

A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO TUTELA DIFERENCIADA

PÂMELA BURKE BARBOZA: Advogada, Mediadora e Conciliadora Judicial. Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. Pós-graduada em Docência Universitária pelo UNASP-EC e Graduada em Direito pelo UNASP-EC.

Resumo: O presente artigo trata da compreensão da tutela jurisdicional diferenciada de forma efetiva como instrumento de acesso à justiça especificamente no que tange os meios alternativos de solução de conflitos como instrumentos eficazes de pacificação social. O objetivo é demonstrar que a flexibilização do procedimento jurisdicional comum é necessária diante das diversas modalidades de conflitos observados de forma individualizada. Na busca por resultados, a pesquisa ocupou-se em contrapor os modelos de justiça e ressaltar elementos que permitam a observação fática dos atos decisórios.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Tutela Diferenciada, Métodos alternativos de solução de conflitos.

Abstract: This article deals with the understanding of effectively differentiated judicial protection as an instrument of access to justice specifically with regard to alternative means of conflict resolution as effective instruments of social pacification. The objective is to demonstrate that the relaxation of the common judicial procedure is necessary in the face of the different modalities of conflicts observed in an individualized way. In the search for results, the research was focused on opposing justice models and highlighting elements that allow the factual observation of decision-making acts.

Keywords: Access to justice, Differentiated protection, Alternative methods of conflict resolution.

Sumário: 1. Introdução; 2. Acesso à justiça: Prestação jurisdicional efetiva; 3. Tutela jurisdicional diferenciada: a aproximação do direito processual e material; 4. Meios alternativos de solução de conflitos; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. Introdução

As demandas judiciais são resultantes de uma ruptura no tecido social fazendo surgir uma desestabilização causada pelo conflito.

O monopólio de “dizer o direito” concedido ao Estado traz a necessidade de conferência da prestação jurisdicional de forma eficiente de modo que os efeitos do processo possam ser observados no plano fático social na vida deste indivíduo.

Por vezes o acesso à justiça conferido como garantia constitucional não observa a execução e efetivação destes direitos. Desta forma, diante das ondas renovatórias que transformaram a justiça nesta que se pode-se observar hoje, é premente a necessidade de adaptação dos modelos procedimentais de acordo com as necessidades e peculiaridades do conflito.

O modelo tradicional do processo judicial além de não atender à demanda de forma satisfatória acaba por assumir conflitos que poderiam ser facilmente resolvidos entre as partes através de métodos capazes de observar o envolvimento entre as partes como alternativa ou complementação à forma tradicional.

As modalidades alternativas se mostram desafiadoras frente à uma cultura de litigância com base no poder impositivo da decisão. O que se objetiva é a busca é sobretudo a composição da celeuma buscando a tão almejada pacificação social.

2. Acesso à justiça: Prestação jurisdicional efetiva

O anseio da resolução de conflitos utilizando-se da via judicial como garantidora do cumprimento de justiça, tem apresentado diversas rupturas estruturais no que tange o resultado empírico do processo. Isto posto, nem sempre pode-se observar o dito decisório prescrito pelo julgador aplicado diante das circunstâncias sociais que implicaram no certame.

Como observado por Fernanda Tartuce, o real propósito persiste na busca de aplicação da justiça, à vista disso

A realização da justiça deve ser considerada um valor superior em relação à forma para sua obtenção, sendo de grande importância a composição apta a dar a casa um que é seu, realizando os direitos violados e/ou ameaçados com o mínimo de convulsão social.¹

A deliberação processual só possui resultados práticos quando se pode observar a aplicação na vivência das partes incluindo o vínculo pessoal e patrimonial exercido em sociedade.² Qualquer decisão que não seja aplicada é deveras vazia e desguarnecida da busca pela justiça por não alcançar efetivamente a paz social. Não possui portanto, força ou função, qualquer que seja.

Na elucidação de Chiovenda acerca da jurisdição, ele a posiciona como instrumento de aplicação da lei. Desta forma, o direito teria um propósito declaratório do que é previsto para determinado caso concreto por meio da legislação com o intuito de torna-la efetiva através do judiciário.³

Em contrapartida, Carnelutti ressalta outro ponto ao classificar a jurisdição, que seja, a dualidade de pretensão e resistência dos interesses. entende-se a

¹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: _____. Fundamentos do processo civil moderno. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 813.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3aed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

jurisdição como uma “justa composição da lide”. Desta forma, a atuação jurisdicional ficaria condicionada à resolução do conflito de interesses com caráter impositivo. Em suas palavras “lhamo litigio al conflito de intereses calificados por la pretension de uno de los interesados u por la resistência del outro”⁴

Estas duas teorias, a primeira conhecida como declaratória ou dualista e a segunda como constitutiva ou unitária, se divergem no processo de formação do direito. Logo, naquela, a atividade jurisdicional teria por função reconhecer um direito preexistente através das normas, enquanto que nesta a função jurisdicional seria responsável pelo processo de criação do direito substancial tendo por resultado da composição do litígio.⁵

De acordo com o entendimento do mestre Daniel Amorim, os objetivos do exercício da jurisdição devem ser perseguidos sob diversas faces. A primeira delas, envolve o aspecto jurídico. Sob esta visão, a vontade do direito deve ser aplicada de forma concreta. O aspecto social de que versa o segundo enfoque, preocupa-se com a resolução do conflito de interesses proporcionando às partes envolvidas a pacificação social ressaltado o aspecto da composição como elemento essencial satisfativo.

A terceira vertente envolve um lado educacional que seria levar ao conhecimento dos jurisdicionados o conhecimento acerca de seus direitos e deveres por intermédio das próprias decisões judiciais concretizado pelo amplo acesso ao poder judiciário.

A quarta e última face versa com relação ao sentido político das decisões no que tange o fortalecimento do Estado com a garantia de direitos fundamentais e da atuação pública com um viés democrático.⁶

A expressão tão utilizada, “acesso à justiça” se perfaz no intuito de reavaliar a forma pela qual se acredita ser efetiva a prestação jurisdicional. Por efetividade se busca acatar meios que alcancem essencialmente a composição da lide, quer seja, o efeito prático e social de pacificação. Por sua vez, a busca da pacificação deve garantir sobretudo, um olhar cuidadoso aos traços complexos da sociedade humana.

Assim, o caráter normativo do ordenamento jurídico não é refutado. Mas, de acordo com o que afirma Cappelletti, a ordem normativa é observada como um elemento, e por vezes não deveras primacial, do direito. “O elemento primário é o

⁴ CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 62

⁵ JÚDICE, Mônica, Pimenta. A jurisdição brasileira no Estado Democrático de Direito e pluralismo participativo. Processualistas. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/373370001/a-jurisdiacao-brasileira-no-estado-democratico-de-direito-e-o-pluralismo-participativo>

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 11

povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos. Ademais, nessa visão realística, adquirem relevo as instituições e processos.”⁷

O autor prossegue ao afirmar a necessidade de avaliação do direito como forma de acesso à justiça. Ele avulta uma concepção tridimensional de observância do direito em detrimento de uma visão singular e unidimensional de aplicação do fato à norma com o intuito exclusivamente declaratório. Desta forma, tendo em vista três dimensões de aplicação do direito, uma primeira dimensão revela o imbróglio e sua implicação social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a solução jurídica, por sinal uma resposta que além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão determina as repercussões ou o efeito, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social.⁸

A ciência jurídica deve sobretudo aproximar o operador do direito à realidade que o circunda. A real função destes profissionais se mostra deveras complexa, no entanto, nas palavras de Cappelletti, “fascinante”. O alcance das mãos que impõem a ordem não deve se limitar à aplicação das normas, procedimentos, e práxis. Esta atuação não deve se restringir à litigância processual formalmente desmedida, mas se deve igualmente depor sobre a balança da justiça os ônus apresentados pelo processo e por conseguinte as dificuldades a serem suportadas pelas partes assim como qualquer resultado satisfatório que possa advir da demanda.

A efetividade do acesso à justiça tem se mostrado desafiadora diante do cenário da prestação jurisdicional. A busca pela ordem se depara com diversos entraves que impedem a concretização de garantias fundamentais pelo jurisdicionado. Estes obstáculos são abordados por Mauro Cappelletti juntamente com Bryan Garth que elencam os desafios a serem superados pelo acesso à justiça e qual seria a solução adequada a cada um deles. Esta sistematização denomina-se “ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça”⁹ e demonstrou-se satisfatória na aplicabilidade frente à realidade brasileira hodierna.

O primeiro obstáculo trata das condições econômicas pessoais do indivíduo que possui uma pretensão, mas, por motivos econômicos, possui acesso restrito à pretensão jurisdicional em decorrência da falta de informação ou da ausência de

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de Conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Doutrina internacional. Traduzido por J. C. Barbosa Moreira. 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%2C%20Os%20metodos%20alternativos.pdf

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de Conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Doutrina internacional. Traduzido por J. C. Barbosa Moreira. 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%2C%20Os%20metodos%20alternativos.pdf

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988

representação adequada. Estas pessoas encontram-se, portanto, desprovidas de qualquer assistência e orientação jurídica.¹⁰

A solução para este primeiro revés encontra guarida no reconhecimento de hipossuficiência dos jurisdicionados conferindo gratuidade no que tange a assistência, assim como no transcorrer processual, envolvendo, portanto, as custas judiciais e os honorários advocatícios.

O reflexo desta prerrogativa pode ser observado nas ideias da defensoria pública e nos programas de assistência judiciária que seguem preceitos determinados assim como nos projetos de “escritórios de vizinhança”¹¹ e “judicare”¹² mencionados por Cappelletti.

Ressalta-se, portanto, que a impossibilidade de acesso a justiça ocasionado por este primeiro obstáculo se perfaz em decorrência não somente pela ausência de recursos econômicos, mas pode-se entender como barreiras causadas por limitações educacionais e pelo meio social no qual esta pessoa está inserida. Isto pois é de suma importância que haja o mínimo de instrução a fim de que o sujeito possa se ver inserido no âmbito jurídico.

A segunda onda renovatória busca superar o que Cappelletti denomina de “obstáculo organizacional”. Esta etapa é expressa por traços dos interesses e garantias coletivas ou difusas como é o caso do direito à educação, segurança, saúde, dentre outros. A abrangência desses direitos dificulta que a prestação jurisdicional seja concedida de forma coletiva. Isto acontece pois diante da incapacidade de arcar com o ônus do processo, o indivíduo em sua singularidade somente conseguirá vislumbrar os efeitos da tutela caso esta seja dotada de caráter coletivo ou de classe. As chamadas *class actions* apresentam esta estrutura coletivizada das ações como é o caso da ação civil pública, necessária portanto tendo em vista o abalo causado pela lesão a esses direitos.¹³

A terceira e última onda renovatória da justiça apresenta um “obstáculo processual”, demonstrando portanto, a ineficácia de determinados procedimentos tendo em vista o objeto processual. Como afirma Cappelletti, “a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos.”¹⁴ O enfoque do conceito de acesso à

¹⁰ Idem

¹¹ Os escritórios de vizinhança assim como a defensoria pressupõem um custeio público. O escopo fundamental é a proximidade com a comunidade e a inserção da justiça dentro do contexto socioeconômico das pessoas as quais se objetivava alcançar.

¹² O contexto do *Judicare* envolve a advocacia privada e deixa de lado uma função exclusivamente pública. Neste projeto, haveriam defensores privados em prol de pessoas economicamente vulneráveis sendo custeados pelo Estado.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de Conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Doutrina internacional. Traduzido por J. C. Barbosa Moreira. 1992. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%2C%20Os%20metodos%20alternativos.pdf

justiça abre espaço, nesta terceira etapa, para métodos não convencionais que tragam de igual forma o objetivo precípua de pacificação social.

Parece salutar reavaliar a forma pela qual é aplicada a jurisdição. O trajeto contencioso por vezes torna-se custoso e deveras tardio em solucionar os litígios com o intuito de dar a cada um o que é seu por direito.

O propósito de reforma constante da justiça é o de fazer com que as garantias legais previstas pela constituição e pelas demais normas do ordenamento jurídico reflitam as carências, celeumas e ideias da sociedade na qual estamos inseridos, contemplando a dinâmica inerente às transições aventadas.

O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária identidade ideológica entre processo e direito substancial, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos.¹⁵

No mesmo sentido acrescenta Marinoni e Arenhart que o direito processual empenha-se em buscar a solução dos conflitos, tendo em vista que são inevitáveis na convivência em sociedade com o intuito de que “prevaleça o aspecto positivo da instrumentalização do processo: sua aptidão em, além de compor o litígio, solucioná-lo.”¹⁶

Rodolfo Mancuso ressalta o fenômeno atual de judicialização dos conflitos. Este assombro acabou por adensar as demandas que passam pelo crivo do judiciário tendo como fundamento quer o amplo acesso à justiça concedido até então por todas as garantias atribuídas somado ao incentivo de resolução facilitada, quer pelo desenvolvimento numérico social resultante das próprias condições temporais.¹⁷

O fato é que houve um incentivo de preferência ao judiciário mesmo sendo este taxado como precário e ineficaz.

O conflito encontra-se imerso “no demandismo judiciário excessivo, insuflado, de um lado pela crescente litigiosidade social e, de outro, pela parca oferta e divulgação de outros meios e modos de prevenir ou resolver controvérsias, fora e além da decisão judicial de mérito, dita solução adjudicada estatal.”¹⁸

3. Tutela jurisdicional diferenciada: a aproximação do direito processual e material

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 08

¹⁸ Idem.

De acordo com o que afirma o autor italiano Andrea Pisani, ao realizar a busca para a solução do litígio, deve-se ajustar o foco para o objeto processual em questão. Desta forma, parte-se do pressuposto de que não existe apenas um caminho para que se possa buscar a efetividade da tutela jurisdicional. Neste contexto apresentado pelo jurista, surge a expressão “tutela jurisdicional diferenciada” como resultado do tema “*Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro.*”¹⁹

Diante destes caminhos alternativos objetiva-se adequar o objeto à forma com o intuito de otimizar a prestação jurisdicional com vistas à adequação de acordo com a especificidade, celeridade e efetividade.

Sob o mesmo fundamento, infere Marinoni que entende-se por procedimento diferenciado aquele que diverge do procedimento comum. De forma que, levando-se em consideração fatores externos, como a aplicação do direito material e a realidade social, há a necessidade de adaptação do curso do processo. Desta forma, tratamentos distintos e diferenciações de procedimentos são justificados por condições de direito substancial com o escopo de garantia efetiva de prestação da tutela jurisdicional. “Pelo mesmo motivo, a existência de apenas um procedimento para situações distintas fere o direito à tutela jurisdicional efetiva.”²⁰

O que se visa buscar é uma tutela jurisdicional que traga efetividade plena ao processo de forma a exterioriza-lo no plano de satisfação do direito material. Diante da insuficiência do procedimento comum e da própria condução da justiça pela via administrativa em conduzir os efeitos e resultados práticos da demanda, surge a necessidade de meios que confirmem esta aproximação do direito concedido à sua consumação no plano fático.

Partindo-se da premissa de que a declaração do direito não é garantia de sua efetivação, o procedimento diferenciado preocupa-se essencialmente com o caráter satisfatório desta decisão e atenta para a aproximação da instrumentalidade do processo ao direito substancial sem que haja renúncia à autonomia da ciência processual²¹

Marinoni ressalta, no que se refere ao direito material, que por vezes ocorre um equívoco entre o que se pode entender por instrumentalidade do processo e neutralidade do processo. Isto porque um único procedimento com o intuito de tutelar diversas modalidades de conflitos sem que haja uma inclinação aos reflexos do direito substancial, se mostra insuficiente e ineficaz. Portanto, a doutrina deveria reconhecer a necessidade de um procedimento traçado de acordo com os anseios do direito substancial.²²

¹⁹ PROTO PISANI, Andrea. Tutela Giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. II Foro Italiano. Vol.96, No. 9 pp. 205-250. Settembre 1973

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf> acesso em:

²¹ GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e a efetividade do processo. Revista dos Tribunais, São Paulo. V. 782, p. 48-67. dez 2000. p. 62

²² MARINONI, Luís Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4ªed. São Paulo. Malheiros. 2000.

Esta adequação mencionada por Marinoni guarda relação com a natureza do direito material e com a real função da aplicabilidade das normas jurídicas. Desta forma, qualquer incongruência observada no rito processual coloca em cheque a exequibilidade das garantias constitucionais de prestação jurisdicional estatal. Neste ponto faz-se uma necessária divisão entre a formalidade exigida no processo e a efetividade da proteção do direito material que visa abranger ademais as diversas condições do direito substancial envolvendo valores de ordem econômica, política e cultural.

Destarte, com o intuito de conferir a plena aplicação do direito ao processo, se estabelece um confronto entre dois elementos de relevante magnitude. A própria efetividade da prestação jurisdicional em prazo razoável sem que haja qualquer intuito procrastinatório na demanda judicial se contrapõe com necessária a segurança jurídica do ato decisório que exige certo lapso temporal para que sejam observados os elementos de cognição pelo julgador.

Aduz José Carlos Barbosa Moreira que a fórmula para o alcance da efetividade processual é a soma de dois fatores, quer sejam, o instrumento de tutela adequado ao caso concreto somado à possibilidade deste trazer a solução ao litígio por meio do direito pleiteado sob a previsão normativa. Esta obtenção ocorre somente por meio de instrumentos eficazes à disposição do titular de um direito.²³

Aditado aos fatores ora apresentados, tem-se a busca premente pela prestação emergente que pressupõe a cognição sumária tendo em vista a impossibilidade de decurso do lapso temporal para a garantia do direito. O princípio a ser perseguido é a celeridade na concessão das tutelas

“Adotada a técnica da tutela jurisdicional diferenciada, regra geral, opera-se a precipitação temporal dos efeitos da decisão final, o que vem gerando muita controvérsia dado o risco de ensejar a sumarização generalizada do processo de conhecimento.”²⁴

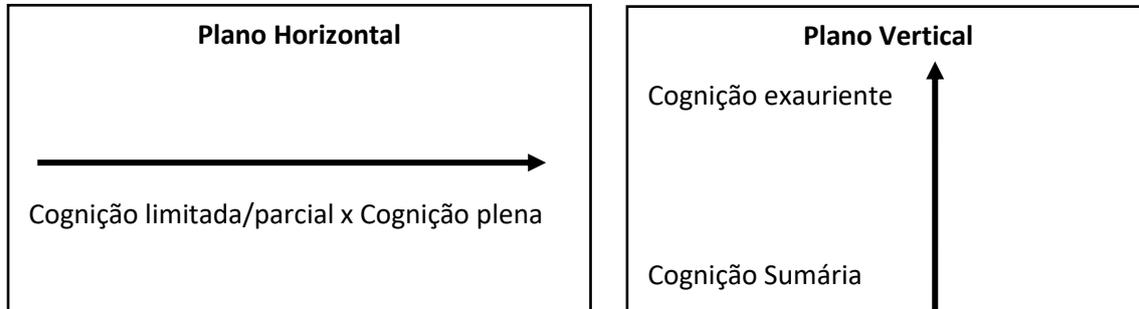
É importante ressaltar que a decisão tem por pressuposto lógico o conhecimento das provas, do direito e dos fatos para que haja qualquer juízo de afirmação e garantia de direitos. A cognição, portanto, pode e deve eventualmente ser restringida com o intuito de otimizar esta prestação jurisdicional sendo a convicção do Estado juiz formada sumariamente.

A respeito da cognição, Watanabe e Marinoni consentem ao avaliá-la sob dois planos, quer seja, o horizontal que envolve a extensão e amplitude e o vertical que cinge a profundidade. Destarte, no plano horizontal a amplitude da cognição vai desde a cognição plena que é quando o trinômio do processo é avaliado como um todo, quer sejam, as questões processuais, bem como, as condições de mérito e da ação em contrapartida do plano horizontal de eficácia limitada ou parcial que

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva. 1984

²⁴ MIRANDA, Ivan Adolfo Geronimo. Tutelas jurisdicionais diferenciadas. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <https://ivanmiranda923171.jusbrasil.com.br/artigos/328796492/tutelas-jurisdicionais-diferenciadas> acesso em:

é quando acontece algum refreamento na amplitude desta cognição como pode ser observado nas figuras a seguir.²⁵



O plano vertical, tendo como premissa a profundidade do conhecimento da causa, apresenta modalidades diversas podendo ocorrer este conhecimento de forma exauriente, sumária ou superficial de acordo com o que demonstra a figura 2 acima.

A cognição exauriente pressupõe juízo decisório baseado em uma certeza jurídica. Isto porque o juiz utilizando-se de todos os elementos da causa, realizou juízo de verossimilhança para formar seu convencimento. Esta modalidade permite a formação da coisa julgada roupando a decisão de imutabilidade e indiscutibilidade de seu conteúdo.²⁶

Já a cognição sumária não possui o elemento da verossimilhança, sendo este substituído pelo juízo de probabilidade que apresenta fortes indícios quanto a existência de um direito. A cognição sumária possibilita a superação por vezes do fator tempo dentro do decorrer processual, otimizando institutos como a celeridade e economia.²⁷

A terceira vertente, ou seja, a cognição superficial está baseada em um juízo de possibilidade de um direito. Esta é a afirmação cognitiva mais rasa que se pode observar no processo. Esta é típica das decisões liminares em processo cautelar.

Ressalta-se que uma decisão pode ser proveniente de diversas modalidades de cognição, desta forma, pode-se observar uma cognição limitada e exauriente, plena e exauriente²⁸, parcial exauriente²⁹, plena e sumária, dentre

²⁵ Watanabe, Da cognição no processo civil, p. 83-91; Marinoni, Tutela cautelar e tutela antecipatória, p. 21-27.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 24ªed. Vol.I. Atlas. 2013. p.314

²⁷ Idem.

²⁸ Esta combinação entre as modalidades de cognição pode ser observada nos procedimentos comuns do processo de conhecimento ainda que sumário. Este é o caso dos Juizados Especiais tendo em vista que apenas sintetizam o curso procedimental mas mantêm a cognição de forma total estando esta apta a formar coisa julgada material.

²⁹ Aqui pode-se observar uma certa restrição somente quanto à discussão entre as partes, no entanto a profundidade do objeto a ser analisada pelo juiz na decisão permanece com ampla profundidade. É o caso por exemplo de ação de busca e apreensão em alienação fiduciária onde

outras combinações possíveis entre o plano horizontal e vertical de conhecimento da causa.

As modalidades de tutela sumária terão como parte afim a escusa da cognição exauriente visando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Modalidades diferenciadas ainda que causem uma certa modificação do que tange a cognição do processo, ou até mesmo a canalização para uma decisão participativa pode trazer resultados mais próximos ao direito substancial.

Há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de “segunda classe” são melhores até qualitativamente do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente: aí, a justiça conciliatória, ou – conforme se lhe poderia chamar – a “justiça reparadora” tem a possibilidade de preservar a relação tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela. Tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes.³⁰

A percepção do conflito deve ser ajustada de acordo com o contexto em que está inserido. Meios alternativos que almejem a pacificação social e sobretudo a garantia de efetivação dos direitos à parte, vinculam o direito ao plano fático substancial.

4. Meios alternativos de solução de conflitos

A desprocessualização de litígios apresenta uma retomada histórica da ideia de participação das partes na solução das próprias controvérsias, tirando o foco do vínculo estatal. No entanto, este permanece disponível para a prestação da tutela jurisdicional quando primordial.³¹

Estes meios apresentam estratégias particularizadas de solução do conflito e retomada da paz social de forma que se mostram como alternativas à solução judicial. Estas novas possibilidades estão inseridas na terceira onda renovatória da justiça que acaba por ressaltar mecanismos diferenciados para o tratamento da lide. Isto posto, é importante ressaltar que não se trata de métodos auto excludentes ou que tenham como objetivo uma desjudicialização absoluta suprimindo competências conferidas pela ordem social ao judiciário, outrora, se

só poderá ser argumentado o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, ano 19, n. 74, p. 82-97, p. 90, 1994.

³¹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 168.

posicionam como complementares na promoção da justiça e atendimento às demandas sociais.

“Caso se revele ser a solução judicial mais adequada, ela haverá de ser adotada, não se justificando a realização de um acordo apenas por questões estruturais de dificuldade na prestação jurisdicional.”³²

No entanto, nem todo tipo de conflito vai se justapor à prestação jurisdicional padronizada tradicional. Como dito até então, é necessário uma certa flexibilização das abordagens procedimentais observando segundo Fernanda Tartuce, elementos como “a intervenção entre as partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades inerentes a cada mecanismo”³³

É habitual se referir a meios alternativos de solução de conflitos como uma modalidade criada única e exclusivamente para “desafogar” o judiciário. Por vezes observa-se estas tutelas com o intuito de solucionar uma crise sem precedentes no intuito de abrangência da demanda sem que se avalie o caráter determinante para a adoção destes meios.

Fredie Didier Jr. Nomeia as vias alternativas como equivalentes jurisdicionais, ou seja, são formas de solução dos conflitos que não envolvem a jurisdição propriamente dita, mas são chamados de equivalentes por tutelarem direitos diante de situações jurídicas.³⁴

Há diversas expressões usadas na teoria e na prática para designar as técnicas diferenciadas de tratamento do conflito como alternativas à solução judicial. Fala-se em *alternative dispute resolution* (ADRs), resolução alternativa de disputas (RAD) e em meios alternativos de resolução de conflitos (MASCs)³⁵

Na lógica de julgamento inerente à via contenciosa as partes atuam em contraposição, disputando posições de vantagens; a análise dos fatos foca o passado e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo. Diversamente, na lógica consensual (coexistencial/conciliatória) o clima é colaborativo: as partes dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser avaliada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados

³² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 176.

³³ Idem.

³⁴ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I – Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. 1., 11ªed., Podivm.

³⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 167.

produtivos. Justamente por isso tem-se a caracterização de um método autocompositivo em detrimento do heterocompositivo.³⁶

Os métodos chamados autocompositivos e por consequência especificamente a mediação, possuem como um dos pontos principais a flexibilização dos conceitos de certo ou errado. Isto acontece pois estes métodos tem por escopo fundamental focar no futuro das relações sociais e na forma de reestabelecer o status quo antes da ruptura causada pelo conflito.

Pode-se observar os efeitos e contrapontos à prestação jurisdicional comum por meio da Tabela1 abaixo que relaciona os elementos da prestação jurisdicional comum e os meios alternativos.

Tabela1 – Contraposição das tutelas

Prestação Jurisdicional Comum	Meios alternativos de resolução de conflitos
Procedimentalidade rígida	Flexibilidade conduzida pelas partes desde que resguardados os princípios básicos
Morosidade	Celeridade e eficiência
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos	Procedimento informal com confidencialidade
O Estado intervém na prestação da tutela jurisdicional de modo a garantir o direito material subjetivo	As partes ocupam o centro do processo protagonizando a elaboração da decisão
Processo decisório a cargo do Estado-Juiz – Unidimensionalidade	Processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas – Multidimensionalidade
Lógica Adversarial	Lógica Consensual

³⁶ TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. p. 4 disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf> acesso em:

Resolução por terceiro com base na legislação	Inexistência de solução pré-definida
---	--------------------------------------

Em contrapartida com o modelo diferenciado, há de se observar ainda que o controle dos eventuais excessos de uma parte contra a outra é somado pelo formalismo como fator igualitário dos contendores entre si, tanto no plano normativo, impondo uma distribuição melhor equilibrada entre os poderes das partes, tanto no plano de fato, impondo a paridade de recursos, e garantindo o exercício bilateral dos direitos, formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa.

Diante as vantagens apresentadas pela adoção dos meios alternativos, observa-se que na prática jurídica não há uma estima proporcionar pelos operadores do direito. Tem-se por principal avanço a própria formação jurídica. Isto acontece, pois, a formação acadêmica do direito baseia-se no litígio e no encaminhamento direto à via contenciosa.³⁷

Fernanda Tartuce, ao citar este mesmo autor menciona que “toda ênfase é dada à solução de conflitos por meio de processo judicial em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade do caso concreto.”³⁸

Felizmente esta é uma realidade que está sendo modificada. De acordo com informações do CNJ, a partir de 2019, passa a ser obrigatória disciplina que verse sobre conciliação, mediação e arbitragem nas grades curriculares das universidades de todo o país seguindo o cumprimento de portaria do MEC. Irá contribuir significativamente para a mudança cultural na formação dos advogados.³⁹

Tendo em vista a chamada “cultura da sentença” e por vezes a própria falta de interesse e desconhecimento do profissional do direito, o poder judiciário apresenta-se como única alternativa para a solução de demandas e alcance da tão almejada pacificação social.

Considerações Finais

Buscou-se demonstrar a importância da flexibilização dos procedimentos tradicionais de prestação da jurisdicional tendo em vista as peculiaridades de

³⁷ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In Mediação gerenciamento do processo. SP, Atlas, 2007, p.6.

³⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

³⁹ HERCULANO, Lenir Camimura. Conciliação será matéria obrigatória nos cursos de direito. CNJ. Publicada em 19 fev. de 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88448-conciliacao-sera-materia-obrigatoria-nos-cursos-de-direito>

cada conflito como meio precípua de buscar a concretização dos direitos concedidos.

Nesse sentido, diante da crise na qual se encontra o poder judiciário, busca-se meios que possam conferir uma real prestação de justiça às partes sem que haja qualquer sensação de arbitrariedade ou ilegalidade.

Como demonstrado, no intuito de aproximação do processo ao direito substancial, percebe-se a necessidade de relativização de alguns elementos como é o caso da cognição e do aperfeiçoamento da celeridade. Desta forma, a decisão efetivamente justa deve manter o equilíbrio entre a segurança jurídica e o decurso do tempo.

Ademais os métodos alternativos de solução de conflitos se mostram eficazes no que tange a garantia de pacificação social na tomada das decisões pela autocomposição. A participação efetiva das partes no litígio protagoniza a própria retomada do tecido social.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva. 1984

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 24ªed. Vol.I. Atlas. 2013. p.314

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

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de Conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Doutrina internacional. Traduzido por J. C. Barbosa Moreira. 1992. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%2C%20Os%20metodos%20alternativos.pdf

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, ano 19, n. 74, p. 82-97, p. 90, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1971.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3aed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil I – Teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1., 11ªed., Podivm.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: _____. Fundamentos do processo civil moderno. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 813.

GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e a efetividade do processo. Revista dos Tribunais, São Paulo. V. 782, p. 48-67. dez 2000. p. 62

JÚDICE, Mônica, Pimenta. A jurisdição brasileira no Estado Democrático de Direito e pluralismo participativo. Processualistas. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/373370001/a-jurisdicao-brasileira-no-estado-democratico-de-direito-e-o-pluralismo-participativo>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luís Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4ªed. São Paulo. Malheiros. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf> acesso em:

MIRANDA, Ivan Adolfo Geronimo. Tutelas jurisdicionais diferenciadas. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <https://ivanmiranda923171.jusbrasil.com.br/artigos/328796492/tutelas-jurisdicionais-diferenciadas> acesso em:

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 11

PROTO PISANI, Andrea. Tutela Giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. Il Foro Italiano. Vol.96, No. 9 pp. 205-250. Settembre 1973

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. p. 4 disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf> acesso em:

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

WATANABE, kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no brasil. In Mediação gerenciamente do processo. SP, Atlas, 2007, p.6.

WATANABE, Da cognição no processo civil, p. 83-91; Marinoni, Tutela cautelar e tutela antecipatória, p. 21-27.