria margem a criar laços sobrecarregados com compromissos mutuamente vinculantes, o que pode se tornar prejudicial, considerando que teriam outras oportunidades em outros lugares.

A mobilidade tem dado poder ao indivíduo, e, hoje a pessoa é um indivíduo que foi deixando paulatinamente a existência da *personae* para tornar-se um indivíduo, e equivocadamente tomou a forjada cunha, indivíduo, que tinha o intuito de distinguir a pessoa no meio social em que habitava, transformando-se em um ser egoísta, distanciado do outro, desconhecendo o seu próximo.

E nestes tempos da tecnologia, o indivíduo passou a dar lugar ao virtual em vez do contato físico, a convivência coletiva se realiza em ambientes virtuais, o que incrementa o distanciamento.

Não mais a relação física, mas agora o relacionamento que poderia ser táctil, fático torna-se em algo volátil, frágil.

Para Bauman (2001, p. 22-23)

Numa notável reversão da tradição milenar, são os grandes e poderosos que evitam o durável e desejam o transitório, enquanto os da base da pirâmide – contra todas as chances – lutam desesperadamente para fazer suas frágeis, mesquinhas e transitória posses durarem mais tempo. Os dois se encontram hoje em dia principalmente nos lados opostos dos balcões das megaliquidações ou de vendas de carros usados.

Ao mesmo tempo, são os frutos de longas lutas e revoluções e do próprio caminhar do processo histórico que trouxe a humanidade até o presente momento. Herbet Marcuse (Apud Bauman, 2001, p. 25) reclamava que:

Em relação a hoje e à nossa própria condição, creio que estamos diante de uma situação nova na história, porque temos que ser libertados de uma sociedade rica, poderosa e que funciona relativamente bem ... O problema que enfrentamos é a necessidade de nos libertarmos de uma sociedade que desenvolve em grande medida as necessidades materiais e mesmo culturais do homem – uma sociedade que, para usar um slogan, cumpre o que prometeu a uma parte crescente da população. E isso implica enfrentarmos a libertação de uma sociedade na qual a libertação aparentemente não conta com uma base de massas.

O que percebemos hoje é o que já dizia Marcuse (1989, p. 277)³², que é um

³² Para uma análise cuidadosa vide: MARCUSE, Herbert. **Liberatio from the affluent society**, citado conforme *Critical Theory and Society: a Reader*, Stephen Eric Bronner e Douglas Mackay Kellner (orgs.), Londres: Routledge, 1989, p. 277.

número pequeno de pessoas que desejam ser libertadas e menos ainda as que estavam dispostas a fazer algo para conseguir a liberdade, e num mundo virtual ninguém sabia ao certo como a libertação da sociedade poderia ser distinguida do atual estado em que estavam.

2.2 EM BUSCA DO TRATAMENTO ADEQUADO: CONHECENDO A DIVERSIDADE DA CULTURA JURÍDICA

Diante do cenário social plural, tratar todos os conflitos da mesma forma fica cada vez mais complexa, pois complexa é a sociedade e os seus problemas, conceitos e definições, que estão em constante mutação.

À primeira vista parece um pensamento antagônico, mas é justamente a diferença que faz com que mereça o ser humano igual respeito em qualquer parte do mundo, considerando que o mero fato de um indivíduo acreditar que seja superior aos demais já o faz, de alguma forma, transgressor dos direitos humanos, haja vista que é pelo reconhecimento universal da igualdade entre si, que não pode o homem considera-se superior aos demais.³³

E para entender os conflitos há uma área que faz referência a estes conceitos e procura dar um tratamento adequado a cada uma destas situações fáticas é a denominada teoria do conflito.

Esta teoria se propõe a explicar o surgimento do conflito, no caso da lide processual se dispõe a que o sujeito tenha a sensibilidade de extrair aquilo que está nas entrelinhas das peças elaboradas por juristas, relatando os fatos, do direito e os pedidos.

Todavia, cabe lembrar, que a peça está elaborada por um terceiro, a saber, o advogado, que não é precisamente a parte que reclama algo em juízo, motivo pelo

³³ Foi, de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza não sendo meras criações políticas. COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 20.

qual fica difícil, em uma primeira análise os sentimentos envolvidos, que seriam neste caso a chamada lide sociológica.

Por outro lado, cabe mencionar o que acontece no processo que se desenvolve no Poder Judiciário, a quem cabe dar uma resposta para os conflitos entre as partes por meio de um terceiro que não se vê envolvido no processo, apenas considerou se houve um regular andamento dos feitos processuais documentados em juízo, essa é a justiça positivada, que por mais que ela intente se aproximar da realidade social o comando legal não dá lugar a divagações extensivas.

Podemos verificar nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 46), que o processo, em seu desenvolvimento, se distancia das “concepções meramente formais para preocupar-se com as exigências substanciais de acesso à Justiça, de igualdade real, de paridade das armas, de concreta e efetiva possibilidade de todos obterem a tutela jurisdicional”. Afirma, ainda, que o processo deveria ter “plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”. (GRINOVER 1990, p. 46)

Com isso, com as tendências coletivistas impuseram de maneira autoritária as decisões políticas aos indivíduos, pelo que apenas restava ao indivíduo acatar a autoridade estatal para que este organizasse a sociedade. Distanciado, como já foi dito, a sociedade do poder judiciário e, também, da vida política. (GRINOVER, 2011, p. 4).

A ampliação e o incentivo crescente dos meios consensuais de resolução de conflitos hoje estão previsto no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, no Art. 3º §§ 1º, 2º e 3º, que trata da arbitragem para direitos disponíveis, a conciliação, a mediação e outros métodos que levem a solução consensual cabendo ao Estado promovê-los e cabe ser estimulado pelos operadores do direito.

Deve-se ter em mente que a alteração trazida pela Lei nº 13.105/15, modificou a concepção que se tinha sobre os meios que antes eram denominados de extrajudiciais ou alternativos, hoje ao tratar os conflitos por estes meios não se está com isso afastando a jurisdição do Estado, se entende que todos compõem os mecanismos estatais e sociais para a pacificação social.

O Novo Código de Processo Civil estimula a participação mais ampla e efetiva das partes, tanto dos operadores do direito quanto por parte dos jurisdicionados, na conformação de um processo mais democrático, participativo, orientado para a dialética entre os sujeitos do processo, com isso a população poderá, ainda que seja por meio do seu advogado podem participar para obter uma solução mais eficaz entre as partes.

O Novo Código de Processo Civil trás, a cooperação das partes insculpido em seu Artigo 6º “**Todos** os sujeitos do processo **devem cooperar** entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. *Grifo nosso*. De forma que todos os que fazem parte são chamados a colaborar para o bom andamento do processo e assim obter uma tutela jurisdicional integral e satisfativa para as partes.

Construindo assim bases de um processo com isonomia e alicerces democráticos sólidos, considerando que em um Estado Democrático de Direito tem a seu fundamento na garantia dos direitos fundamentais das pessoas, garantido a participação de maneira efetiva, fazendo que todos sejam incorporados no controle das decisões.

No novel modelo processual participativo/cooperativo/comparticipativo, o contraditório é a garantia de que as partes podem influenciar, efetivamente, na convicção do juiz, o artigo 369 do Novo Código de Processo Civil, reza que as partes podem se valer de todos os meios legais e moralmente legítimos, de forma a provar a veracidade dos fatos e assim influenciar eficazmente na convicção do Juiz. (THEODORO JÚNIOR, Humberto et all, 2015, p. 83.)

O legislador procura fazer com que as partes cooperem a fim de que possam influenciar na convicção do juízo e assim obtenham o melhor resultado dessa dialética.

Isto posto, porque o poder emana do povo, e este deve ser exercido em seu favor, respeitado a pluralidade de ideias, mantendo um diálogo colaborativo para chegar a um consenso entre opiniões que forem divergentes.

Dentre os meios facilitadores os que mais são divulgados ou conhecidos são os da mediação, conciliação e negociação, como instrumentos de autocomposição, ao passo que a arbitragem é um método similar ao sistema judicial tradicional, vez que aparece a figura do árbitro, ou do colegiado que tem a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes, por isso é considerado como um

método de heterocomposição, pois a vontade que irá prevalecer será a do árbitro ou do colegiado, a que irá se impor às partes envolvidas no juízo arbitral. Cabe, ainda, mencionar que ela está prevista em lei específica com regras próprias, Lei Nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

Os movimentos que visavam possibilitar um acesso à justiça por meios autocompositivos ganharam uma maior intensidade com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, e a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vêm a cada ano avivando as campanhas pelos meios consensuais de resolução dos conflitos.

Portanto, considera-se de suma importância a necessidade de uma justiça que possa dar ao cidadão a oportunidade de participação no tratamento adequado do conflito para a consecução da solução social do conflito, deixando de ser apenas algo impositivo, na relação vertical Estado – cidadão.

Ao considerar que o Conselho Nacional de Justiça alavancou o movimento em prol dos meios consensuais de resolução de conflitos, em um momento fazendo-o por meio de incentivo das práticas de conciliação, e o *slogan* conciliar é legal, dando o referendo para a atuação dentro de um marco de licitude, como o podemos observar nas palavras de Carlos Pinto (2006, p., n.d)

Não há qualquer proibição às práticas de conciliação, tornando cabível a noção e o emprego do “princípio jurídico da licitude”, posto que lícito não é apenas o que a lei permite, mas tudo o que ela não veda expressamente, consoante o que dispõe o artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988. O fato é: as dificuldades do Estado em pacificar conflitos impõem a busca de novos meios de pacificação social, em apoio aos métodos tradicionais (processo), mediante sistemas não onerosos ao Poder Público.³⁴

Pois a contribuição que a sociologia tem dado para a democratização da administração da justiça passa a mostrar de forma reiterada que as reformas, as modificações do direito substantivo não terão um muito significado se não for acompanhada de outros complementos de reformas, que ela seja democrática e uma nova geração de juízes, com um conhecimento vasto e diversificado a respeito da sociedade (SANTOS, 2003, p. 180).

³⁴ Para mais informações vide: Conciliação: expressão maior do pacto social entre as partes. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-dez-07/conciliacao_expressao_maior_pacto_social_entre_partes acesso em 12/2016

Necessário compreender, portanto, o universo objetivo e o subjetivo que envolve o processo, observando as dimensões processual e sociológica, a primeira objetiva e segunda subjetiva, sendo necessário ter uma compreensão do que sejam para uma solução consensual e pacificadora.

Cabe neste ponto, reportar-se ao ensino jurídico, considerando que se os estudantes do curso de direito, se envolvidos em pesquisas empíricas, poderão superar o modo abstrato de compreender o direito, incapaz de apreender a complexidade e as mudanças da sociedade.

O direito positivo está limitado a resolução dos conflitos que estão tipificados em lei, entretanto, na hipótese de este trabalho, os conflitos surgidos na sociedade são mais diversos e mais amplos e, portanto, a sociedade ela própria precisa dar a solução para esses conflitos, que o papel e tinta não conseguem expressar.³⁵

Entende-se, pois, que o ensino jurídico deve estar articulado com uma visão crítica da realidade social e política. Lyra Filho recomenda tanto o ensino quanto a pesquisa. Ao defender o “Direito achado na rua”, apreende-o “não como ordem estagnada, mas positivamente, em luta, dos princípios libertadores, na totalidade social em movimento” (2006, p. 95).

³⁵ No trabalho defendemos as manifestações legais e legítimas, nada vinculado a defesa de possibilidades de poder paralelo ao estado. Tendo como base o limite da ordem pública, soberania nacional e bons costumes. Nessa linha de raciocínio verificamos, dentro dos ditames constitucionais da autonomia dos povos, as alterações realizadas na Bolívia, com a carta de 2009, Constitución Política del Estado inserindo um paradigma internacionalista, assentado as modificações feitas à estrutura legal e constitucional do país são fundadas no princípio da multinacionalidade, possibilitando a criação de justiças especiais, a saber, a justiça indígena e agroambientais. Pelo que o Tribunal Constitucional da Bolívia acrescentou ao final o termo plurinacional, utilizando para tal o direito público internacional, como as convenções da Organização Internacional do Trabalho. O que os levou a alterar a competência do tribunal visando atender as novas inspirações, para tanto a constituição serve como filtro do conteúdo jurídico internacional. Considerando o que eles denominaram de: El pluralismo jurídico y la interculturalidad en la justicia. La Constitución Política del Estado establece que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. La jurisdicción indígena originaria campesina tiene como límite el respeto a la vida, “el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos “ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (artículo 179). Asimismo, se indica que la jurisdicción indígena respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa, y demás derechos y garantías constitucionales. Quando se tratar de questão penal El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal establece que, los conflictos ocurridos dentro de una comunidad indígena – campesina que hayan sido resueltos conforme su justicia comunitaria, no pueden ser objeto de un proceso penal ante la justicia formal (Juzgados Penales), y sólo pueden ser revisados cuando se verifique alguna violación a los derechos y garantías constitucionales del sancionado. Para uma melhor compreensão vide: Ley de Deslinde Jurisdiccional (Ley No. 073 de 29 de diciembre de 2010). Disponível em: <<http://www.bivica.org/upload/ley-deslinde-jurisdiccional.pdf>> acesso em 12/2016. <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/50Justiciaplural3final_42.pdf> acesso em 12/2016.

Como já mencionado, as formas alternativas de resolução de conflitos, dentre elas a conciliação, têm sido largamente defendidas por permitirem a celeridade e por descongestionarem o judiciário.

Conforme Souza Júnior, uma sociedade justa é aquela que assegura condições para a abertura constante do debate da questão da Justiça. Na contemporaneidade, explica o autor, os paradigmas que constituíram o direito e o sistema judiciário já não servem de referência.

Da contraposição entre o direito oficialmente instituído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais e da distinção entre a norma abstrata e fria das regras que regem os comportamentos e as normas concretas aplicadas pelos juízes, tem-se acentuado a necessidade de se compreender novas condições sociais e novas condições teóricas, aptas a reorientar o conhecimento do direito e a atuação daqueles que o operam. Entre os elementos que determinam essas novas condições sociais e teóricas destacam-se a emergência dos novos movimentos sociais e dos novos sujeitos de direito neles constituídos, a configuração de novos conflitos e a designação de um **efetivo pluralismo jurídico gerando formas inéditas de sociabilidades**. *Grifo nosso* (SOUSA JR. 2011, p., 01)

Sousa Junior (2011, p. 1) defende a necessidade da crítica a fim de apreender e compreender o Direito “por meio de um trabalho consciente, apto a afastar o jurista das pré-noções ideológicas que moldaram uma concepção jurídica de mundo insuficiente para dar conta da complexidade e das mutações das realidades sociais, políticas e morais numa conjuntura de transição paradigmática”.

Outra questão acerca das dificuldades de acesso à justiça refere-se ao fato de que a igualdade formal enunciada pelo princípio da isonomia pode legitimar injustiças quando dispensa tratamentos iguais àqueles que estão em situação desigual. (NALINI. 2000, p. 29-30)

Vale registrar ainda que Boaventura de Sousa Santos, referindo-se à contribuição da sociologia no que se refere à administração da justiça afirma que:

a igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais (SANTOS. 1989, p. 43)

Tendo em vista que a “assistência judiciária” - prevista nas constituições anteriores – restringe-se à assistência prestada em juízo, limitando-se, pois, ao acesso formal aos serviços

judiciários, sua substituição pela “assistência jurídica” abriu a possibilidade de ampliação do acesso à justiça. Isto porque, explica Carlos Weis (2002, p. 6), passou-se

Da ideia de assistencialismo público para serviço público essencial; de extensão da Advocacia privada aos financeiramente carentes à promoção dos direitos humanos; de mera promoção judicial de demandas privadas à identificação de direitos fundamentais da população e sua instrumentalização, eventualmente pela via judicial.

Assim, quando não representados por profissionais adequadamente capacitados, os cidadãos recebem um tratamento deficitário, assim cabe destacar neste ponto o trabalho das Defensorias Públicas,³⁶ que hodiernamente trabalham com uma parcela menos favorecida da população.

Isso levando em consideração o imenso percentual da população brasileira impossibilitada de ter acesso ao judiciário e a informações básicas para o exercício da cidadania de maneira mais participativa.

Dentre as atividades exercidas pela Defensoria Pública paulista, inclui-se a mediação e a conciliação, crescentemente empregadas não somente por permitir a celeridade e por descongestionar o judiciário, mas ainda como meio de garantir a resolução da lide preservando, por meio do consenso entre as pessoas, as relações interpessoais e sociais.

A justiça tradicional ao declarar um vencedor e um vencido pode levar à dissolução dos vínculos sociais em grupos de convivência como, dentre outros, na família, vizinhança, trabalho, bairro, igreja.

Já na conciliação, há a participação das partes para a solução dos conflitos

São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito. (FERRAZ, 2010, p. 1)

³⁶ O Artigo 134 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “ a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5o, LXXIV”. Todavia, apenas em dezembro de 2005 foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo a Lei Complementar nº 988, que, sancionada em 9 de janeiro de 2006, criou a Defensoria Pública/DP neste Estado.

E seguindo a visão de Freire, a pessoa ao participar ativamente para formular um acordo ela atua com autonomia e liberdade, dentro dos direitos disponíveis em consonância com a função social da pacificação e a autodeterminação, motivo pelo que se pode considerar como alguns dos benefícios da conciliação para a sociedade pela possibilidade de uma efetividade na solução de conflitos.

Tendo em vista que o direito está limitado a dar uma resposta por meio daquilo que está tipificado em lei, apenas permitindo uma flexibilidade quando utilizará os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, conforme estabelece a Lei de introdução às normas do direito Brasileiro nº 12.376, de 2010.

Certo é que a mesma lei descreve que o Juiz atenderá para os fins sociais e as exigências do bem-comum quanto a aplicação da lei, pode se ver, portanto que ao juiz também lhe está indicado observar as questões de ordem social, e por extensão o deveria ser para todos os operadores jurídicos, no entanto, não é sempre assim que acontece. Tendo em vista os sintomas de uma sociedade individualista conforme descreve Bauman (2001, p. 43)

A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna. Essa apresentação, porém, não foi uma peça de um ato: é uma atividade reencenada diariamente. A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de "individualização", [...] E assim a o significado da "individualização" muda, assumindo sempre novas formas. (BAUMAN, 2001, p. 43)

Para entender os conflitos e atender os anseios sociais será necessário considerar todos os estratos sociais, considerando acima de tudo a pessoa humana, como uma condição igual, numa relação horizontal, para uma cultura jurídica que leve em consideração interdisciplinaridade do direito e a pluralidade social, como uma sociedade multifacetária.

Para Haddad (2005, p. 1-2), permanecemos em um Brasil de desigualdade jurídica, em um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos, pois o bem-estar social não se consolidou, tem permanecido letra morta, ainda a justiça tem prevalecido para alguns em detrimento de outros.

No Brasil - semelhantemente a sociedades modernas, cuja consolidação do capitalismo, além de hiper-tardia, ocorreu por via colonial, onde não se verificou ou não se consolidou o Estado do Bem-estar Social - o princípio da igualdade jurídica tem permanecido letra morta. A distribuição da justiça alcança alguns cidadãos em detrimento de outros; (HADDAD, 2005, p. 1-2)

O operador jurídico deve alcançar a lei conservando os valores sociais vigentes, fazendo-a presente, adequando-a ao caso concreto para dar eficácia e tornar justa a aplicação do direito.

O vínculo do desenvolvimento das normas concomitante à evolução social faz necessário o debate sobre as possíveis melhoras do direito em suas diferentes manifestações e garantir que permaneça a justiça.

Mas ao Estado, dentro do pensamento do pluralismo jurídico, falta-lhe o monopólio do comando jurídico, o Estado é apenas mais uma das associações organizadas que compõem a Sociedade, ao lado das comunidades, da família, da Igreja, da opinião pública etc., que possuem “parcial ou total autonomia” frente ao ente estatal (EHRLICH, 1986, p. 286) com a existência de vários agrupamentos sociais em conjunto com o Estado, são estes também, elaboradores de normas embora limitados ao âmbito de cada um.

Pois, o pluralismo jurídico³⁷ surge sob várias formas, aquele por meio de juristas, legisladores que interpretam extensivamente e criam normas para independência de classes marginalizadas, surgimento do movimento do direito alternativo, entre outras manifestações; e este por meio de movimentos sociais, associações profissionais, grupos populares etc.

Como estes casos práticos, exemplificativos, que serão reportados a seguir, fazendo referência a realidade social do culturalismo dos povos originários, tradição e modernidade, caso não previsto na legislação Estatal, mas que o é na tradição; e outra em que se poderá observar que o conflito intersubjetivo perpassa a questão do direito de vizinhança:

1. Caso de um tribunal indígena na Bolívia, em que uma pessoa é acusada de bruxaria, costumes religiosos que respeitam a pacha mama; conforme estabelece o Manual de capacitación de autoridades judiciales, elaborado pelo Ministério da Justiça Boliviano com o viceministerio de justicia indígena originario campesina.

³⁷ Para uma análise sobre a matéria conferir: Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch, Vieira, Reginaldo de Souza. n. 47 (2015) disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/601>> Acesso em: 06/2016.

Na Bolívia, quem tem a jurisdição para conhecer da matéria são os tribunais indígenas, como estabelece a Lei Nº 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010,

Artículo 1. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico.

Artículo 4 (PRINCIPIOS). Los principios que rigen la presente Ley son: "e) Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica. Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquías;

Pode-se ver o reconhecimento dos costumes que estão de acordo com o respeito a cultura local e o ordenamento jurídico boliviano que estão em igualdade hierárquica.

2. Um processo relacionado ao direito de vizinhança, que versa sobre um problema de briga de vizinhos causado pelo depósito de lixo no muro de uma de elas;

Processo nº 0147721-46.2006.8.26.0001 (001.06.147721-2)³⁸
 Recurso antigo e distribuído ao relator da câmara extraordinária em 9.5.2014
 Ação de indenização por danos morais **Briga entre vizinhos** causada pela **colocação de lixo** próximo ao muro da casa da autora, ao qual foi ateadado fogo posteriormente - **Insultos verbais** expedidos na rua, tendo uma das **vizinhas presenciado o entrevero** - Comportamento ilícito e lesão a direitos de personalidade evidenciados pela prova testemunhal Reconhecimento dos danos morais - Indenização que deve ser fixada em R\$ 3.000,00, conforme precedentes do Tribunal em situações semelhantes Provimento. *Grifo nosso.*

Este processo foi distribuído por sorteio para a 1ª. Vara Cível em 21 de dezembro de 2006 e está a 10 (dez) anos em curso com a expedição de certidões a última ocorreu em 29 de setembro de 2016.

Percebe-se o problema da lide sociológica, haja vista existir um grau de parentesco, conforme se depreende da narrativa do processo,

Ao que se depreende dos autos, não é de hoje que os vizinhos não se entendem. Segundo consta da narrativa inicial, **a beligerância das partes se**

³⁸Fonte: site do Tribunal de Justiça de São Paulo
 <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7663281&cdForo=0&v1Captcha=myFTY>>
 <<http://www.tjsp.jus.br/>> Acesso em setembro 2016

iniciou há 10 anos com o plantio de algumas árvores pelo **filho do requerido**, autorizado pela Prefeitura e também pelo **proprietário do imóvel (cunhado da autora)**, na calçada da casa que é ocupada pela autora. Em virtude do crescimento das árvores e da necessidade de poda, as desavenças se intensificaram, ocasião em que a autora teria começado a ser agredida moralmente. Agora, em virtude da colocação de lixo no lado da calçada da autora e colocação de fogo, as partes teriam discutido, causando os transtornos expostos na inicial.

3. Outro caso de briga entre vizinhos que poderia ser resolvido por meio dos institutos de solução consensual de conflitos:

Apelação nº 0059976-67.2008.8.26.0224 encerrado em 2014
RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. BRIGA ENTRE VIZINHOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.
Versões contraditórias sobre a desavença havida entre as partes demandantes, combinada à circunstância de que **entreveros entre os vizinhos, por motivos fúteis**, vêm consistindo em **acontecimentos frequentes**, sem que se saiba do real agente catalisador dos eventos, repercutem a ausência de demonstração dos requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil (art. 333, inciso I, CPC).
Na realidade, as brigas parecem ser constantes, **o que requer o esforço por parte do autor para evitar discussões e sobrecarregar, ainda mais o Poder Judiciário para deliberar a respeito de questões que podem ser facilmente solucionadas pelas partes. Cada um tem conhecimento da sua obrigação e das medidas necessárias para não prejudicar o outro.**
Grifo nosso

Este caso poderia ser resolvido sem necessidade de recorrer ao judiciário se as pessoas tivessem uma formação e informação a respeito dos meios consensuais para a solução do conflito, pois trata de assuntos que podem ser resolvidas com uma adequada gestão do conflito por parte dos envolvidos. Conforme aponta Amaral (2013, p. 16)³⁹

Analisando o cenário conflitual, é possível encontrar o fator multiplicador deste fenômeno decadente: a indevida aplicação de métodos eficazes para o tratamento dos conflitos desta sociedade evolucionada. O conselho nacional de justiça, por seus relatórios de transparência, exterioriza seus resultados e, é possível perceber o caos do poder judiciário e esgotam-se as possibilidades de contenção da contenciosidade, uma vez que a tradição à judicialização mantém-se fiel aos preceitos dos indivíduos.

³⁹ Para um estudo mais aprofundado vide: AMARAL, Daniela Gomes Pereira do. **Os mecanismos consensuais de resolução de litígios como meios de tratamento adequado dos conflitos da sociedade pós-moderna individualizada**. 2014. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. <<http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/1421>>. Acesso em 5 set 2016.

Quase todo processo judicial envolve aspectos psicológicos. Na teoria dos conflitos, distinguem-se duas lides dentro de cada processo: a lide processual (que é o que o juiz vai julgar - os pedidos propriamente ditos) e a lide sociológica. Esta envolve os aspectos psicológicos, os interesses subjacentes das partes e é o que torna os conflitos ainda mais complexos.

Ocorre que o juiz, ao prolatar uma sentença, tenta resolver a lide processual, mas na quase totalidade dos casos não resolve a lide sociológica, como discorre Nalini (2000, p. 22), ao chamar a atenção para a necessidade de se renovar imbuído de um espírito dialético e sociológico, a fim de recolher a sensibilidade da natureza humana, deixando de lado posturas ultrapassadas que não podem se sustentar no atual momento histórico - social:

O operador jurídico afeiçoado às posturas mais arcaicas [...] que não se renovou, não tem noção destas transformações e vive sob permanente estado de perplexidade ou apatia. Não passa **de um burocrata, cuja atuação apenas por acaso resolve os conflitos, mas que não raro os intensifica**. Isso ocorre quando, de preferência a julgar o cerne da demanda, esta é encerrada com julgamento de matéria preliminar, numa solução tipicamente epidérmica. **O conflito continua a existir** e o juiz mantém sua consciência em paz, pois se valeu do processo para não enfrentar a dificuldade de mergulhar no mérito. [...]

Assente o dado irrecusável de que a passividade já não se admite, cada operador jurídico – e sobretudo o juiz – há de encontrar alternativas para que a prestação jurisdicional não seja desencargo de uma operação burocrática, **mas efetivamente solucione os conflitos**. *Grifo nosso.* (NALINI, 2000, p. 22-25)

Em outras palavras, os pedidos são julgados, mas as partes não resolvem as suas mágoas, suas dúvidas, suas pendências emocionais, ou seja, seus reais interesses, isso devido a que não tem lugar em uma participação efetiva para a solução dos conflitos, cabendo se submeter a uma imposição vertical⁴⁰.

⁴⁰ Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 3) ressalta a questão da lide sociológica, “ O ‘fundamento social’ das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido – o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução –, e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”.

O fundamento social dos meios alternativos da resolução de conflitos, consistente na sua função de pacificação social. Antes de ter o estado dizendo o direito era o cidadão que o fazia, conforme expõe Grinover (2008, p. 1):

O interesse pela mediação e a conciliação, e a importância de que as vias consensuais se revistam na sociedade contemporânea levaram ao renascer do instituto, em toda parte. Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o 'processo' jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente.

Todavia, chega um momento na sociedade que o Estado toma para si o poder de dizer o direito ou de distribuir justiça.

O Estado, por mais que se empenhe para tentar acompanhar a dimensão da dinâmica social, não consegue, pois, a legislação em seus trâmites de elaboração demorados acaba por chegar com algumas deficiências para a sociedade. Então quem melhor que a própria sociedade para resolver os conflitos, haja vista o Estado por meio das leis não consegue satisfazer as necessidades sociais atuais.

O Estado, por meio do judiciário, está em um patamar em que já não consegue responder ou tratar adequadamente os conflitos, isso causado pela falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflitos, o que acarreta no distanciamento entre o judiciário e os jurisdicionados.

E conseqüentemente no descrédito na magistratura, questão tratada por Nalini (2011, p. 144): “é o juiz do caso concreto de cada parte que a esta e ao seu círculo de influência fará acreditar no Judiciário ou relegá-lo ao mesmo desprestígio devotado a outras prestações estatais [...] O esforço rumo à restauração da fé na justiça vale a pena. Não é movido em vão.

A justiça tradicional se volta para o passado, ao passo que a justiça pelas vias conciliativas de resolução de conflitos caminha para o futuro. Haja vista, a primeira irá julgar e sentenciar sem maiores por menores, e a segunda busca recompor, compor, concilia, previne situações de ruptura no lugar em que temos a coexistência como uma questão de relevância, pois os instrumentos de resolução de conflitos estão mais atentos as questões de relacionamentos que estão na base da litigiosidade, motivo pelo qual a justiça tradicional não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos (GRINOVER, 2011, p. 4).

O paradigma legitimador da função social do Estado deve mostrar-se receptivo à participação social na tarefa de distribuição de justiça, mormente nos casos que repercutem no âmago da coletividade.

Deve o juiz sentir-se receptivo ao concurso dos meios alternativos, que por vezes se revelam mais efetivos que a própria decisão de mérito, conforme diz Mariulza Franco (2007, p. 117).

Decidir significa extirpar o conflito, enquanto *resolver* significa solucioná-lo, substituindo-se a situação ou causa que lhe deu origem por alternativas escolhidas pelas próprias partes. Nesta tarefa, os conflitantes enfrentam-se entre eles e a si próprios, avaliando seus reais interesses, elegendo, eles mesmos, em sinal de maturidade, aqueles dos quais podem abrir mão e aqueles que entendem irrenunciáveis. Neste processo, não se pode adentrar com posições radicalizadas, e a solução encontrada há de satisfazer a ambas as partes envolvidas, caso contrário, o único caminho que resta é o de entregar o conflito à decisão de terceiro, juiz ou árbitro, em processo adversativo, de cujo desfecho uma parte sairá ganhando e a outra, perdendo.

A participação da cidadania na administração da justiça, se dá e prosperará crescentemente por meio dos métodos consensuais de resolução de conflitos,

Constitui tendência moderna o abandono do fetichismo da jurisdição, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os meios alternativos para solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a conciliação e a arbitragem. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à atuação da vontade concreta da lei e, não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado. Mas, tanto quanto esta, tem o escopo pacificador que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado moderno. (DINAMARCO, 2000, p. 837).

Considerando, pois que a sociedade depois de passar pelo estágio da extrema centralização a que se conduziram os Estados modernos, quando o homem devido as filosofias individualistas, limitou a vida social as competições interindividuais, procura hodiernamente libertar-se e ter autonomia para participar efetivamente na solução dos conflitos.

2.3 A SOCIEDADE NASCEDOURO DO DIREITO

Como se pode evidenciar no Capítulo I, em que a sociedade cede lugar ao

Estado ou ao detentor do poder, sem a sua participação ativa, ou melhor, ela é totalmente dissociada do direito, ficando relegada a um segundo plano e subjugada aos interesses econômicos das classes dominantes.

Que se acomodaram no poder tomando o aparato Estatal como um meio de organizar e distribuir o que consideravam válido para a sua manutenção no poder.

Todavia, pode-se ver que a vida em sociedade é um verdadeiro ninho de ideias de toda espécie, não poderia o homem racionalmente desconsiderar esta verdade. Haja vista, que se torna quase impossível a não convivência social.

Como já apregoara Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, o homem é um ser tipicamente sociável e político⁴¹.

Não seria menos estranho fazer do homem sumamente feliz um solitário, pois ninguém desejaria ser o dono do mundo se para isso a condição fosse viver só, pois o homem é **um ser político e está em sua natureza viver em sociedade**. Portanto, mesmo o homem bom deverá viver em companhia de outros, visto possuir ele as coisas que são boas por natureza. E certamente é melhor passar os dias com amigos [...]. Desse modo, o homem feliz necessita de amigos. (grifo nosso) (ARISTÓTELES, 2009, IX, 9, 1169 b 18/20)

Apegar-se a um monismo teórico que tudo advém do Estado e que ele é o guardião da verdade estar-se-ia desqualificando a capacidade cognitiva do ser humano.

Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis*, faz referência às relações de justiça possíveis antes da existência, própria, da lei conforme se auferir no seguinte trecho que diz:

Os seres particulares inteligentes podem possuir leis feitas por eles; mas também possuem outras que não fizeram. Antes que existissem seres inteligentes, eles eram possíveis; portanto, possuíam relações possíveis e, conseqüentemente, leis possíveis. Antes que existissem leis feitas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que nada há de justo ou injusto senão o que ordenam ou proíbem as leis positivas é o mesmo que dizer que, antes que o círculo fosse traçado, os raios não eram todos iguais. É preciso, pois reconhecer a existência de relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabelece. (MONTESQUIEU, 1996, p.,12)

⁴¹ Nota: todavia, não nos podemos olvidar de Hobbes, quem considera que ficar apegado somente a esta concepção de homem bom não nos permitiríamos conhecer o que somos em si, por isso orienta a que o homem se conheça a si mesmo, “pretendia ensinar-nos que, a partir da semelhança entre pensamentos e paixões dos diferentes homens, quem quer que olhe para dentro de si mesmo, e examine o que faz quando pensa, opina, *raciocina, espera, recebe etc.*, e por que motivos o faz, poderá por esse meio ler e conhecer quais são os pensamentos de todos os outros homens em circunstâncias idênticas”.(MONTESQUIEU, 1996, p.,12) considerando que Hobbes chama a atenção para a tensão das relações sociais e faz o apelo para as experiências pessoais.

A sociedade têm a possibilidade de solucionar os seus dilemas diuturnos pois conta com a capacidade para fazê-lo por ela própria, no entanto, deve-se levar em consideração que ela tem sido posta como uma sociedade órfã, e que o papel dela e tão somente se submeter ao Estado o “pai” que tudo provê e prevê como uma figura mística de quem a sociedade deva depender, pois foi levada a crer que ela não pode valer-se por si só, e que tudo deveria ser consultado primeiro ao Estado quem deverá decidir sempre em nome dela.

Todavia, conforme os teóricos têm se debruçado desde antanho, neste ponto somos levados a considerar que a sociedade não é um ente dissociado do Estado, e que ela dependa do Estado, o Estado depende da sociedade e vice-versa, no momento em que se tem antagonismos a sociedade revisa a forma de Estado e passa a formular um que esteja de acordo com as necessidades do ente coletivo e nessa linha de pensamento que ensina Ehrlich (1986, p.40):

Praticamente ninguém tem mais dúvida de que o direito público é um ordenamento do estado, não se destinando, por exemplo, para decidir disputas jurídicas, mas para estabelecer a posição as tarefas dos órgãos estatais, os direitos e deveres das autoridades. Mas o Estado é acima de tudo uma associação social, as forças que agem no Estado são forças sociais; tudo o que emana do Estado, como a ação dos órgãos governamentais e sobretudo a legislação estatal, são obras da sociedade, executadas através da associação por ela criada para este fim, isto é, o Estado.

Vemos, portanto, que a sociedade é um ente vivo, não se trata apenas de uma nomenclatura, a sociedade e uma associação viva, que pulsa, pensa, chora, com sentimentos, pois ela é viva.

Nessa linha de pensamento ensinou Ehrlich, pois para ele não há direito individual, mas sim um direito social e é por essa condição que nasce o direito no seio dela, não existe na pratica um ser humano desvinculado do seu contexto e o direito não o conhece como tal.

Para o direito a pessoa individual só existe como membro de algumas associações em que o sujeito se vê inserido na sua vida. As associações seriam ordenadas e regulamentadas por meio do direito conforme elas fossem ganhando o caráter de ente jurídico, as outras seriam por meio de outras normas sociais, pois para Ehrlich (1986, p. 40), são as normas que indicam a cada pessoa ou sujeito a sua

posição, a sua superordinação ou a sua subordinação e os seus deveres/compromissos.

Daí o porquê seria em decorrência do enquadramento que às vezes surjam, para o indivíduo os direitos e deveres estritamente individuais, isso é uma consequência, não um objetivo em si, não é o conteúdo mais importante das normas. (EHRlich, 1986, p. 40)

Portanto, desconsiderar tal sentido a sociedade é torná-la um ente ficto ou estático, vegetando nas mãos de quem detenha o poder.

A sociedade, aqui conclamada, é uma sociedade com ânsias de viver, de ser ouvida, de participar, independente de quem seja a pessoa que parcela dela ou na sua totalidade tenham colocado no poder; esta sociedade requer respeito e reciprocidade do aparato estatal, haja vista que sem ela aquele não existe.

Como podemos ver, então, fica evidente que sem sociedade o direito não existe, logo não há legislador, nem juiz. Estes necessitam dela para existirem.

Acreditamos que é necessário fazer esta reflexão para dar um sentido ao ordenamento jurídico, um viés humano, uma economia salutar e políticas sustentáveis, em um mundo globalizado, que considera não existir fronteiras físicas.

Todavia, aqui cabe fazer uma consideração frente a essa globalização, pois se por um lado não há barreiras físicas por outro lado as temos no campo invisível, na *gnosis* humana, levados pelo desconhecimento do outro a odiar e temer ao próximo. Nessa linha de pensamento discorre Paul Ricoeur (Vol. 2, 2008, p.66), para quem:

a busca de justiça é a busca de uma justa distância entre todos os seres humanos. Justa distância, meio-termo entre a pouquíssima distância própria a muitos sonhos de fusão emocional e o excesso de distância alimentado pela arrogância, pelo desprezo, pelo ódio ao estranho, desconhecido. Eu veria na virtude da hospitalidade a expressão emblemática mais próxima dessa cultura da justa distância.

As fronteiras não são mais as mesmas. Esse é um dos principais efeitos trazidos pelo processo de globalização. Junto com a “quebra” das fronteiras nacionais, há a transformação na concepção de cidadania.

Esta, era vista até então como aquela entrelaçada no espaço físico-geográfico do território nacional, agora ultrapassa as fronteiras. Cidadania passa a envolver o sentimento de se fazer parte, de se sentir acolhido por uma determinada cultura.

Dentro do âmbito da globalização, e necessário, portanto, ter uma sociedade participativa, com política madura, em que o reconhecimento mútuo e a responsabilidade ética guiem as escolhas do caminho que a justiça deva assumir.

2.4 A BUSCA PELA MELHOR GESTÃO DOS CONFLITOS ORIUNDOS DA VIDA EM SOCIEDADE, DA SOCIEDADE PARA A SOCIEDADE

A liberdade de escolha do indivíduo levado pelo egoísmo exacerbado tenciona as relações sociais, como vimos em Bauman, e o pensamento de Freire considerando que a liberdade é algo inerente ao ser humano, e esta acompanhada da ação e pensamento, a necessidade de uma justiça mais cidadã, mais humana acompanhada de perto pela sociologia, conforme aponta Santos.

Temos que no hodierno patamar civilizatório se faz necessário dar lugar para métodos mais simples e de fácil assimilação pela sociedade na solução dos conflitos, orientada a uma liberdade, autonomia para a tomada de decisões, observados e respeitando os direitos humanos mais básicos.

A construção de uma cultura do diálogo, de pensar, de despertar a autoconsciência, a compreensão e a responsabilidade do indivíduo, com o intuito fim de promover a autonomia e a liberdade, conforme entende Freire (1967, p. 70) como sendo a função da sociologia, “a dialogação implica na responsabilidade social e política do homem, implica num mínimo de consciência transitiva, que não se desenvolve nas condições oferecidas pelo grande domínio”.

O que se tem as vezes é o medo da liberdade, do desconhecido, pois o faz ver o que não existe e buscando refugiar-se na segurança evitando assim os riscos da liberdade, devido aos já tão arraigados discursos que mantem parcela da sociedade conscientizada do perigo do novo e colocando-os em nichos estanques para acomodar-se no *estatus quo*, “melhor será que a situação concreta de injustiça não se constitua num ‘percebido’ claro para a consciência dos que a sofrem” (FREIRE, 2016, p. 32)

Para Freire, arriscar-se possibilitará inserir-se no processo histórico como sujeito ativo, criador, autônomo, humano, evitando o fanatismo, a procura da sua afirmação, pois a autonomia conduz o homem a liberdade.

Ao observar o processo de desumanização, devido a distorções da dominação do homem por outro homem no decurso da conscientização pelo medo da liberdade. Pois como vimos, a liberdade traz consigo mudanças na realidade, o que não querem os opressores. (FREIRE, 2016, p. 40-41).

A preocupação de Freire na pedagogia do oprimido é restaurar a humanidade dos povos, um movimento social que faça da opressão e de suas causas objeto de reflexão dos oprimidos para o engajamento necessário para a libertação, participando na sua construção, deixando de ser meros reprodutores dos mitos da estrutura anterior.

Para Santos (2003, p. 175), observando os conflitos sociais e os mecanismos para a sua resolução, e a contribuição da sociologia para a administração da justiça, ocorreram no momento em que a antropologia e a sociologia convergiam resultando em um impacto significativo no direito.

A partir da junção de teoria e metodologia de ambas áreas do conhecimento trouxeram estudos orientados para a análise do litígio e teoricamente orientados por um pluralismo jurídico, foram encaminhados para o estudo de meios de resolução jurídica informal dos conflitos. (SANTOS, 2003, p.175)

Em um dos estudos realizados por Santos no Rio de Janeiro na década de 70, detectou e analisou a existência no interior dos bairros urbanos um direito não profissional que estava centrado na associação de moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre os vizinhos, a época se tratavam de conflitos a respeito do domínio da habitação e da propriedade da terra (SANTOS, 2003, p. 175).

Necessário lembrar que quanto ao direito informal não cabe ao querer fazer qualquer referência a grupos ou pessoas que atuam na ilegalidade, o que aqui se trata e de um direito informal, não oficial, no sentido de que não estava sendo conduzido por um juiz ou autoridade pública.

Diante disso Santos (2003, p. 175) chega à conclusão de que o Estado não tem o monopólio, desde o ponto de vista sociológico, da distribuição do direito, sendo ainda o direito Estatal o modo dominante ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade.

Com a Resolução nº 125/10 do CNJ, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder

Judiciário, tribunais e magistrados devem se comportar como solucionadores de problemas, pacificadores.

Dizer o direito não exaure o dizer a justiça. A solução justa da controvérsia tanto pode provir da jurisdição legal, monopólio do Estado, como pode realizar-se por outros instrumentos de composição de conflitos, embora todos busquem a realização da justiça. Só a idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, pode sustentar a crença de que o julgamento jurisdicional realizado pelo Estado seja sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da justiça no caso concreto. (BENETI, 2002, p. 104).

Voltando a Freire, os indivíduos podem colaborar para a construção de uma novel sociedade quando participam ativamente no meio social, não permitindo a massificação, tornando-se uma sociedade emancipada e empoderada.

Para tanto, os meios consensuais de resolução de conflitos possuem os meios de permitir o exercício da autonomia e liberdade, haja vista que ao participar conscientemente e ativamente de um meio consensual ou heterocompositivo, formulando um acordo, ele está atuando com liberdade e autonomia, dentro dos direitos disponíveis e em consonância com função social da pacificação e autodeterminação.

No Brasil, a respeito do acesso à justiça tem havido um empenho considerável, pelo menos de cunho formal, haja vista considerarmos que vai além, como a outros valores e direitos do ser humano, que possam ser realizados.

Em um estudo a respeito do acesso à justiça no Brasil, verificando o ordenamento jurídico interno e internacional e os mecanismos que o Brasil tem criado para a concretização dos direitos dos cidadãos e que tratam Maillart e Calatroia

O Brasil [...] instituiu formas de assegurar a assistência judiciária gratuita tendo como norma que instrui a iniciativa a Lei n.1060 já do ano de 1950, que garante aqueles que buscam a Justiça uma série de direitos, como isenções de taxas, emolumentos, honorários advocatícios e auxílio de um advogado pago pelo Estado. Necessário apontar, inclusive, que a assistência judiciária foi prevista constitucionalmente nas Cartas Magnas de 1934, 1946, 1967, 1969 e está plenamente garantida na Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 5º, LXXIV. (MAILLART; CALATROIA, 2016, p. 2-3)

Verificamos, que o Brasil não carece de legislação sobre o tema, considera-se que a questão é a forma em que ela é exercida, projetada e disponibilizada para a sociedade.

No estudo por eles feitos citam a criação da Defensoria Pública, para efetivar o acesso à justiça de toda a população, também, criou os Tribunais especiais civis, já previstos na Constituição de 1967, e que se desenvolveu até 1995 com a promulgação da Lei nº 9099/95.

A partir dessa experiência, eles citam outra tentativa com o viés de aproximar a justiça e a população com a criação dos Tribunais Itinerantes (MAILLART; CALATROIA, 2016, p. 3).

Ademais da criação do órgão de proteção ao consumidor o PROCON, já constante na Carta Magna no artigo 5º XXXII, que impõe ao Estado a necessidade de promover uma política de proteção ao consumidor, editou-se assim em 1990 o código de defesa do consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.⁴²

Todavia, cabe salientar, por oportuno, que desde que se começou a tomar consciência dos novos direitos sociais que se firmaram com o desenvolvimento das sociedades de massa, especialmente o direito do consumidor, o direito ambiental, surgiu um conceito diferente que possibilitou a elaboração de uma nova classificação, agora capaz de dar conta dos problemas fronteirizos limitativos que punham entre o direito público e o direito privado. Com efeito, os chamados direitos difusos e coletivos vieram a resolver a essa discussão que existia.

Com os direitos difusos e coletivos o legislador passou a intervir em áreas que antes eram tidas como da iniciativa ou interesse privado, deixando, por tanto, de ser omissos e salvaguardando os direitos sociais.

Os direitos difusos são por tanto os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, como consta no Código do Consumidor Lei nº 8.079 de 1990 em seu artigo 81

⁴² Nota: Em se tratando do direito do consumidor no direito comparado, temos no Chile a figura dos mediadores e árbitros financeiros, para resolver os conflitos entre um consumidor e uma instituição financeira. Los mediadores y árbitros financieros son profesionales que forman parte del Sistema de Solución de Controversias establecido en la Ley Sernac Financiero (Nº 20.555) y son los llamados a conocer los conflictos entre un consumidor y una institución financiera que cuenta con Sello Sernac. Mediadores y árbitros actúan cuando un consumidor solicita su intervención por no quedar conforme con la respuesta a un reclamo dada por el Servicio de Atención al Cliente (SAC) de la institución financiera (por ejemplo, bancos, cajas de compensación, etc.). Cuando el monto objeto del reclamo no excede las 100 UF, interviene un mediador financiero. Si las supera, lo hace un árbitro. Mediadores y árbitros duran cinco años en sus cargos y son elegidos mediante un proceso transparente y público comunicado oportunamente en este sitio web y en otros medios de comunicación. Disponible em: Fonte: <http://www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/consumidor-financiero/mediadores-y-arbitros-financieros/> acesso em 12/2015.

Considerando a obra *Acesso à Justiça* de Cappelletti e Garth, já na terceira onda, esboçam Maillart e Calatroia, sobre os institutos da conciliação, mediação e a arbitragem, e a reforma para o judiciário por meio da emenda Constitucional nº 45, de 2004, e a Resolução n. 125/10, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão que se encarrega de supervisionar o Poder Judiciário.⁴³

No Estado de São Paulo, temos a experiência com o acesso à justiça, com o papel desenvolvido pelos Centros de Integração da Cidadania/CICs, localizados no município de São Paulo, onde a mediação popular e a conciliação são instrumentos utilizados na pacificação de conflitos.

A mediação é realizada por voluntários e juízes de paz, e é a Secretaria da Justiça que oferece um treinamento aos que vão exercer essa função, contando, também, com entidades terceirizadas para exercerem essa atividade.

Os mediadores atuam alguns dias da semana, podendo ser escolhidos de comum acordo pelas partes. A habilidade dos mediadores possibilita que as pessoas se sintam à vontade para descreverem as razões do conflito.

O ideal é que o mediador seja um líder da comunidade local, devido a importância que os usuários dão às relações vicinais por serem fundadas na confiabilidade. Quando o acordo não é viabilizado, o conflito é encaminhado ao Juizado Especial Cível/JEC que, inicialmente, tentará a conciliação.

No caso que a unidade não possua o referido serviço, o conflito será devidamente encaminhado ao órgão competente mais próximo da comunidade em que atua o programa nos Centros de Integração da Cidadania/CICs.

Na década de 90, no contexto político de transição democrática, com a conquista de novos direitos de cidadania e mudança do papel das instituições no Estado de São Paulo, um grupo de operadores do Direito, preocupados com a reforma do sistema de justiça paulista que garantisse a melhoria do acesso à justiça e da democratização dos serviços de justiça, idealizou a instalação dos Centros de

⁴³ “Do aspecto da terceira onda sobre a ampliação do acesso à Justiça, o Brasil criou, principalmente com as medidas determinadas pela Reforma do Judiciário, meios complementares de resolução de controvérsias, prevendo no Sistema Jurídico brasileiro, os institutos da mediação, conciliação e arbitragem. A Lei de Arbitragem foi sancionada em 1996 e sofreu modificações em 2015, incluindo a possibilidade de sua utilização pela administração pública. A conciliação já prevista no Código de Processo Civil de 1973 e também pela Lei de Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) ganha nova roupagem com a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável por fiscalizar o Judiciário e criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário”. (MAILLART; CALATROIA, 2016, p. 3-4).

Integração da Cidadania/CIC na periferia da região metropolitana carente de outros equipamentos públicos. Implementado no governo de Mario Covas, o objetivo foi de reunir, num mesmo espaço, o Estado-ausente e a sociedade local marcada por carências e conflitos específicos.⁴⁴

No Brasil, temos o programa Justiça Comunitária do Distrito Federal⁴⁵, o programa tem como objetivo democratizar a realização da justiça, restituindo ao cidadão e a comunidade a capacidade de gerir os seus próprios conflitos, fazendo-o de maneira autônoma, por meio do diálogo, da maior participação social, com o fito da consecução da efetivação dos direitos humanos.

Foi por meio da experiência advinda de um programa piloto em 2004, do Juizado Especial Cível Itinerante do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios⁴⁶, que observou as dificuldades das comunidades do Distrito Federal de obter o acesso à justiça formal.

⁴⁴A proposta dos idealizadores compreendia não apenas a descentralização dos serviços de segurança e justiça, mas também uma mudança qualitativa na relação entre os cidadãos e o Estado. Assim, tão importante quanto a desburocratização do acesso e a integração daqueles serviços, eram a participação da comunidade e a mudança da mentalidade dos operadores jurídicos. Em razão dessas transformações pretendidas, antes de pensarem em alterações legislativas, os idealizadores estavam preocupados em conceber uma organização dos serviços que oferecesse acessibilidade e celeridade, mas, sobretudo, o aprendizado do exercício da cidadania e formas alternativas de resolução de conflitos, tornando a justiça mais próxima da realidade e dos valores da população atendida. Um ponto central do projeto era o deslocamento de uma atuação repressiva, que historicamente marcava a ação do Estado nas áreas de exclusão social, para uma ênfase na solução pacífica dos conflitos cotidianos e na promoção dos direitos humanos. Daí ter-se o CIC como um espaço de participação popular, solução alternativa de conflitos, acesso a instituições públicas de justiça e prevenção da violência. HADDAD, Eneida G. de Macedo; SINHORETTO, Jacqueline; ALMEIDA, Frederico e PAULA, Liana. Centros Integrados de Cidadania: desenho e implantação da política pública. (2003-2005). São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.16-17.

⁴⁵ Buscando a excelência de uma política pública uniforme, a SRJ contratou, em 2009, consultores que ministraram cursos de capacitação em mediação comunitária para as equipes multidisciplinares e os agentes comunitários dos núcleos apoiados com recursos do Pronasci. Estes cursos abrangeram noções básicas de Direito, técnicas de mediação, animação de redes sociais, terapia comunitária, direitos humanos, aulas de cultura cidadã, entre outras disciplinas. Além desta capacitação, também são elaborados e distribuídos aos parceiros material informativo e explicativo sobre o que é “justiça comunitária”.

Em suma, é programa de política pública que busca ampliar o acesso à Justiça, em áreas de vulnerabilidade social, por meio da implantação de núcleos nos quais é oferecida instrução sobre direitos e é realizada mediação de disputas. A Ação tem como objetivo estimular comunidades carentes a construir e escolher vias alternativas para a realização da Justiça, de forma pacífica e solidária. Prevê a formação de agentes comunitários para a disseminação de informação acerca de direitos e, para o uso da mediação na resolução de conflitos. Realiza, ainda, triagem de demandas para encaminhamento à rede de serviço público e órgãos da Justiça. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/backup/justica-comunitaria>> acesso em: 12/2016

⁴⁶ A iniciativa foi levada a efeito pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em parceria com o Ministério Público do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e, à época, com a Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF, por meio de um convênio firmado com a Secretaria de Estado de Direitos Humanos da Presidência da República.

Após vencer o segundo prêmio Innovare em 2005, a excelente prática da Justiça Comunitária foi elevada pelo ministério da Justiça ao status de política pública, tendo por isso investimentos permanentes, no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci, e coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário - SRJ.

Constatou-se à época a total falta de conhecimento dos seus direitos por parte dos cidadãos, e as dificuldades da produção probatória, haja vista a informalidade com que são tratados os negócios nessas comunidades.

O programa está instalado na região administrativa de Ceilândia, conta com uma população de aproximadamente 400 mil habitantes.⁴⁷ Os agentes comunitários de justiça, que atuam no programa são voluntários que foram capacitados e atuam na comunidade a fim de que eles possam fornecer aos cidadãos informações a respeito dos seus direitos e recursos para efetivá-los.

Os agentes também são responsáveis por fazer que o cidadão possa manter os respectivos espaços para o diálogo e os meios para que consiga se articular para a resolução de suas demandas coletivas. No pensamento de Cappelletti

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente. (CAPPELLETI, 1994, p., 97)

Uma experiência, que permite o empoderamento por parte da sociedade para conquistar a sua liberdade e autonomia, seja por meio da conciliação, da mediação ou da arbitragem.

Os meios adequados de solução de conflitos alternativos ao Poder Judiciário permitem que se atue por meio do diálogo, utilizando a autocomposição⁴⁸, que tem

⁴⁷ Nota: para mais informações conferir: Dados da pesquisa distrital por amostra de domicílios – PDAD 2010.

⁴⁸ Cabe mencionar que tratamos da autocomposição e não da *autotutela* por esta, “quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão”. E continuam explanando que “a própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas”. E esses autores terminam o raciocínio dizendo que, “hoje, encarando-a [autotutela] do ponto de vista da cultura

como característica prima a solução do litígio por ato das próprias partes, sem para isso utilizar da violência, por meio do acordo, chegando a um consenso e solucionando a discórdia.

A disposição das partes de colaborar na autocomposição está intimamente para uma solução do conflito segundo o parecer de Silva

para se encontrar uma solução para o conflito preestabelecido, as partes têm de estar dispostas a chegar a um consenso. Para isso, torna-se relevante que os litigantes, ou ao menos um deles, estejam dispostos a abrir mão de seu interesse no litígio ou de parte dele. Atualmente, em um mundo civilizado, com possibilidades de diálogo, não é difícil imaginar quão complicada era a autocomposição nas sociedades primitivas. (SILVA, 2005, p., 5)

Importante destacar que a autocomposição, possibilita o diálogo, e a aproximação das partes fortalecendo o caminho para o empoderamento e liberdade das pessoas, conforme ensina Freire.

2.4.1 Métodos de tratamento de conflitos e garantidores da promoção do acesso à justiça

Os métodos de resolução de conflitos tratados em nosso ordenamento jurídico, são a conciliação, a mediação, como método de autocomposição indireta⁴⁹; a negociação, como método de autocomposição direta, conhecida como bipolar; e o procedimento da arbitragem.

Cada um deles abona inúmeras vantagens em relação ao método tradicional, Poder Judiciário, permitindo a possibilidade de um tratamento adequado de conflitos.

do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido". Para um estudo mais atento conferir: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 21.

⁴⁹ É denominada de triangular ou assistida; É o caso da mediação e da conciliação. No que diz respeito à mediação, é um processo no qual se aplicam integralmente todas as técnicas autocompositivas e no qual, em regra, não há restrição de tempo para sua realização. Em relação à conciliação, um processo autocompositivo ou uma fase de um processo heterocompositivo no qual se aplicam algumas técnicas autocompositivas e em que há, em regra, restrição de tempo para sua realização. Alguns autores distinguem a conciliação da mediação indicando que naquele processo o conciliador pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele (mediador) como justa. Por sua vez, na mediação tais recomendações não seriam cabíveis. Sobre o tema vide: Manual elementar de mediação e conciliação judicial - TRT 9ª Região, GUNTHER. Luiz Eduardo (Coord.) Curitiba: 2013., p. 11. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-y7i-RhHX3lJ:https://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexadoPlc%3D3498082+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 01/2017

O clima de informalidade e confidencialidade das sessões favorecem o esclarecimento de situações que talvez não aflorassem na sala das audiências. O diálogo que se estabelece entre as partes é mais verdadeiro porque envolve a inteireza de suas razões e não apenas aquelas que poderiam ser deduzidas com forma e figura de juízo. (NORTHFLEET. 1994, 235)

Consideram-se instrumentos de autocomposição consensuais, a conciliação, mediação e negociação, ainda que pressuponha a participação de um terceiro, que surge como agente que irá auxiliar as partes na procura da solução do litígio, para que elas próprias possam encontrar a solução mais adequada ao conflito

Cabe mencionar que temos a Mediação e a Conciliação judicial e extrajudicial, a judicial que está atrelada aos tribunais, e estão previstas na seção V, Art. 165 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. Já a conciliação e mediação extrajudicial trata-se daquelas que estão vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes conforme estipulado no Art. 175 do Novo Código de Processo Civil.

O método da arbitragem, por outro lado, é considerado um mecanismo de heterocomposição, vez que, conforme Cahali (2012, p.,38), “aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes”.

A nova legislação considera benéfico a utilização de técnicas de negociação para a pacificação dos conflitos, conforme o estipulado no Art. 166. § 3º da Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015., afim de promover um ambiente favorável à autocomposição. Deve-se considerar que o terceiro deverá atender às particularidades de cada método e adotar a postura diferenciada na condução da conciliação e a mediação.

A conciliação visa o acordo, e a estratégia deverá apontar para a consecução de tal fim, ela é considerada mais acorde com questões que envolvam valores monetários. Já a mediação tem como finalidade a continuidade da relação sem provocar um maior prejuízo para as partes, busca o diálogo e versa sobre bens intangíveis. (Azevedo. 2013, p.,233)

2.4.2 Harvard Negotiation Project

O Harvard Negotiation Project, liderado por William Ury, apresenta um conceito e método de negociação riquíssimo e uma negociação baseada em princípios ou negociação de méritos. Ury sugere perguntas essenciais para iniciar o planejamento: Qual é o real foco? Quem são os envolvidos? Qual o seu objetivo? O que o outro lado deseja? Qual o grau de flexibilidade? (FISHER, 2005, p., 28)

No projeto de negociação de Harvard trabalha com método denominado: Negociação baseada em princípios ou negociação de méritos, explicitamente destinado a produzir resultados mais sensatos, eficientes e amigavelmente, e pode ser abreviado em quatro pontos capitais (FISHER, 2005, p., 28)

1. **Pessoas:** separe as pessoas dos problemas;
2. **Interesses:** concentre-se nos interesses, não nas posições;
3. **Opções:** crie uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer;
4. **Crítérios:** Insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo.

As quatro posições fundamentais da negociação baseada em princípios ou negociação de méritos, são importantes desde o momento em que se começa a arrazoar na negociação até a fase em que se chega a um acordo, ou quando se determina por finalizar a diligência. Esse período pode ser desmembrado em três etapas: 1) Análise: diagnosticar a situação; 2) Planejamento: gerar ideias e decidir o que fazer; 3) Discussão: comunicam-se entre si em busca de um acordo; (FISHER, 2005, p., 31)

Um dos principais pontos do método Harvard é o foco nos interesses e não nas posições, as posições se referem às soluções pré-concebidas da negociação e é necessário entender os interesses camuflados, o fato de assumir posições tende a somente a piorar o problema, pois os egos das pessoas passam a sentir-se identificadas com as suas posições, razão disto é que somos seres humanos, não máquinas, temos sentimentos e frequentemente temos percepções diferentes, adicionamos a isto a dificuldade em ter uma comunicação clara. (FISHER. 2005, p., 28)

Deve-se separar as pessoas dos problemas, elas devem sentir-se que estão participando ativamente para a solução do problema, coloca-los lado a lado, fazendo-os entender que devem combater o problema em não uns aos outros. O método ideado por Ury e Fisher, propõe uma alternativa palpável ao método padronizado de negociação de acordos, conhecida como a barganha de posições, pois esta paralisa a busca por soluções. Pois discutir posições é ineficaz.

Na barganha posicional, você procura aumentar a probabilidade de que qualquer acordo atingido lhe seja favorável, começando numa posição extremada, aferrando-se obstinadamente a ela, iludindo a outra parte quanto a suas verdadeiras opiniões e fazendo pequenas concessões apenas na medida necessária, para manter a negociação em andamento. (FISHER. 2005, p., 23-24)

Portanto, no método da negociação fundamentada em princípios (afável e áspera). O negociador baseado em princípios: decide as questões a partir de seus méritos, procura sempre que plausível, benefícios mútuos, procura que os resultados repousem em padrões justos, é rigoroso quanto ao mérito e brando com as pessoas. Permite-lhe ser imparcial ao mesmo tempo que o protege daqueles que gostariam de tirar vantagem de sua imparcialidade.

O processo da promoção do empoderamento nos métodos consensuais de resolução de conflitos tem o papel de estabelecer a necessidade de haver um componente educativo no incremento do método autocompositivo que possa ser empregado pelas partes em suas relações futuras. Considerando que o mediador estabelece uma relação com as partes de modo a promover a comunicação, espera-se em razão do princípio do empoderamento que, após um tratamento adequado de autocomposição, as partes tenham aprendido, ainda que, parcialmente, determinado conjunto de técnicas de negociação e melhorado as suas formas de comunicação tornando-as mais eficiente, até mesmo em outros contextos da vida. (GUNTHER. 2013, p. 35)

2.4.3 Método circular narrativo de Sara Cobb

Método circular narrativo este mecanismo está situado na denominada escola de mediação é o Método circular narrativo de Sara Cobb, a este método atribuíram o nome de Sara Cobb, pois é uma das que o engendrou, outra teórica do modelo circular

narrativo é Marinés Suares. (GOMEZ. 2007, p., 85-106) E segundo o entendimento de Luz (2015. p. 121).

Como se infere da própria denominação, nesta espécie mediativa, há a preocupação com a circularidade e a interdependência das pessoas. A mediação, então, focaliza na necessidade de compreensão da outra parte, suas particularidades, interesses, objetivos e características. Com evidência, na espécie “circular narrativa”, a causalidade não é mais imediata, tal como no modelo de Harvard. Para que as partes compreendam uma a outra, mediante um processo de conversação, facilitada por um terceiro estranho, é preciso analisar não a causa imediata que determinou aquela situação problema, mas o conjunto de causas remotas, anteriores, que, de alguma forma, contribuíram para o deslinde conflitual.

Este método nasce do paradigma sistêmico e está orientado tanto ao acordo como para a modificação das relações entre partes, o eixo central está centrado na comunicação e o direcionamento do diálogo.

2.4.4 Método Transformativo

O Método Transformativo, também inserido no contexto da escola de mediação, é um modelo que foi impulsionado por Robert Bush y Joseph Folger. A finalidade principal de esta escola transformativa é modificar a relação das partes, pelo que ela não dá muita ênfase na obtenção do acordo, este é considerado como uma consequência da nova situação das partes. Para Luz: “o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar a sua autoestima, rompida com o problema vivenciado” (2015. p. 123).

Neste método se realizam reuniões conjuntas ou privadas, da mesma forma que no modelo de Harvard, com a diferença que o mediador intenta introduzir uma comunicação relacional de causalidade circular. Procura que as partes mostrem a potencialidade do seu protagonismo y que possam reconhecer a sua parcela de responsabilidade de cada um no desenvolvimento da controvérsia. Esta técnica tem um forte predomínio terapêutico.

Enquanto o Modelo Tradicional - Linear tem como meta o acordo, o Transformativo busca a transformação da relação entre as partes envolvidas na disputa e o Circular-Narrativo foca tanto no acordo quanto nas relações (CARDOZO, p., 349-372)

2.4.5 Método da Transmediação de Annie Dymetman

Método da Transmediação, criado e desenvolvido por Annie Dymetman, é uma nova forma, extraprocessual e extrajudicial, de administrar e de dissolver conflitos, mediante a intervenção de um terceiro imparcial que não tem poder decisório. Trata-se do Transmediador, que atua junto aos indivíduos envolvidos na controvérsia desde um ponto de vista amplo e includente, visando alterar a percepção do mediando acerca do conflito. (2011, p., 17)

Na Transmediação não se busca necessariamente o acordo, que pode, ou não, ocorrer, mediante autocomposição. O objetivo é a transformação pessoal e a superação do ressentimento e do trauma provocados pela situação conflitiva. O Transmediador pode trabalhar com apenas uma das pessoas, não sendo necessário o comparecimento de todos os envolvidos no conflito.

2.4.2.1 Conciliação

A palavra Conciliação é “derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar); entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo negócio colocam um fim à divergência amigavelmente. (CARDOSO 1996. p. 95).

Na compreensão de Muszkat (2008, p. 69), a conciliação é a harmonização de litigantes ou pessoas desavindas, na qual um terceiro proporciona às partes a minimização das diferenças entre seus interesses, conduzindo-as a uma concessão mútua, embasados nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Trata-se de forma autocompositiva de solução de conflitos, uma alternativa mais célere e menos dispendiosa que, embora utilizada no âmbito processual, pode ser considerada um meio alternativo de solução de conflito (ou equivalente jurisdicional), uma vez que no âmbito extraprocessual produz resultados excepcionais no que tange à solução de conflitos. Implica a participação de um terceiro (conciliador) de forma imparcial e ativa, que intervém sugerindo propostas de acordo, visando a composição. (MARQUES, 2013, p. 3).

O papel da conciliação está estabelecido no Art. 165. § 2º do Novo Código de Processo Civil. Nesse contexto, a postura na condução o conciliador orienta, faz

sugestões, ou seja, tem uma postura mais ativa entre as partes, nesse sentido explica Bacellar (2012, p. 62): “Para tal, um terceiro imparcial por intermédio de perguntas, propostas e sugestões, orienta e auxilia as partes a encontrar soluções que possam atender aos seus interesses”.

No método da Conciliação, portanto, atua um terceiro neutro, atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, pode sugerir soluções para o litígio e no rito da conciliação é vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Na conciliação fora a atuação do conciliador, outras características que a fazem ser um meio facilitador do acesso à justiça, efetivação de direitos, a pacificação e a contribuição para o bem-estar social, nela destacam-se também a celeridade e por ser um meio menos dispendioso.

Importante destacar, por oportuno, que no âmbito da conciliação o agente conciliador não impõe uma solução, o ideal da conciliação é a vontade das partes que prevalece e põe fim ao litígio.

O conciliador, seja Juiz ou não, fica na superfície do conflito, sem adentrar nas relações intersubjetivas, nos fatores que desencadearam o litígio, focando mais as vantagens de um acordo onde cada um cede um pouco, para sair do problema. Não há preocupação de ir com maior profundidade nas questões subjetivas, emocionais, nos fatores que desencadearam o conflito, pois isso demandaria sair da esfera dogmática jurídica, dos limites objetivos da controvérsia. (CAHALI. 2012, p., 39)

Cabe notar, que a utilização da conciliação já estava prevista no nosso ordenamento jurídico, encontramos um vislumbre do instituto na Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824, na reconciliação, promulgada por Dom Pedro I, no Art. 161, trata do meio de reconciliação e no Art. 162, estabelecendo a figura do Juiz de paz; o Código de Processo Civil de 1973; a Constituição Federal de 1988 estabelecendo o Juiz de paz, Art. 98, incisos I e II; e a Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça.

No decurso da história humana, e considerando os avanços sociais, temos conseguido progredir por vez que se vivencia um ambiente de esperança, renovação e inovação com relação ao Poder Judiciário em virtude da aprovação do Novo Código de Processo Civil Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e pelo trabalho do Congresso Nacional regulamentando a lei da arbitragem, e a mediação.

Refletindo a atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que a partir de sua criação com a emenda constitucional nº 45/04, tem difundido e apoiado os meios consensuais de resolução de conflitos, dando ensejo ao crescente movimento de cooperação de parcela dos procedimentos antes vistos exclusivamente pelo judiciário para órgãos de tratamento adequado para a solução dos conflitos que no novo Código de Processo Civil são sensatamente fortalecidos

2.4.2.2 Mediação

A respeito da mediação, a Lei nº 13.140/2015 forneceu um conceito para ela no artigo 1º, Parágrafo único, e se leva a efeito por meio do mediador, um agente neutro e imparcial, que auxilia as partes e as estimula a encontrar soluções entre si para o conflito, sem, no entanto, sem impor uma decisão, atua de maneira técnica.

A solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, não imposta. Caminha-se pela trilha da autocomposição, no espaço da liberdade de escolha e decisão quanto á solução a ser dada ao conflito. O terceiro, quando aqui comparece, funciona como um intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes, instigando a reflexão de cada qual sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que estas, voluntariamente, cheguem a um consenso ou reequilíbrio da relação. (CAHALI. 2012, p., 38)

Ao tratar da mediação, pode-se afirmar que a solução do conflito está nos próprios envolvidos, considerando que está fundamentada no diálogo, na cooperação e no respeito recíproco das partes. “A mediação de conflitos já é conhecida na maior parte do mundo como o procedimento que, associado ou não ao sistema judicial tradicional, pode ser usado na abordagem dos conflitos interpessoais”. (VEZZULLA, 2006, p. 69).

Para Braga Neto (2008, p.76), “a mediação é parte de uma premissa de devolução às partes do poder de gerir e resolver ou transformar o conflito, no sentido de que são elas as mais indicadas para solucionar suas questões”.

A mediação pode ser utilizada para dirimir conflitos que versem sobre direitos disponíveis e/ou sobre direitos indisponíveis que admitam a transação. Neste último caso, o artigo 3º § 2º da Lei 13.140/15⁵⁰, dispõe que havendo consenso entre as partes

⁵⁰ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública;

acerca de direitos indisponíveis, mas que admitam a transação, este acordo deve ser homologado em juízo e ouvido o Ministério Público, necessariamente⁵¹.

No entanto, cabe destacar, por oportuno, em que pese estas exigências para a homologação de direitos indisponíveis, ainda assim, a mediação tem como uns dos princípios a informalidade (Artigo 2º, IV).

No entender de Tartuce (2008, p. 297), a mediação seria o:

Método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. É espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada um 'meio alternativo de solução de conflitos' ou equivalente jurisdicional. Para alguns estudiosos, identifica-se com a conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. Todavia, as técnicas divergem pela atitude do terceiro facilitador do diálogo, que na mediação não deve sugerir termos para o acordo e pode, na conciliação adotar tal conduta mais ativa e influenciadora do ajuste final.

Com isso a mediação, na sua atividade de propiciar o diálogo faz com que seja um facilitador para o consenso em situações que envolvem questões multidisciplinares, nessa linha de pensamento encontramos Bacellar (2012, p. 87) quem defende a mediação como “método adequado para tratar de situações complexas, tais como aquelas que envolvem fatores emocionais e ligam-se a relações de vários vínculos”, sendo necessária uma visão interdisciplinar e o auxílio de outras ciências, como a psicologia, a sociologia, a antropologia e a filosofia, cujos conhecimentos fortalecem a aplicação da mediação.

Fator que se mostra fundamental na mediação consiste na análise do discurso das partes e na distinção entre o interesse aparente e o interesse real. O interesse aparente, ou interesse manifesto, também denominado de conteúdo manifesto por psicólogos, extrai-se da análise literal do discurso. Já o interesse real, ou interesse subjacente ou ainda conteúdo latente, infere-se do contexto em que o discurso é apresentado. (GUNTHER. 2013, p. 35).

A função do mediador, na visão de Gunther é de facilitador e de filtro de informações. Por isso, deverá auxiliar as partes, elucidando, fazendo troca de papéis, recontextualizando o conflito, aceitando, desse modo, que as partes tenham uma

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.

⁵¹ Lei nº13.140/15. Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

visão mais ampla de todo o conjunto e, por consequência, dos interesses e das questões que estão sendo tratadas (2013, p. 35).

O mediador atua como terapeuta, que escuta as partes, valendo-se da técnica da escuta ativa afim de compreender o que o outro percebe e sente da situação. Muszkat (2005, 93), considera que ocorre uma mudança substancial na pessoa quando percebe que está sendo ouvida, ou seja, que estão prestando atenção ao seu drama.

Nesse sentido, quando alguém nos escuta com atenção, abstendo-se de julgamentos, críticas e opiniões, pode despertar em nós algo surpreendentemente novo, capaz de transformar uma situação aparentemente impossível numa nova possibilidade, despertando nossa disposição e coragem de negociar possíveis interesses e necessidades

Levando em conta a sociedade globalizada e as relações internacionais, a Mediação poderá ser levada a efeito por meio da internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo conforme o estipulado pelo artigo 46 da referida Lei. Importante salientar que é facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas na Lei n 13.140/2015.

Considerando a mediação, que está destinada a resolver conflitos de relações continuadas, de maneira preferencial, e por ter uma abrangência acerca das questões multidisciplinares, seria uma forma em que as partes possam sentir parte efetivamente no processo de emancipação e empoderamento. Haja vista, propiciar a colaboração das partes, construindo dessa forma uma promoção da pacificação social e a constituição de uma sociedade autônoma e preocupada com o bem-estar social.

2.4.2.3 Arbitragem

A arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307/96, recentemente reformada pela Lei 13.129/2015, e ela vem sendo cada vez mais valorizada com o advento do Novo Código de Processo Civil, que, estimula e fomenta os meios consensuais de resolução de conflitos.

A arbitragem está presente no nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Imperial de 1824, com a nomenclatura de juízo arbitral ou compromisso.

A Arbitragem é um dos métodos de solução de conflitos, que em forma geral são utilizados pelas partes para solucionar um determinado litígio em vez de utilizar o

Poder Judiciário, todavia mantém a característica do método judicial tradicional, a heterocomposição, tratam-se de institutos que existem há muito tempo no seio da sociedade, já eram utilizados em Roma e nos demais centros de grandes grupos populacionais desde a Idade Média.⁵²

Características inerentes à arbitragem conta com o princípio da autonomia da vontade, derivando na ampla liberdade de contratação, permissão do árbitro de disciplinar o procedimento arbitral, celeridade, economia processual, caráter de título executivo da sentença arbitral, a irrecorribilidade e o princípio da competência-competência (SILVA. 2005, p., 141).

As partes podem recorrer a arbitragem quando a controvérsia estiver fundada em direitos disponíveis, que podem ser objeto de transação, renúncia ou cessão. Consequentemente não podem ser tratadas na arbitragem questões que envolvem direitos indisponíveis, tais como o direito ao nome da pessoa, estado civil, direito tributário e de direito penal.

A Arbitragem é uma técnica de solução de conflitos por meio da qual os conflitantes aceitam que a solução de seu litígio seja decidida por uma terceira pessoa, de sua confiança.

⁵² No princípio, quando ainda inexistia o Estado, como poder político, os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes, ou pelos grupos a que pertenciam, sendo a transposição dessa modalidade de justiça privada para a justiça pública produto de uma lenta e segura evolução. Registra Moreira Alves, com base em indícios, que essa evolução se fez em quatro etapas:

a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um dele faz parte), mas o Estado — então incipiente — intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;

b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;

c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privativa e, por meio de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a decisão.

No entanto, mesmo nessa etapa, se as partes concordassem, era lícito dirimir o conflito mediante a designação do árbitro.

No direito romano — o registro é ainda do emérito romanista — encontram-se exemplos de cada uma dessas quatro etapas: da primeira, na pena de talião (vingança privada: olho por olho, dente por dente), estabelecida ainda na Lei das Doze Tábuas; da segunda, durante toda a evolução do direito romano, pois sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros escolhidos pelos litigantes, sem interferência do Estado; da terceira, nos dois primeiros sistemas de processo civil romano — o das legis actiones e o per formulas; da quarta, no terceiro desses sistemas — a cognitio extraordinária. (ALVIM, J.E. 2000, p. 15 -16.)

A arbitragem, portanto, é o método pelo qual as partes outorgam a uma pessoa ou um grupo de pessoas – o colegiado – a tarefa de pacificar um litígio, por meio de uma cláusula contratual assinada pelas partes, denominada Cláusula Compromissória.

Os árbitros são pessoas escolhidas pelas partes para proferirem decisões com o mesmo conteúdo e a mesma força das sentenças judiciais, sendo, portanto, um meio heterocompositivo de solução de controvérsias, no entanto, mais flexível que a jurisdição estatal, tendo em vista estar fundamentada no princípio da autonomia da vontade das partes e possibilitar o acordo entre as partes em qualquer momento do procedimento arbitral (art. 28 da Lei de Arbitragem brasileira).

Na arbitragem o terceiro escolhido pelas partes via de regra é um especialista, por isso a arbitragem é conhecida como a justiça de técnicos, desse modo as sentenças são elaboradas em consonância com os desejos das partes, considerando que o árbitro é um profissional com conhecimento da matéria que originou o conflito, de modo que ao ser especialista na matéria ele estará mais apto a decidir a questão. (SILVA. 2005, p., 143-144)

Temos, portanto, que a decisão guardara uma relação mais coerente com as realidades vivenciadas pelas partes, o que seria mais satisfatório para as partes, mesmo sendo uma sentença impositiva

Com a característica da especialidade do árbitro, poderá ser dispensável a figura do perito, por considerar-se que aquele tem aptidão profissional para compreender e decidir a questão, o que permite que o juízo arbitral seja um pouco mais célere.

Fatores que contribuem no Brasil, influenciando positivamente para a celeridade do juízo arbitral são a irrecorribilidade das decisões arbitrais e a inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário (SILVA. 2005, p., 149).

Temos outra característica que é a confidencialidade, nada do que for levado ao conhecimento do árbitro poderá ser passado a terceiros, as partes se comprometem a guardar sigilo; diferente do processo judicial que deverá observar a publicidade, com exceção das hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira. Além disto, quando a arbitragem tratar de assuntos ligados a administração pública, também será respeitado o princípio da publicidade.

A vantagem da arbitragem é a flexibilidade e os procedimentos mais simples, para a adaptação diante das complexidades da vida moderna, utilizando o árbitro a equidade, desde que as partes de forma expressa e previamente o tenham autorizado, trata-se de decidir a controvérsia sem apego as regras de direito, mas em acordo com o seu efetivo conhecimento e entendimento sobre o assunto. Desta feita poderá o árbitro decidir conforme o seu critério de justo.

Diferentemente do que acontece nos tribunais em que os magistrados e os operadores jurídicos estão vinculados a sistemática intrincada e rigorosa do Código de Processo Civil, pelo que Silva (2005, p., 150), faz a seguinte consideração

A arbitragem, diante desses fatos, constitui-se em mecanismo mais flexível, podendo disciplinar os novos litígios, satisfazendo uma exigência da vida moderna, por ser baseada no princípio da autonomia da vontade e disponibilizando às partes a opção de solucionar os litígios mediante a utilização da equidade. Esse tipo de arbitragem é pouco utilizado, mas mesmo assim constitui uma opção possível.

A dificuldade de acompanhar a dinâmica social no surgimento de novos direitos, traz ao Poder Judiciário um problema, pois há novos direitos que devem ser salvaguardados pelo Estado, sendo necessária uma adaptação do modo convencional de resolução de conflitos, diante deste cenário a arbitragem é considerada como um método que pode estar a par dos acontecimentos da vida moderna.

Cabe ressaltar, por oportuno, que a arbitragem não é ainda um instituto popularizado e de fácil acesso, principalmente quando se trata das institucionais, devido a que as custas por vezes são elevadas, todavia elas continuam sendo mais vantajosas se confrontada com uma decisão definitiva obtida por meio do Poder Judiciário. (SILVA. 2005, p., 151)

Diante disto, as vantagens oferecidas pela arbitragem seriam contribuir para a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário, permitindo que ele trate dos litígios que envolvam o interesse público ou os direitos indisponíveis

Não se deve esquecer, contudo, que a arbitragem tem um impacto social positivo, visto que retira causas complexas do Judiciário, que lhe de mandariam muito tempo e, uma vez instaurado um juízo arbitral para solucioná-las, haverá mais tempo para solucionar conflitos de competência exclusiva do Poder Judiciário.

2.5 O EMPODERAMENTO EM PROL DA EMANCIPAÇÃO SOCIAL POR MEIO DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS AO PODER JUDICIÁRIO

A transformação da sociedade por meio do empoderamento para a utilização das ferramentas de resolução de conflitos alternativas ao poder judiciário como forma de liberdade e autonomia, considerando que ao participar ativamente na construção de um acordo, a pessoa está agindo e, conseqüentemente, decidindo com autonomia e liberdade dentro dos limites do direito, dos bons costumes, da soberania nacional e em consonância com a função social da pacificação dos conflitos, a não marginalização, exercendo a cidadania, contribuindo para a fundamentação de uma sociedade livre, justa e solidária.

A Constituição Federal de 1988, resguarda e orienta a atuação de toda a sociedade para a consecução dos objetivos fundamentais da República como forma de promoção da transformação social e gestão de conflitos de uma sociedade que preza pela busca do bem-estar social coletivo.

Assim, acima das regras, os valores que constituem o sentimento axiológico da sociedade fundamentam, transformam e integram - isto é, dão vida aos direitos humanos, e por sua vez os direitos humanos contemplam assunto complexo, dado que envolvem a pretensão de universalidade, individualidade e, ainda, diversidade. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 199-200), pelo que o diálogo e a gestão adequada dos conflitos mostra ser uma ferramenta muito importante para aproximar, para chegar a um consenso, dentro de uma diversidade de pretensões e posturas.

Importante, ressaltar por oportuno que a liberdade requer verificar os limites da liberdade e as indagações sobre a autoridade. Ao permitir o exercício da autonomia e a liberdade por parte das pessoas dão a elas o poder de ingerência na realidade. E conforme expõe Freire (2011, 31), a liberdade e a autoridade coexistem de maneira que não se pode sobrepor uma a outra, para tanto entre o poder, autoridade e a liberdade e autonomia, deve haver uma harmonia e equilíbrio entre eles.

Cabe ressaltar o dito alhures, no subcapítulo 2.2, citando o emprego do 'princípio da licitude' (p. 63) e em nota de rodapé (p. 64), defendemos o exercício da liberdade, autonomia, não queremos com isso invalidar a autoridade do Estado nem o seu poder, queremos alvitrar uma harmonia de poderes.

Pois, o pensamento subjetivista conforme leciona Nohara (2006, p., 26-37), manifesta-se vulgarmente na expressão bastante difundida: “gosto não se discute”, ou seja, que o sentimento individual (psicologismo) decide, em última instância, acerca das apreciações axiológicas, e cada qual possui uma pauta individual de valores preponderantes.

Necessário, portanto, uma harmonização por meio do diálogo construtivo de soluções equânimes, dentro da disposição de ceder uma parte em benefício da outra.

O empoderamento inspira a expansão da liberdade do indivíduo para, participando da ação coletiva executando-os dentro de um ambiente de tomada de decisões, libertando a consciência social a respeito dos direitos sociais para o coletivo, tornando-os efetivos.

Conforme expõe Amartya Sen, o indivíduo é agente central de todo o processo de transformação. Assim, devem-se remover os vários tipos de barreira para ampliar as escolhas e oportunidades das pessoas para que elas vivam de forma mais plena e com mais liberdade. Quando as pessoas têm a liberdade de escolher e a oportunidade de decidir, elas melhoram a sua vida (2010, p., 9-11).

Mostra ao indivíduo que ele é a peça central para a transformação, pois permite que vejam as qualidades que somente ela tem e o poder para alterar a realidade da forma que ela bem entender. “o exercício da liberdade é mediado por valores que, porém, por sua vez, são influenciados por discussões públicas e interações sociais, que são elas próprias, influenciadas pelas liberdades de participação” (SEN, 2010, p., 24).

Não se trata apenas de estimular e servir de apoio ao próximo. O empoderamento se efetiva quando o agente manifesta o poder que a outra pessoa possui e junto dela participa do processo de desenvolvimento do outro, e dessa forma ele também acaba empoderando-se.

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades. (SEN, 2010, p., 18)

Por tanto, o empoderamento não se trata de uma missão solitária, nesse sentido aponta Sen “para combater os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual um comportamento social” (2010, p.,10), e um caminho com aprendizado em conjunto, permitindo ao indivíduo desenvolver a capacidade de viver de maneira digna e apropriada, empoderando as pessoas que estão ao seu redor, servindo como exemplo integrativo de transformação individual e social.

Diante do exposto, entende-se que havendo um diálogo de vontades que expressem as liberdades horizontais, haverá uma vontade legítima, que não se sobrepõe as vontades do outro de maneira arbitrária, déspota, tirana, cruel e opressora. Conforme dispõem Maillart e Amaral (2013, p.120)

Os mecanismos autocompositivos de solução de controvérsias têm por escopo harmonizar as relações entre os indivíduos e tornam as resoluções de controvérsias mais eficientes ao passo que visa promover um modo de justiça reparadora, quando inclui em seus pilares recompensa, equilíbrio, satisfação e o perdão. O exercício do diálogo pode inclinar o indivíduo à união, uma vez que reestabelecem a comunicação e, assim, preservar as relações continuadas e o respeito mútuo.

Propõe Freire (1967, p. 41), a consciência crítica e o poder criador permite que a pessoa tenha a oportunidade de ser parte ativamente nas mudanças no seu meio social, por meio do empoderamento, transformando a sua realidade e, por conseguinte a do seu próximo, utilizando a suas aptidões para o melhor desenvolvimento sustentável das relações humanas. (MAILLART, 2010, p. 23)

Passamos, por tanto, no decurso de este trabalho por uma análise sobre o contexto histórico da resolução de conflitos, que perpassou por momentos ricos em prol do diálogo social, mas que, paulatinamente, este poder social de resolver os conflitos foi extirpado da sociedade e entregue ao Estado.

Este movimento mudou o enfoque da resolução dos conflitos da relação horizontal para vertical, perdendo o brilhantismo da participação ativa do indivíduo na construção e formação de uma sociedade informada para uma sociedade estéril.

Permitindo uma análise, de como os meios adequados de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e a arbitragem podem ser considerados instrumentos que contribuem para a fomento do empoderamento social, cooperando para a criação de uma sociedade crítica, autônoma e livre, ou seja, como por meio do

tratamento adequado de conflitos pode proporcionar a entrega efetiva do Acesso à Justiça no Brasil.

CONCLUSÃO

Pode-se observar, que existe no seio da sociedade um clamor constante e incessante por ver os seus direitos efetivados, principalmente nos setores da população que por anos ficaram esquecidos no limbo de uma sociedade que prima pelo individualismo. A variação no substancial da dignidade humana proveniente de peculiaridades culturais estabelece que a declaração da universalidade dos direitos humanos signifique um caminhar que vai acompanhado de um diálogo intercultural, com uma visão aberta ao multiculturalismo, nela confrontam-se os direitos coletivos e os direitos individuais, as questões da justiça racial, étnico-cultural, o reconhecimento necessário da interculturalidade.

Como base teórica, utilizaram-se os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, que considera uma necessidade o diálogo da sociologia e o direito, uma verdadeira modificação democrática mais ampla do direito e da justiça, democratizando o Estado e o Judiciário. Considerando que as sociedades atuais, desde uma ótica sociológica, transitam no seio dela vários sistemas jurídicos e judiciais com um viés jurídico e judicialmente plural, numa sociedade em que não haja um abismo entre os direitos formalmente concedidos das práticas sociais que a hipocrisia e a falta de vontade dos governantes não têm tornado efetivos.

Necessário se faz, que se trabalhe respeitando as desigualdades, ao ter consciência da desigualdade que ela é injusta e viola os seus direitos e que parte para uma consciência complexa de que não se trata apenas de uma igualdade, mas também, engloba o direito à diferença, à diferença cultural, dos povos originários, dos camponeses etc., a ideia de levar a efeito uma política robusta de acesso à justiça e ao direito, pois ele emana do povo quem é o detentor do poder, que o pode exercer por meio de representantes, mas o cerne é a pessoa humana, pois sem ela não há direito.

Daí o porquê a necessidade de ter mecanismos capazes de ordenar e regular de maneira adequada as relações da sociedade moderna e a atuação do Estado para extirpar possíveis excessos do íntimo quando este se sobrepõe aos interesses do bem-estar social, para que por fim triunfe uma sociedade fraterna para a consecução da solidariedade.

Partimos observando como se desenvolveu historicamente a resolução de conflitos pela sociedade, que criou instrumentos para a pacificação e solução de controvérsia, como a exemplo de Roma e Grécia. Posteriormente, analisou-se a entrega do poder de dizer o direito ao Estado e, no caso específico do Brasil, à princípio, o sistema judicial assumiu o papel de executor das políticas sociais, mas, em determinado momento, o juiz começa a atuar de maneira solipsista, vertendo apenas a sua visão e experiência, deixando de lado questões importantes para a cidadania, em que a sociedade deseja e merece ter uma resposta efetiva para o problema levado ao judiciário.

Assim, o jurisdicionado percebe que o fiador do Estado, por vezes, lhe reconhece direito, mas o problema da lide sociológica continua sem solução, pois o processo não consegue chegar onde o diálogo que os meios alternativos ao Poder Judiciário proporcionam ao indivíduo.

O empoderamento vai contribuindo para a eficácia da participação social como parte integrante do Estado, não apenas como mero receptor, mas como agente atuante e ativo da construção da solução da controvérsia.

A sociedade com um papel menos participativo, perde a autonomia, a liberdade, e a formação de uma sociedade individualizada. Para tanto, o estudo sociológico utilizado neste ponto foi a obra de Zygmunt Bauman, que constata uma mudança na relação entre o indivíduo e a sociedade atual e a necessidade de rever conceitos, restabelecer o diálogo entre os sujeitos, abalados pela massificação e a famigerada competição que ressalta o individualismo. Necessário repensar, portanto, a sociedade atual, em um papel transformador, fortalecendo os laços humanos, num diálogo harmônico entre o público e o privado.

No segundo capítulo, trouxemos a visão acerca da gestão de conflitos por meio dos mecanismos alternativos ao Poder Judiciário, como um resgate da solução de controvérsias da sociedade para a sociedade.

Com a criação dos setores de conciliação e os procedimentos adequados de solução de controvérsias alternativo ao Poder Judiciário, observamos uma prevalência da autonomia das partes, da realização pessoal e espiritual, principalmente, da parcela de esquecidos pelo Estado, que consegue ascender à possibilidade do Acesso à Justiça enquanto ainda exerce seu empoderamento social, pacificando e resolvendo seus conflitos.

Percebe-se, todavia, que é necessária uma implementação mais eficaz para uma participação da sociedade em afinidade aos meios adequados de gestão de conflitos para transformar a cultura da litigância judicial em uma cultura da não litigância e assim aproximar a sociedade da tão prezada pacificação social.

Considera-se, neste ponto, que os instrumentos de tratamento adequados de conflitos são meios viáveis para a consecução de uma sociedade autônoma, ponderando que seja necessário proporcionar ao indivíduo o conhecimento de que tem autonomia e liberdade para formular um acordo. Dessa forma, a participação das pessoas de forma ativa na gestão da solução dos conflitos poderá garantir a transformação na sociedade, propiciar o empoderamento proposto por Paulo Freire e proporcionar uma emancipação dentro dos limites social, moral e legalmente aceitos, como a exemplo da experiência boliviana, aqui retratada.

Conclui-se que os meios alternativos de solução de conflitos podem contribuir para um acesso à justiça mais efetivo e a construção de uma sociedade mais justa e solidária, ciente do seu papel na transformação social, utilizando a autonomia, liberdade e emancipação por meio do empoderamento para a apropriada gestão das ferramentas adequadas de resolução de conflitos. Desta forma, há a resposta da sociedade para a sociedade na resolução de solução de conflitos, de forma horizontal, não somente por mão de um terceiro, mas por uma solução talhada pelo diálogo entre os envolvidos, que ressalta a capacidade das partes de agir efetivamente construção da solução do seu conflito, dentro de parâmetros legalmente aceitos.

Há institutos que podem servir como instrumentos para o fortalecimento de uma sociedade autônoma, dado o assente que a passividade já não se admite, tanto para o operador do Direito como para a sociedade, sendo, de conseguinte, a conciliação, mediação e a arbitragem, meios de tratamento adequados de conflitos no efetivo acesso à justiça e formas de promoção do empoderamento social no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**/ Robert Alexy;org./ trad. Luís Afonso Heck. 4.ed. rev. Porto Alegre: livraria do advogado editora. 2015

ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALTAVILA, Jaime de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2000.

AMARAL, Daniela Gomes Pereira do. **Os mecanismos consensuais de resolução de litígios como meios de tratamento adequado dos conflitos da sociedade pós- moderna individualizada**. 2014. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo.
<<http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/1421>>. Acesso em 5 set 2016.

ANDRADE, Alexandre de. **Limite e efetivação dos direitos fundamentais: liberdade religiosa x liberdade de expressão**. São Paulo. 2013

ARIAS, José. **Manual de Derecho Romano**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1949.

ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. **Derecho romano**. Buenos Aires: Astrea, 1973-1976.

AYMARD, André; AUBOYER, Jeannine. **Roma e seu império**. Trad. Pedro Moacyr Campos. França: Orig, 1954.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. – Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.

BENETI, Sidney Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, jan-jun. 2002.

BITTAR, Eduardo TC. B. **Curso de Filosofia Aristotélica: Leitura e Interpretação do Pensamento Aristotélico**. São Paulo: Manole, 2003.

BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. Giuffré, 1958.

BORNECQUE, Henri. **Roma e os romanos: literatura, história, antiguidades**. São Paulo: E.p.u. Edusp, 1977.

BORDALI SALAMANCA, Andrés. Justicia privada. In: **Rev. derecho (Valdivia)**, Valdivia, v. 16, p. 165-186, jul. 2004. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100008&lng=es&nrm=iso>. (versão On-line ISSN 0718-0950-SCIELO). Acessado em 18 maio 2016.

BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense 2008.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**, in Revista de Processo, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994.

CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa: Juizados Especiais**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

CARDOZO, Raquel Nery. **Os conflitos familiares e as escolas de mediação**. Publica Direito. Págs 349 - 372 PDF – publicaDireito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0e9cab17a035c5a>> Acesso em: 01/2017

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1995

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Saraiva, São Paulo, p. 20, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **CNJ**. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_27022014150457.pdf> Acesso em 12/2016

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1949.

_____. **Manual de direito romano**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1949.

COULANGES, Foustel de. **La Cité antique: Études sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce, de Rome**. Paris: Lib. Hachette, 1893.

_____. **A cidade antiga**. Tradução Jean Melville. 2. ed. Martin Claret, 2008

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Poder judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva?** Mônica Bonetti Couto e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. In: Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos [recurso eletrônico]. Vladimir Oliveira da Silveira, Orides Mezzaroba, Mônica Bonetti Couto Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches [coord.] – Curitiba: Clássica, 2013.

CRETELLA, Junior. **Curso de Direito Romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002., p. 37

_____. **Tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno**, t. II, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana**, *RDDA*, v. 1, n. 2, p., 269. 2014. Disponível em:
<<http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/74853/0>> Acesso em: 12/2015.

DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos: dissolver para resolver**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1986

FABBRIS, Angela Tacca. **Contrato de trabalho: evolução e contemporaneidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

FERREIRA, Olavo Leonel. **Visita à Roma antiga**. 7. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

FERRAZ, Manoel M. de Figueiredo. **Do tribunado da plebe**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1989.

FERRAZ, Taís Schilling. **A conciliação e sua efetividade na solução de conflitos**. In:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/Conciliacao.doc>>
Acesso em 12/2016.

FISHER, Roger.; PATTON, Bruce.; URY, William. **Como Chegar ao Sim: Negociação de Acordos Sem Concessões**. 2.ed. Rev. Amp. Imago: Rio de Janeiro, 2005.

FOIGNET, Rene. **Manual elemental de derecho romano**. Editorial. José M. Cajica, Jrs., S.A. Puebla, MÉXICO, 1956.

FRANCO, Mariulza. **Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura.** In: FERREIRA LEME, Selma et al. (coords.). Arbitragem- estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANTZ, Diogo. **O empoderamento social local e o paradigma informacional: uma abordagem a partir das audiências públicas eletrônicas.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 62 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

_____. **Educação como prática da liberdade.** Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1967.]

_____. **Pedagogia da esperança.** São Paulo: Paz e Terra, 2001

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma - Repensando a História.** 2 cd. São Paulo: Contexto, 2002.

GÓMEZ, Pilar Munuera. **El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas.** Portularia vol. VII, Nº 1-2. 2007, [85-106]. Madrid. 2007. Disponível em <http://eprints.ucm.es/5678/1/Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf> acesso em:01/2017

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil.** São Paulo, Bushatsky, 1975.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: LTr, 1973.

_____. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.50.

_____. **Os fundamentos da justiça conciliativa.** In.: Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 5, abr. 2008. Acesso em 16/6 <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21448>>

GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito),** Revista Direito GV, v. 1 n. 2 | p. 191 - 200 | jun-dez. 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35235/34035>> acesso em 12/2016.

_____. **Primeira lição sobre o direito.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUIMARAES, Mario. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **Manual elementar de mediação e conciliação judicial - TRT 9ª Região**, GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.) Curitiba: 2013., p. 11.
 <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-y7i-RhHX3IJ:https://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexadoPlc%3D3498082+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>
 Acesso em 01/2017

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo et al. **Centros integrados de cidadania: desenho e implantação da política pública (2003-2005)**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006. 144 p., 20 cm. ISBN 85-99216-08-2. 2006

_____. **O acesso à justiça: para além do instituído**. Publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. (Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM. Ano 13 (56): 334-58 São Paulo: Revista dos Tribunais, set. out. 2005.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente, 483 – 565. **Digesto de Justiniano, Liber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de Hélio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. da tradução – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2002.

KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Barcelona: Ediciones Ariel, S.A., 1966 y 1972.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal**. 1ª Edição. Empório do Direito. 2015

MAILLART, Adriana Silva. **Ideias para o desenvolvimento: as Alternative Dispute Resolutions (ADRs) como forma de empoderamento humano e econômico**. In. MENEZES, Wagner (Coord.). Estudos de Direito Internacional. Vol. XX. Anais do 8º Congresso de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 17-30.

MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili. **O direito fundamental de acesso à justiça e suas implicações para o direito fundamental ao desenvolvimento**. Adriana Silva Maillart e Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches. In: Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa/ Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva, Guido Smorto (orgs.) – Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

MAILLART, Adriana Silva; AMARAL, Daniela Gomes Pereira do. **A eficiência na resolução de controvérsias: o tratamento adequado dos conflitos na sociedade pós-moderna e individualizada. 2013. p., 116-122.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0b115042dd978264>> acesso em 12/2016.

MAILLART, Adriana Silva; CALATROIA, Gerson de Barros. **Acesso à Justiça no Brasil: panorama e perspectivas diante da jurisprudência interna e da Corte Internacional de Direitos Humanos.** Relatório de Acesso à Justiça 2016. CEJA: no prelo.

MAILLART, Adriana Silva; OLIVEIRA, Virginia Grace Martins de. **Autocomposição extrajudicial: do acesso à justiça à desjudicialização de conflitos.** In: Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Flávia de Ávila, Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MARTINS, OLIVEIRA. **História da república romana.** 7. ed. São Paulo: Guanabara Dois, 1987.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. **Tutela diferenciada e meios alternativos de solução de conflitos.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013.

MARINONI, Luiz Guilher-me. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias Constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999.

MATOS PEIXOTO, José Carlos de. **Curso de Direito Romano.** 2. ed. Rio de Janeiro: Haddad, 1960.

MAYNS, Charles. **Cours de Droit Romain.** v.1. 4.ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe & C^o(ie) libraires éditeurs, 1876.

MEIRA, Silvio. **Curso de direito romano história e fontes.** São Paulo: LTr, 1996.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. BRAGA, Sergio Pereira. O ativismo Judicial e o Conselho Nacional de Justiça. In: **Justiça e o Paradigma da Eficiência.** Org. Adriana Silva Maillart, Mônica Bonetti Couto, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches. Coord. Vladmir Oliveira da Silveira e Ordes Mezzaroba. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MOMMSEN, Theodor. **História de Roma (excertos)**. Tradução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Delta, 1962.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e Arbitragem, alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2 ed. São Paulo: Summus, 2008.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Novas perspectivas no acesso à justiça**, disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>> acesso em 18/06/15.

NOAILLES, Pierre. **Du Droit Sacré au Droit Civil: Cours de Droit Romain approfondi**. Paris : Rec. Sirey, 1949.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, p. 26-37. 2006.

NORTHFLEET, Ellen G. **Novas fórmulas para resolução de conflitos**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O judiciário e a constituição. Ed. Saraiva, São Paulo, 1994.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Introdução ao estudo do direito**. 2ª ed. rev. ampliada., São Paulo: Revista do Tribunais, 1997.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O Poder Judiciário no Estado de Direitos. R. EMERJ, v. 16, n. 61, p. 189-207, jan.-fev.-mar. Rio de Janeiro, 2013.

PIGANIOL, André. **La conquête Romaine**. Paris: Presses Université de France, 1974.

RICOEUR, Paul. **O Justo 2 – Justiça e verdade e outros estudos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. Cortez editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHÄFER, Thomas. **Imperii insignia: Sella Curulis und Fasces. Zur Repräsentation römischer Magistrate**. Mainz Scheithauer, 1989.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário** / Adriana S. Silva - Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, pp., 199-200. 2010.

SOCA, Ricardo. **La fascinante historia de las palabras y Nuevas fascinantes historias de las palabras**. Acesso em 12/2016
<<http://elcastellano.org/palabra/urbe>>

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Judiciário e contemporaneidade**. 2011.
Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25090-25092-1-PB.html>> Acesso em 12/2016.

STRECK, Lenio Luiz . **Verdade e consenso, constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogerio Cruz; AZEVEDO, Luis Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei. A mediação de conflitos**.

Lisboa: Agora comunicação, 2006.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch**, *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47 (2015) Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/601>> Acesso em: 06/2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos e defensoria pública**. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.10, n.115. 2002.