



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
Curso de Direito
Núcleo de Pesquisa e Monografia

MÁRCIA TEREZINHA GOMES AMARAL

O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO

BRASÍLIA

2008



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
Curso de Direito
Núcleo de Pesquisa e Monografia

MÁRCIA TEREZINHA GOMES AMARAL

O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO

Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

BRASÍLIA

2008

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto demonstrar de que forma a mediação pode contribuir para um acesso efetivo à Justiça. O direito de acesso à Justiça é um direito social básico, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. Com o Estado Social, o direito de acesso à Justiça passou a ser concebido como um direito material, enquanto no Estado Liberal havia apenas uma garantia formal. Nas sociedades contemporâneas, os conflitos aumentaram não somente em quantidade, mas em complexidade, sendo diversos os obstáculos enfrentados pelo Judiciário, dificultando ou impedindo o acesso à Justiça. Várias soluções para esses problemas foram buscadas, dentre as quais os meios alternativos de resolução de disputas, que apresentam as seguintes vantagens: custos baixos, celeridade, informalidade. Enfim, a mediação, é um novo paradigma de resolução de controvérsias, na qual um terceiro imparcial e independente procura, por meio da organização do diálogo entre as pessoas, ajudá-las a restabelecer a relação social, a prevenir e a solucionar os litígios.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Meios alternativos de resolução de conflitos. Mediação

RÉSUMÉ

Ce travail a pour objet montrer de quelle façon la médiation peut contribuer pour un accès effectif à la Justice. Le droit d'accès à la Justice est un droit social fondamental (art.5^o, inc. XXXV, de la Constitution). L'État Providence a passé a concevoir le droit d'accès à la Justice comme un droit matériel, différemment de l'État Liberal, où il y avait seulement un droit formel. Dans les sociétés contemporaines, les conflits ont augmenté en nombre et en complexité. Le Judiciaire a beaucoup de difficultés, qui empêchent l'accès à la Justice. Plusieurs solutions ont été cherchées, parmi lesquelles les modes amiables de règlement des conflits, qui ont plus d'avantages: moins cher, plus rapide et informel. Enfin, la médiation est un nouveau paradigme de règlement des conflits, dans laquelle un tiers impartial et indépendant tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes de les aider à rétablir le lien social, à prévenir et à régler les litiges.

Mots-clé: Accès à la justice. Modes amiables de règlement des conflits. Médiation

Dedico este trabalho ao meu marido, Juvenal, e aos meus filhos: Isabelle, André, Marianne, pelo incentivo que sempre me deram e, principalmente, à minha filha Caroline, pela inestimável contribuição na realização de pesquisas e na formatação deste trabalho.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Dr. Carlos Bastide Horbach pela sempre oportuna e adequada orientação que propiciou a realização deste trabalho. Agradeço, ainda, aos servidores do TJDFT pela grande ajuda no fornecimento de informações, material bibliográfico e dados estatísticos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO	12
1.1 O Papel do Judiciário no Estado Liberal	12
1.2 O Papel do Judiciário no Estado Social	17
1.3 A evolução do Judiciário no Brasil	25
1.4 A Crise do Estado e a Crise do Judiciário	38
1.5 O Direito de Acesso à Justiça	48
2 OS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	57
2.1 Aspectos Gerais	57
2.2 A Conciliação	67
2.3 A Arbitragem	73
3 A MEDIAÇÃO	82
3.1 Conceituação	82
3.2 Características	87
3.3 Espécies	89
3.4 A figura do mediador	91
3.5 O processo de mediação e o processo judicial. Vantagens e desvantagens	97
3.6 A mediação na experiência estrangeira	103
3.6.1 <i>a mediação na Argentina</i>	103
3.6.2 <i>a mediação nos Estados Unidos da América</i>	108
3.6.3 <i>a mediação na França</i>	113
3.7 A mediação no Brasil	119
3.7.1 <i>o Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998.</i>	119
3.7.2 <i>a experiência da mediação no Brasil</i>	125
3.8 Experiência da Mediação no TJDF	129

3.8.1 Programa <i>Justiça Comunitária</i>	134
3.8.2 Programa de Estímulo à <i>Mediação</i>	136
3.8.3 <i>Pesquisas de Opinião realizadas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios</i>	137
CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

O tema é relevante na atualidade em razão de um movimento universal pelo acesso efetivo à Justiça, partindo-se da premissa de que os sistemas jurídicos adotados nas sociedades ocidentais não funcionam de forma adequada, pois os conflitos aumentaram de forma geométrica, não somente em quantidade, mas também em complexidade. O processo jurídico-tradicional tem-se mostrado incapaz de resolver os conflitos existentes nas sociedades e os Tribunais encontram-se abarrotados de processos, impossibilitando o acesso à Justiça de forma efetiva pelos cidadãos.

O direito de acesso à Justiça é um direito social básico, garantido pelo artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. No Estado do Bem-Estar Social, Estado Providência, ou *Welfare State*, o direito de acesso à Justiça passou a ser concebido como um direito material, enquanto no Estado Liberal burguês existia apenas uma garantia formal, pois não havia condições para o exercício efetivo de postulação em juízo, principalmente para as pessoas sem recursos financeiros.

Esta dissertação tem como objetivo abordar os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que se inserem nesse movimento universal de acesso à Justiça, destacando-se a mediação como novo paradigma, no sentido de que o resultado da mediação é o “ganha-ganha”, pois ambas as partes saem ganhando, diferentemente do processo tradicional no qual vigora o “ganha-perde”, uma vez que uma parte vai sair vencedora e a outra vencida. Assim, pois, o cerne do presente estudo é demonstrar de que forma a mediação pode contribuir para um efetivo acesso à Justiça.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo trata do processo de transformação do Estado e seus reflexos no Judiciário, possibilitando a compreensão plena do direito de acesso à Justiça. O marco temporal é o século XVIII, com o surgimento do Estado Liberal burguês, que evoluiu para o modelo do Estado Social, no século XX, e a nova feição que vem assumindo no Estado Contemporâneo.

Essas mudanças influenciaram de forma direta o Poder Judiciário. No Estado Liberal burguês, cuja característica era o liberalismo político e econômico, a função do Judiciário era de neutralidade, sendo a política exclusiva do Legislativo e do Executivo. Com

o surgimento do Estado Social, marcado pelo intervencionismo estatal nas relações econômicas e sociais, houve uma evolução do papel do Judiciário, o qual foi bastante alargado em razão da interferência na área dos outros poderes estatais, principalmente ao assumir a definição de políticas públicas. Esse fenômeno, denominado “politização da justiça” ou “justicialização da política” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 213), ocorreu em vários países democráticos, inclusive no Brasil, embora tenha se manifestado com diferentes graus de intensidade.

Será estudada a evolução do Poder Judiciário no Brasil, fazendo-se uma análise histórica, orgânica e institucional, a partir do século XVIII até os dias de hoje, descrevendo as mudanças ocorridas em nosso Direito, por meio da promulgação das diversas Cartas Constitucionais e suas principais alterações, bem como a legislação infraconstitucional, no que se refere ao tema.

Atualmente, vivencia-se nas sociedades ocidentais a crise do paradigma do Estado Social, que não tem mais condições financeiras de arcar com as despesas excessivas decorrentes da intervenção estatal nas áreas sociais e econômicas. Por essa razão, houve uma retração da função do Estado, devolvendo-se muitas atividades antes prestadas pelo Estado às entidades privadas, cujo movimento é denominado o “retorno do pêndulo.” (TÁCITO, 2000, p. 721).

Essa crise do Estado tem provocado a crise do Judiciário, sendo comum em todo o mundo ocidental. No Brasil, a tão falada crise é responsável por certo descrédito desse Poder perante a comunidade. Como se verá ela decorre de vários fatores, tais como o aumento do número e da complexidade dos processos, a morosidade da prestação jurisdicional, as custas judiciais excessivas, a sobrecarga de processos nos Tribunais e, principalmente, as dificuldades de acesso à Justiça. Serão apontadas várias soluções, sendo que algumas já foram adotadas, visando tornar o Judiciário brasileiro mais eficiente, célere, menos formal, enfim, mais próximo do cidadão e da sociedade.

Será analisada a questão do acesso à Justiça, sob o enfoque de Cappelletti e Garth¹, utilizados como marco teórico para o presente trabalho. Esses autores denominaram as

¹ São professores da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, que participaram do projeto Florença de acesso à justiça, em 1978, subsidiado pela fundação Ford.

soluções para o problema de acesso à Justiça de ondas renovatórias do Direito. A primeira onda renovatória concerne à assistência judiciária aos pobres. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos. A terceira, diz respeito a um novo enfoque de acesso à justiça, inserindo-se os métodos alternativos de resolução de conflitos. Esses movimentos provocaram a realização de reformas estruturais no Judiciário, bem como no sistema processual dos países ocidentais, inclusive no Brasil, visando tornar a Justiça mais acessível e mais adequada à sociedade contemporânea.

No capítulo segundo, serão examinados os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como métodos que podem complementar o processo jurídico tradicional. Serão estudados os seus aspectos gerais; abordando as várias formas de resolução de conflitos, como a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição; a definição dos mecanismos alternativos, onde e quando surgiram. Por fim, serão estudados os institutos da conciliação e da arbitragem.

No capítulo terceiro, será analisada a mediação, sua conceituação, características e espécies; a figura do mediador, o processo de mediação, suas vantagens e desvantagens em relação ao processo judicial. De acordo com o Projeto de Lei 4.827-C, de 1998, a mediação é definida como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.”

A mediação apresenta muitas vantagens em relação ao processo judicial tradicional, em razão de sua informalidade, celeridade e baixos custos, tornando a Justiça mais acessível, sobretudo às camadas mais pobres da população. É indicada, principalmente, para solucionar as questões em que as partes têm relações contínuas, como é o caso dos conflitos familiares. Em síntese, a mediação, além de ser um método de resolução de conflito, atua preventivamente, pois é uma forma de transformação dos relacionamentos pessoais, visando sempre educar os cidadãos para solucionar seus próprios litígios, em prol da pacificação social.

Será analisado o instituto da mediação no Direito Comparado, com a finalidade de extrair subsídios para sua implantação no Brasil. Foram escolhidos os Estados

Unidos, em razão do avanço alcançado no assunto; a Argentina, pelo fato do Projeto de Lei que institui a mediação no Brasil ter muitas semelhanças com o sistema adotado nesse país desde 1995; e a França, para se ter uma idéia do funcionamento do instituto da mediação em um país europeu, cujo direito pertence, assim como o brasileiro, à família romano-germânica.

Examinar-se-á, ainda, a experiência da mediação no Brasil, apresentando um quadro geral do desenvolvimento do instituto em vários Estados-membros, em suas modalidades comunitária e paraprocessual. Por fim, serão analisados a experiência e os resultados alcançados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com o Programa Justiça Comunitária e o Programa de Estímulo à Mediação.

1 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E SEUS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO

1.1 O Papel do Judiciário no Estado Liberal

É inegável que o modo de ser do Estado tem grande interferência no Judiciário, o qual tem por missão administrar a Justiça, uma das funções estatais, ao lado da executiva e legislativa. Destarte, serão analisadas as transformações pelas quais passou o Estado, a partir do final do século XVIII, até o início do século XXI, bem como as repercussões dessa evolução no Judiciário.

Em síntese, o Estado Moderno, tal como se conhece, surgiu no século XVI, após a queda do feudalismo, com a unificação das nações em torno de um monarca absoluto. O Estado absolutista teve fim com a Revolução francesa de 1789. Houve uma evolução para o Estado Liberal burguês, que vigorou em fins do século XVIII e século XIX. Em seguida, no século XX, ocorreu a transformação para o Estado Social. Atualmente, fala-se em Estado Neoliberal², cujos contornos ainda não se encontram bem delineados, mas é possível perceber que uma das principais mudanças consiste na redução do tamanho do Estado contemporâneo.

O Estado Liberal pode ser traduzido em um esforço para restringir ao máximo o poder político, desenvolvendo-se em duas vertentes: a limitação do próprio Estado e a limitação da atividade governamental em relação à vida econômica e social. Deve ser salientada a influência do individualismo filosófico, vigente no Iluminismo, bem como do liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith. O Estado no domínio econômico e social era concebido de forma negativa, segundo a máxima traduzida na expressão “laissez-faire, laissez-passer.” Destarte, a função do Estado seria garantir a “livre competição das forças econômicas, baseadas na apropriação privada dos bens de produção, mediante a garantia da ordem interna e da segurança externa, e uma adequada administração da justiça para proteger os direitos de cada indivíduo.” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 29).

² O neoliberalismo não se confunde simplesmente com o liberalismo clássico do séc. XIX. Surgiu o termo após a 2ª Guerra Mundial, na Europa e nos Estados Unidos, como reação ao intervencionismo do Estado do Bem-Estar Social. Teve como base teórica o livro “O Caminho da Servidão”, escrito em 1944 por Friedrich Von Hayek, que consiste numa crítica a qualquer restrição aos mecanismos de mercado por parte do Estado, sob o argumento de ameaça às liberdades individuais, políticas e econômicas.

No Estado Liberal, a Constituição possui duas preocupações fundamentais: a organização do Estado, dispondo sobre a estrutura e funcionamento de seus órgãos, e o indivíduo considerado de forma isolada. Por sua vez, o Direito serve para garantir a auto-regulação dos membros da sociedade, sendo dada grande importância ao contrato para regular os negócios entre os indivíduos. O processo visa exclusivamente a resolução de litígios, dando-se grande relevância ao princípio dispositivo, possibilitando a derrogação de algumas regras processuais pelas partes. Por fim, a postura do magistrado prima pela neutralidade e pela inércia. (LOPES FILHO, 2006).

Segundo Lopes Filho (2006, p. 368), o Estado Liberal tem “feição reativa”, apresentando as seguintes características: o ente estatal apenas tem funções indispensáveis para a permanência das condições sociais exigidas pelo mercado para operar de forma regular. A limitação da atividade estatal é feita com rigor, a liberdade individual e sua autodeterminação são consideradas dogmas e a fé na auto-regulação do mercado é inexorável.

Em qualquer ordem jurídica, é extremamente relevante a sobreposição que existe entre os elementos: Estado, Constituição e processo, concebido este como instrumento para a realização das funções estatais, tanto a administrativa e a legislativa como a judiciária. Pode-se dizer que a maneira pela qual a Constituição de um determinado país disciplina a posição do Estado em relação à sociedade influencia na forma de se administrar a justiça. Portanto, a escolha entre um Estado Liberal absenteísta (reativo) ou um Estado Social intervencionista (ativo)³, decorre “uma maior ou menor responsabilidade do Judiciário na atuação de determinadas finalidades públicas.” (LOPES FILHO, 2006, p. 364).

Destarte, o Estado de Direito Liberal, de natureza racionalista-abstrata, surgiu das idéias de Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant, além da contribuição dos anglosaxões Bolingbroke e Blackstone, tendo sido, em seguida às Revoluções americana e francesa, institucionalizado ao longo do século XIX. Embora tenha havido algumas variantes de Estado Liberal, há um denominador comum que é o princípio da separação de poderes, que é chamado a garantir o primado da lei. Esse Estado sustenta-se em três pilares ou “pontos de referência” do princípio da separação de poderes, segundo Piçarra (1989, p. 152) quais sejam:

³ Juraci Mourão Lopes Filho distingue Estado reativo de Estado ativo, relativamente aos fins buscados pelo Estado. Estado reativo ocorre quando “o Estado mantém o equilíbrio social e fornece uma moldura de auto-organização da sociedade e autodeterminação dos indivíduos.” O Estado ativo, diferentemente, “organiza a vida dos cidadãos e guia a sociedade [...] em busca de fins sociais previamente estabelecidos.”

o conceito moderno-iluminista de lei, os direitos fundamentais de liberdade e a separação do Estado-sociedade.

Para a teoria clássica da separação de poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exerciam funções distintas e independentes. Montesquieu (1956, p.165, tradução nossa) assim definiu o papel dos juízes:

Os juízes da nação não são, como nós dissemos, que a boca que pronuncia as palavras da lei; os seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei. [...] O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas tiradas do corpo do povo, durante certos períodos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que dure somente o tempo necessário [...] o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão, se torna, assim, invisível e nulo.

Segundo Eisenmann (1985, p. 11, tradução nossa), todavia, “os órgãos estatais não são de forma alguma separados funcionalmente no sistema de Montesquieu [...] não é menos exato, enfim, que Montesquieu tenha querido a separação material de todos os órgãos estatais.” Conforme seu entendimento, Montesquieu somente se preocupou com as funções legislativa e executiva, a serem exercidas pelo Parlamento e pelo Governo, não tendo questionado que os tribunais se ocupassem unicamente da função jurisdicional, porquanto não somente estavam subordinados, mas se reduziam a uma aplicação quase-mecânica da lei, sem qualquer parcela de julgamento pessoal nem de liberdade ou discricionariedade por parte dos magistrados.

Analisando a questão da separação de poderes, Dallari (2002) afirma que a Inglaterra nunca teve um Judiciário como Poder independente na organização do Estado, por motivos históricos. Na França, embora a Constituição de 1791 tenha estabelecido a tripartição dos poderes do Estado, houve limites excessivos à atuação do Judiciário. No entanto, bem diversa é a situação dos Estados Unidos, cuja Constituição de 1787 equiparou o Judiciário aos demais Poderes.

De acordo com o senso jurídico comum, o Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos: tem a missão de aplicar a lei aos casos particulares, assegurando a inviolabilidade dos direitos individuais. O Judiciário distingue-se do Executivo por aplicar contenciosamente a lei, agindo somente se houver litígio, pronunciando-se sobre casos

individualizados (concretos) e para atuar tem de ser provocado. De outra parte, diferentemente do Legislativo, que tem como atividade precípua a criação de normas jurídicas, o Judiciário decide com fundamento na lei e na Constituição, sendo suas decisões “programadas e não programantes.” (FERRAZ JUNIOR, 1995, p. 40).

Biscaretti di Ruffia (1982, p. 504, tradução nossa) apresenta a seguinte distinção das funções legislativa, executiva e judiciária:

Enquanto a função legislativa predispõe uma tutela geral e abstrata para todos os variados interesses subsistentes na comunidade estatal, e a executiva serve ao Estado para perseguir os próprios interesses específicos no âmbito das leis vigentes, a jurisdicional, se apresenta como uma atividade dirigida à tutela concreta e individualizada de interesses alheios insatisfeitos, mediante a comprovação definitiva (com a chamada eficácia de coisa julgada: ainda que seja limitadamente às partes em causa) e a conseqüente atuação da norma jurídica no caso concreto.

A teoria clássica de separação dos poderes, construída com o objetivo de demolir a concepção da unidade hierárquica (rei) do sistema político, propiciaria uma crescente separação entre política e direito, regulando a influência política, aceitável no Legislativo e no Executivo e muito neutralizada no Judiciário. Essa neutralização, característica do Estado Liberal burguês, determina a importância da imparcialidade do juiz e “o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções.” (FERRAZ JUNIOR, 1995, p. 41).

Durante o século XIX, a Corte Suprema americana estabeleceu o controle de constitucionalidade como uma característica básica do sistema governamental norte-americano. Nos Estados Unidos, segundo Vallinder (1995) os pais fundadores de 1787 eram céticos em relação à regra da maioria estrita, resultando no grande destaque do papel dos tribunais e do controle de constitucionalidade, o qual surgiu em 1803, com o famoso caso *Marbury v. Madison* (juiz Marshall).

Segundo Ackerman (2006, p. 99) “o ano de 1837 marcou o apogeu das atividades revisionais da Corte.” Aludindo ao juiz Marshall, afirma que este não aceitava a alegação de que a Suprema Corte americana, quando exerce o controle de constitucionalidade, seja “contramajoritária.” Ressalta que, para Marshall, a Constituição “tem um *status* superior como lei maior em virtude da sua promulgação efetivada pelo povo. Até que um movimento

constitucional possa emendar a lei suprema, a tarefa da Corte é preservar os julgamentos do povo contra a erosão do processo de criação da lei.”

Nessa linha de entendimento, Appio (2005, p. 31) sustenta que a “interpretação contramajoritária dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos” não violaria a democracia, mas ao contrário, ela seria reforçada, pois seria garantida a estabilidade de princípios constitucionais, diante da vontade de um Legislativo que só formalmente representa o povo.

Sem dúvida alguma, o ponto mais frágil da doutrina clássica da separação de poderes refere-se ao controle da constitucionalidade da lei. Segundo Ferreira Filho (2003, p. 193) na hipótese, “o ato por excelência do Legislativo – para o qual contribui, ordinariamente, o Executivo pela sanção – é recusado pelo Judiciário”, que termina por prevalecer sobre os demais Poderes. Ressalta o autor que de acordo com a doutrina do supracitado juiz Marshall, sendo o Judiciário o guardião da lei, assim como da Constituição, deve o juiz ao decidir um litígio determinar qual lei é aplicável e havendo conflito prevalece a Lei Maior. Dessa forma, o juiz não invalida a lei, apenas não a aplica ao caso concreto, tendo a decisão efeito *inter partes*.

Para os antigos doutrinadores, contudo, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos, por isso um não pode invadir a esfera do outro. No entanto, cabe ao Judiciário dizer o direito (*jurisdictio*). Por isso, muitas vezes aprecia atos de outro Poder, não o fazendo para controlá-los, mas somente para garantir o primado da lei. Além disso, não pode ser subtraída da apreciação do Judiciário nenhuma lesão a direito individual, segundo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. De forma alguma, o Judiciário pode apreciar o mérito dos atos dos outros Poderes, não devendo examinar a conveniência e oportunidade dos atos do Legislativo ou do Executivo, é o que defende a denominada “doutrina do ato político” ou “ato de governo.” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 193).

Em síntese, o Estado Liberal burguês, caracterizado pela economia capitalista e pela política liberal-clássica, acarretou um agravamento das desigualdades sociais, gerando o recrudescimento dos conflitos nas sociedades. Com a conscientização da classe proletária, o surgimento dos movimentos sociais e ideológicos, tal como o Manifesto

Comunista de 1848, bem como dos partidos comunistas e socialistas, principalmente a fundação do Partido Social Democrata, em 1875, na Alemanha, houve a consolidação de situações aptas a ensejar a transformação do modelo de Estado e, conseqüentemente, da função exercida pelo Judiciário.

1.2 O Papel do Judiciário no Estado Social

Sem dúvida alguma, houve uma mudança radical da função do Estado na sociedade moderna. Sob o ponto de vista de Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 64), o Estado Social que surgiu no mundo ocidental após a Segunda Guerra “nasceu de um consenso político-constitucional sobre valores éticos mínimos.”

O surgimento do *Welfare State*, Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência, nas primeiras décadas do século XX, segundo Cappelletti (1999, p.56), é decorrente de um acontecimento histórico: “a revolução industrial, com todas as suas amplas e profundas conseqüências econômicas, sociais e culturais.” Com o intuito de fazer justiça social, foi mister a intervenção estatal tanto na esfera econômica como na social, o que é uma nota que distingue esse novo tipo de Estado.

O Estado do Bem-Estar Social expandiu-se por quase todos os países do Ocidente, representando uma “síntese do Estado liberal e do Estado socialista.” Sustenta-se sobre três pilares: o Estado de Direito, a democracia representativa e as denominadas “condições de garantia civil do Estado social.” Apresenta características do modelo de Estado “reativo” e do Estado “ativo” aproximando-se, sem dúvida, mais deste último tipo, devido aos novos valores coletivos. (LOPES FILHO, 2006, p. 387).

É inegável que as modificações efetuadas pelo Estado Social atingem diretamente o Judiciário, que está vinculado às metas impostas ao Estado pela Constituição. Assim, o magistrado não pode mais ser neutro ou passivo, devendo ser comprometido com os fins e os princípios almejados pelo Estado. Por fim, o processo tem como objetivo não apenas solucionar conflitos, mas atuar os escopos constitucionais. (LOPES FILHO, 2006).

Segundo Esping-Andersen (1991, p.101) poucas pessoas não concordariam com a afirmação de Marshall⁴ de que a cidadania social constitui a idéia básica de um *Welfare State*, acrescentando:

Mas o conceito precisa ser bem especificado. Antes de tudo, deve envolver a garantia de direitos sociais. Quando os direitos sociais adquirem o *status* legal e prático de direitos de propriedade, quando são invioláveis, e quando são assegurados com base na cidadania em vez de terem base no desempenho, implicam uma “desmercadorização” do *status* dos indivíduos vis-à-vis do mercado.

Enquanto no Estado Liberal burguês, do século XIX, a Constituição apenas regulava o poder do Estado e os direitos individuais, no Estado Social, que surgiu no século XX, houve normatização de uma área mais extensa: “o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.” A separação que havia entre o Estado e a sociedade, característica do individualismo da época liberal, foi substituída pela “absorção da Sociedade pelo Estado, isto é, a politização de toda a Sociedade, pondo termo àquele dualismo clássico [...]” (BONAVIDES, 2004, p.229).

Dessa forma, no mundo contemporâneo deu-se um movimento em direção a um estreitamento da ligação entre a sociedade e o Estado, que uniram seus esforços em prol do bem-estar da coletividade. No Estado Liberal havia uma dicotomia entre o Estado e a sociedade, pois se pensava que existiria uma ordem espontânea na sociedade e o Estado deveria ser contido pelo direito, com o objetivo de não interferir na liberdade individual. Com o surgimento do Estado Social, deu-se uma aproximação maior entre o Estado e sociedade, uma vez que o primeiro foi chamado a intervir nas relações econômicas e sociais, aproximando-as da Justiça material. (SILVA, A. 1997).

Segundo Bonavides (2004, p. 232), a “programaticidade dissolveu o conceito jurídico de Constituição”, elaborado a duras penas pelos constitucionalistas do Estado Liberal. Dessa forma, a Constituição de Weimar, de 1919, iniciou a etapa da programaticidade (postulados abstratos e teses doutrinárias), em razão de exigências sociais e econômicas, que resultaram em uma dimensão nova da sociedade.

⁴ Trata-se do Sociólogo inglês T. H. Marshall, que é autor de um texto básico sobre cidadania - *Citizenship and Social Class*, publicado em 1950.

Alguns doutrinadores, todavia, apontam a Constituição mexicana, de 1917, como marco que consagra os novos direitos fundamentais. Ferreira Filho (1999, p. 46), discordando desse entendimento, argumenta que a citada Constituição, além do fato de ter tido pouca repercussão imediata, inclusive na América Latina, trouxe como novidade “o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI).”

Vezió Crisafulli (1952, apud BONAVIDES, 2006, p. 248) conceitua normas programáticas como:

As normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto à mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.

De outra parte, no Estado do Bem-Estar Social não se pode olvidar a importância do princípio da igualdade. Esta deixou de ser igualdade jurídica do Estado Liberal para se converter na igualdade material. “O Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. [...] Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.” (BONAVIDES, 2006, p. 378).

O *Welfare State*, no início, caracterizou-se pela excessiva atividade legislativa, para mais tarde se transformar em Estado administrativo. De um lado, há o “gigantismo do Poder legislativo”, chamado a intervir ou a “interferir” em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo.” Por essa razão, o “terceiro poder” não pode ignorar as grandes transformações do mundo atual, sendo esse o novo desafio aos juizes. Para Cappelletti (1999, p. 46) a “justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.”

Em razão do gigantismo do Legislativo e do Executivo, os juízes devem escolher qual das alternativas em relação ao papel que devem exercer: continuar fiéis à doutrina tradicional, do século XIX, quanto aos limites da função jurisdicional: “protetoras” e “repressivas”, ou alcançar o nível dos demais poderes, tornando-se o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

Os direitos sociais não são apenas normativos, mas têm um sentido promocional prospectivo, exigindo-se sua implementação. Isto modifica a atuação do Judiciário, cuja neutralidade é afetada, passando a ser co-responsável no sentido de correção dos desvios na realização das finalidades buscadas por uma política legislativa. Conclui Ferraz Júnior (1995, p. 45):

Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante esses ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

Com o advento da sociedade tecnológica e do Estado Social no século XX, há exigência de uma “desneutralização”, uma vez que o juiz é chamado a exercer uma “função socioterapêutica”, liberando-se do condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade retrospectiva, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a realização das finalidades políticas. “A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.” (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 45).

A legislação com finalidade social é muito diversa da tradicional, pois o Estado é levado a extrapolar os marcos das tradicionais funções de “proteção” e “repressão”, passando a prescrever programas a serem desenvolvidos no futuro e promovendo gradativamente sua execução. Assim, os direitos sociais demandam, para serem executados, a intervenção ativa do Estado, normalmente prolongada no tempo, com a finalidade de “financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Nessa linha de entendimento, Souza Júnior (2002, p. 35) esclarece que “necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política.”

De outra parte, para Vianna et al (1999, p.21) o Estado social por definição se orienta pelo tempo presente e futuro, pois deve prever, decidir, regular, agindo concomitantemente com os processos econômicos e sociais, fazendo com que predomine sua indefinição e indeterminação. Em decorrência da indeterminação do direito, o Judiciário deve intervir na finalização da norma tornando-se “legislador implícito”, o que interfere em sua relação com os demais poderes.

É evidente, pois, o caráter criativo da atividade judiciária na interpretação e atuação da legislação e dos direitos sociais. Quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Daí a importância crescente do papel dos magistrados, em razão de que as leis e os direitos oriundos do Estado do Bem-Estar Social “são muito vagos, fluidos e programáticos”, sendo inevitável o ativismo e a criatividade do juiz ao interpretá-las (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 60).

Embora seja inegável a criatividade judiciária, nem por isso os juízes se tornam legisladores. Em sua função são chamados a interpretar as leis, sendo que no trabalho de esclarecer, integrar e plasmar, acabam por criar um novo direito. Segundo Cappelletti (1999, p 74), “do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são *law-making processes*.”

Existem, todavia, características essenciais que distinguem o processo jurisdicional dos de natureza política: a passividade processual, pois o juiz não pode iniciar o procedimento; deve ser imparcial, neutro e manter distanciamento em relação às partes, as quais devem ser tratadas de forma igual (mesma oportunidade para apresentar suas próprias razões). Essas são as “virtudes passivas” ou “limites processuais” de natureza formal ou procedimental-estrutural. (CAPPELLETTI, 1999, p.76).

Após a 2ª Guerra Mundial houve uma expansão global do Judiciário. Em muitos países democráticos deu-se a “judicialização da política.” Embora algumas causas variem de um país a outro, Vallinder (1995, p. 19) indica várias causas gerais: o aumento dos regimes totalitários na Europa (década de 1930) e a ameaça aos direitos dos cidadãos, sobretudo durante a guerra; a publicação pela República Federativa da Alemanha da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, incluindo uma extensiva carta de direitos, um tribunal constitucional e um controle de constitucionalidade; uma reconstrução econômica para o tempo de paz, planejado por líderes de diversos países, os partidos socialistas incluíram um extensivo sistema de seguridade social e algumas medidas de nacionalização, bem como os partidos trabalhistas (na Suécia e na Grã-Bretanha) pugnavam pela igualdade econômica e a liberdade política.

Outras causas foram apontadas por Vallinder (1995): a restauração de teorias dos direitos naturais ou teorias deontológicas, com a utilização dos trabalhos de Locke, Rousseau e Kant pelos filósofos modernos, como Rawls e Dworkin; os Estados Unidos emergiram como uma potência democrática, cujo sistema político deu grande prestígio ao Judiciário e ao controle de constitucionalidade; o controle de constitucionalidade realizado por um tribunal constitucional, já tradicional na Europa, cujas raízes mais importantes são encontradas na Áustria, sendo o projeto de constituição elaborado por Kelsen, o qual deu origem à Constituição de 1920; e os esforços de organizações internacionais que influenciaram o processo de judicialização em alguns países. Como exemplo, temos: a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal de 1948 e a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos.

A expansão global do Poder Judiciário significa a “infusão” da tomada de decisão judicial e dos procedimentos dos tribunais dentro das arenas políticas, lugar que não residia anteriormente. A judicialização da política deveria significar normalmente (1) a expansão do limite dos tribunais ou dos juízes ao custo dos políticos e dos administradores, isto é, a transferência dos direitos de tomada de decisão judicial do legislativo ou dos servidores civis para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a expansão dos métodos de tomada de decisão judicial fora do contexto propriamente judicial. Em resumo, conclui Vallinder (1995, p. 13, tradução nossa): “Em suma, nós podemos dizer que a judicialização implica essencialmente em transformar algo em um formulário do processo judicial.”

Existem diversas formas de judicialização das políticas. A principal delas é o controle de constitucionalidade dos atos do executivo e do legislativo, chamada por Vallinder (1995, p. 16) de judicialização “de fora.” De outra parte, há várias formas de judicialização “de dentro”, isto é, a introdução ou expansão do quadro judicial ou métodos de trabalho judiciais no setor administrativo, tendo como exemplo os tribunais administrativos da Grã-Bretanha.

Nos Estados Unidos, aplica-se perfeitamente a expressão “governo dos juízes”, pois, além do papel político destes estar implícito na organização dos Poderes, a influência política do Judiciário é imensa, falando-se, inclusive, numa “revolução constitucional” dos juízes (DALLARI, 2002, p. 93).

O Judiciário tem tido um papel de destaque nas últimas décadas do século XX, com a crescente importância dos tribunais administrativos e constitucionais da Europa, como resultado do crescimento do Estado moderno. Mesmo em países onde há separação rígida de poderes, tem havido alteração para o sistema de controles recíprocos. Segundo Cappelletti (1999, p.55) o “crescimento do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes.”

Loewenstein (1970, p. 67) já previra a atuação do Judiciário no Estado contemporâneo como um dos órgãos de controle. Sugerindo uma nova divisão tripartite: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*), ressalta que o controle de constitucionalidade americano (judicial review), mediante o qual os tribunais se opõem às decisões do congresso e do presidente, não pertence à teoria clássica de Montesquieu, mas à categoria de controle político.

No mundo contemporâneo, está superado o dogma da separação de poderes, o que se verifica é um sistema de freios e contrapesos mediante o qual o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exercem fiscalização um sobre o outro. Segundo Loewenstein (1970, p. 55, tradução nossa) a separação de poderes “é em realidade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.” Por isso, propõe a utilização da expressão “separação de funções” no lugar de “separação de poderes.”

Nessa linha de entendimento, Dinamarco (2005, p. 387) defende que a “jurisdição não é um poder, mas uma das expressões do poder estatal, que é uno.” Sendo a jurisdição a expressão desse poder, tem fins vinculados aos objetivos do próprio Estado. Aduz que “assim como o fim último do Estado Social contemporâneo é o bem-comum, é a justiça o escopo-síntese da jurisdição.” Na verdade, segundo o autor, a jurisdição não tem apenas uma finalidade, pois ela tem “escopos sociais (pacificação com justiça e educação); políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade estatal e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).”

A discussão sobre o limite do princípio da separação de poderes leva a uma apreciação da legitimidade das decisões judiciais, em países nos quais os juízes não são eleitos, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, uma vez que decorre da vontade de agentes políticos não eleitos pelo povo, mas escolhidos pelo critério do concurso público. Assim, através do controle da constitucionalidade das leis a vontade do legislador é limitada pelo Judiciário (APPIO, 2005).

Para Vianna et al (1999, p. 24) o Judiciário é visto por muitos juristas e filósofos da atualidade como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não se restringindo à simples função de declaração do direito, mas exercendo um papel de garantir a autonomia do indivíduo, além de funcionar em relação aos outros Poderes como “agência indutora de *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã.”

As democracias contemporâneas estão diante de uma intervenção cada vez mais forte da magistratura no processo político. A “judicialização da política” se manifesta com diferente intensidade nos países democráticos, mas não se pode considerá-la como um fenômeno transitório. A importância do judiciário decorre em parte da perda da capacidade das organizações políticas, como os partidos políticos e os sindicatos, em dar respostas às demandas políticas (GUARNIERI; PEDERZOLI, 1999, p. 163).

Essa intervenção judicial, em princípio, não está em contradição com as características da democracia constitucional, que é um regime político fundado em dois princípios: o democrático (soberania popular) e o liberal (defesa e garantia dos direitos de liberdade dos indivíduos). Dessa forma, “uma democracia com um poder judiciário forte é

uma democracia mais forte, que oferece maiores garantias e oportunidades a seus cidadãos.” (GUARNIERI; PEDERZOLI, 1999, p. 164).

Guarnieri e Pederzoli (1999, p. 169) todavia, advertem para os perigos que podem ocorrer em razão da expansão do poder dos juízes, pois há uma tendência a privilegiar interesses diversos daqueles que utilizam os tradicionais canais político-representativos, com conseqüências muitas vezes negativas. A tendência de suprimir a decisão política, à primeira vista a favor do direito, mas na verdade concedendo maior espaço aos grupos que dispõem de recursos para usá-los no âmbito judicial. Assim, a intervenção judicial “pode chegar a paralisar os processos de decisão, favorecendo com freqüência uma menor transparência e, sobretudo, erodindo radicalmente a responsabilidade política”, isto é, o princípio democrático de que sempre tem pessoas responsáveis pelas decisões que atingem a comunidade, as quais poderão ser substituídas mediante as eleições, o que não ocorre no Judiciário.

Em síntese, com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, os antigos Poderes passaram a exercer funções diversas. Houve um crescimento exacerbado do Executivo, devido à implantação de políticas públicas, o que acarretou uma alteração do papel exercido pelo Judiciário. Isso porque os direitos sociais, em razão de sua indefinição e indeterminação, além de serem prospectivos, têm como conseqüência o aumento da discricionariedade dos juízes. Daí, se dizer que ocorreu o fenômeno da “justicialização da política” ou “politização da Justiça.”

1.3 A evolução do Judiciário no Brasil

Desde a Constituição Imperial de 1824 foi adotado o princípio da divisão e harmonia dos poderes políticos (art. 9º), os quais eram divididos em: Poder Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 10). Na Carta de 1891 (art. 15) deu-se a separação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais foram considerados autônomos e independentes entre si. Segundo José Afonso Silva (1991, p. 70), rompeu-se com a “[...] divisão quadripartita vigente no Império, de inspiração de Benjamim Constant, para agasalhar a doutrina tripartita de Montesquieu [...].”

Destarte, o Poder político no Brasil, como em todos os Estados liberais, foi estruturado de acordo com o princípio da separação de poderes. A visão clássica da separação de poderes é uma versão “juridicista” da lição de Montesquieu. Ela erige três poderes em

torno da lei: o Legislativo faz a lei, o Executivo a executa e o Judiciário a aplica contenciosamente. A lei, expressão da vontade geral, é que rege o Estado de Direito (FERREIRA FILHO, 2003, p. 190).

Na visão de Lessa (1915, p.1), o Poder Judiciário “é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares [...]”. A seguir, aponta as principais características do Judiciário:

1º) as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2º) só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas ou preceitos jurídicos e ainda menos sobre princípios; 3º) não tem iniciativa, agindo quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de contestação para poder funcionar.

Em nosso País, o apogeu da doutrina clássica deu-se na Primeira República, cujo período vai de 1889 a 1930. A característica mais importante da Constituição Republicana foi a instituição da dualidade da Justiça Comum, criando a Justiça Federal para julgar as causas em que a União fosse parte. Além disso, os juízes federais teriam competência para apreciar as questões de natureza constitucional, podendo, inclusive, declarar a inconstitucionalidade da lei no caso concreto. Surgiu o controle difuso de constitucionalidade das leis, por influência dos Estados Unidos. O Supremo Tribunal Federal, composto de quinze membros, passou a ter função de uniformizar a jurisprudência em matéria relativa a direito constitucional e federal, através da emenda constitucional de 03 de setembro de 1926 (MARTINS FILHO, 1999).

Com a Revolução de 1930 e o fim da República Velha, surgiu a Justiça Eleitoral com o Código Eleitoral, promulgado pelo Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Em seguida, foi instalado o Tribunal Superior Eleitoral, fazendo parte da Justiça Eleitoral os Tribunais Regionais Eleitorais nos Estados e os juízes eleitorais, cuja estrutura foi referendada pela Constituição de 1934, como ramo especializado do Poder Judiciário, assim como a Justiça Militar. O Supremo Tribunal Federal teve reduzida sua composição para onze ministros pelo Decreto 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, passando a ser chamado Corte Suprema com a Constituição de 1934 (MARTINS FILHO, 1999).

A Carta de 1934 trouxe grandes alterações no sistema de controle de constitucionalidade: estabeleceu-se que a inconstitucionalidade de uma lei apenas poderia ser

declarada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Instituiu-se a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Judiciário, dando efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal. Criou-se a representação interventiva para fins de intervenção federal nos Estados (MARTINS FILHO, 1999). A ação direta interventiva foi o esboço de um controle direto de constitucionalidade, sendo possível a intervenção nos estados apenas se o Supremo entendesse que o ato estadual violava os princípios constitucionais da União (FERREIRA FILHO, 2003).

Por meio da Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, tomou-se consciência do intervencionismo econômico e social, bem como da relatividade da separação de poderes, tendo início uma nova concepção do Judiciário que vai culminar na Constituição de 1988. Apareceram pela primeira vez os direitos sociais. Foram instituídos: o mandado de segurança e a ação popular (FERREIRA FILHO, 2003).

Segundo Silva, A. (1997, p. 60), a inserção da ação popular entre os direitos e garantias fundamentais assinala o momento em que ocorre a participação dos cidadãos na defesa do interesse público, que não seria mais exclusivo do Estado, esclarecendo:

É um marco decisivo, um *tournant* na tradição do direito público nacional, pela janela que abre aos ventos da democracia participativa, ao permitir que os indivíduos tenham acesso aos tribunais para, agindo *pro populo*, postularem a invalidação de atos lesivos ao interesse público, com a responsabilização de seus autores.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, modificou de forma substancial as atividades do Judiciário, extinguindo a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral. Houve um retrocesso no que se refere ao controle de constitucionalidade, pois possibilitava ao Presidente da República submeter de novo ao Legislativo a lei declarada inconstitucional, a qual poderia ser considerada válida se aprovada por dois terços dos votos em cada uma das Casas. Além disso, as atividades do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de constitucionalidade poderiam ser desrespeitadas, caso o Chefe do Executivo entendesse que tal decisão contrariava o interesse nacional (MARTINS FILHO, 1999).

A Constituição de 1946 restabeleceu a Justiça Federal e criou o Tribunal Federal de Recursos, composto por nove membros, como instância revisional das decisões dos juízes federais. Foi regulamentado pela Lei nº 33, de 13 de maio de 1947 e instalado em

23 de junho de 1947. A Justiça Eleitoral também foi restabelecida, sendo responsável não apenas pelo julgamento das disputas eleitorais, mas como organizadora dos pleitos. A Justiça do Trabalho passou a integrar o Judiciário. A Emenda Constitucional nº 16/65 instituiu a ação direta de inconstitucionalidade contra a lei em tese, sendo adotado o controle concentrado para vigorar ao lado do controle difuso (MARTINS FILHO, 1999).

A composição do Supremo Tribunal Federal de 11 juízes foi mantida nas Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, sendo aumentada para 16 membros somente com o Ato Institucional nº 02/1965 e mantida na Carta de 1967. Em seguida, o Ato Institucional nº 6, de 1969, diminuiu para onze o número de ministros, o que permaneceu na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e na Carta de 1988.

A Constituição de 1967, como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, decorrente do regime implantado após a Revolução de 1964, conservaram a estrutura básica do Poder Judiciário. Todavia, o Ato Institucional nº 5, de 1968, possibilitou ao Chefe do Executivo a demissão, remoção, aposentadoria ou colocação em disponibilidade dos magistrados, tendo sido suspensas as garantias da magistratura. A Emenda nº 7/77 criou o Conselho Nacional da Magistratura, como órgão disciplinar, instituindo a ação avocatória, competindo ao Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, avocar qualquer causa em curso perante órgão jurisdicional (MARTINS FILHO, 1999).

Em nossas Cartas de 1934, 1946 e 1988 houve vontade política de registrar “o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. [...] A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social.” (BONAVIDES, 2006, p. 368). Segundo o autor, relativamente aos direitos sociais básicos, ela define princípios relevantes, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; fixa objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, etc.. Enfim, a nossa Constituição atual sistematiza no art. 6º os direitos sociais e no art. 7º os direitos específicos dos trabalhadores, inseridos no Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 deu grande realce ao papel do Judiciário, ampliando suas atribuições, o que é uma tendência das constituições modernas. Essa valorização é consequência do reconhecimento de que é inadequado o sistema clássico de separação de

poderes. Ao Judiciário foi concedida a função de guardião da Constituição, assegurado dos direitos e pacificador social, tendo ampliadas suas atribuições e suas responsabilidades, em razão do fracasso do desempenho dos demais Poderes. Destarte, é fundamental “que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça.” (DALLARI, 2002, p. 63).

Ocorreram duas mudanças importantes, com a Constituição Cidadã, que contribuíram de forma decisiva para a independência da magistratura nacional: a autonomia administrativa e financeira ao Judiciário com a participação direta dos tribunais no estabelecimento do orçamento (art. 99 da CF) e a atribuição aos tribunais do provimento dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, c, da CF).

Outra alteração significativa foi à transformação do Tribunal Federal de Recursos no Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de aliviar o Supremo Tribunal Federal para que este ficasse responsável pela guarda da Constituição. Foram desmembradas as questões constitucionais das questões legais, enquanto as primeiras permaneceram na competência do Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário) as segundas, passaram a ser apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça (recurso especial).

Foi ampliado o campo da ação popular, passando a proteger, além do patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, Constituição). Houve ainda a consagração da ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição).

No que diz respeito ao mandado de segurança, além de ser mantido o modelo clássico, foi adicionado o mandado de segurança coletivo (art. 5º. incisos LXIX e LXX, Constituição Federal), sendo legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; as organizações sindicais, as entidades de classe ou associações, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Na visão de Martins Filho (1999, p. 101) essas ações coletivas funcionam como “elemento simplificador e aglutinador de demandas.” O mandado de segurança coletivo

e a ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos fazem parte do fenômeno da “coletivização do processo”, possibilitando a extensão da decisão de uma ação judicial a todos os afetados pela mesma causa.

Foi instituído o mandado de injunção, visando tornar possível o exercício de direitos e liberdades constitucionais, inviabilizado por falta de norma regulamentadora (art. 5º, LXXI). Como o preceito é omissivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu inicialmente que a consequência é a mesma da ação de inconstitucionalidade por omissão. Não obstante criticada essa posição pela doutrina, vários foram os julgados da Suprema Corte, dando pela procedência do mandado de injunção apenas para que o Legislativo omissivo fosse cientificado da decisão.⁵

A jurisprudência, todavia, evoluiu no sentido de conceder o mandado de injunção não somente para reconhecer a omissão, mas assinalando prazo, para que se ultimasse o processo legislativo faltante, sob pena de decorrido o prazo, “passar a requerente a gozar de imunidade requerida nos termos do art. 195, § 7º, da CF.” Além disso, houve consolidação da jurisprudência no sentido de que a existência da mora do Legislativo, quando seguidamente notificado deixa de atender a norma cabível, garante ao beneficiário ajuizar ação de indenização com base no direito comum (MEIRELLES, 2007, p. 252).⁶

No que se refere à função de julgar, a Carta de 1988 trouxe um novo enfoque. Continua o Judiciário incumbido fundamentalmente do poder de julgar, pois é quem aplica a lei aos litígios entre particulares. A Constituição, todavia, permitiu um certo distanciamento em relação à lei, o que não era admitido na doutrina clássica. Foi importado o *due process of law* substantivo do direito anglo americano (art. 5º, LIV, CF), além do formal (princípio da ampla defesa e do contraditório – art. 5º, LV), que já existia em nosso ordenamento (FERREIRA FILHO, 2003).

Relativamente ao controle da Administração, a doutrina clássica já permitia a revisão dos atos administrativos pelo Judiciário desde que esses atos violassem os direitos fundamentais. Com a nova Carta, qualquer decisão administrativa, inclusive as relativas a

⁵ Mandados de injunção nº107-DF – RTJ 135/1, 124-SP – RTJ 148/653, 168-RS – RT 671/216 e 362-RJ – RT 732/139.

⁶ MI nº 232-1-RJ – RDA 188/155 e MI nº 384 – RDA 196/230. A atualização do livro clássico de Hely Lopes Meirelles deve-se ao trabalho do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

questões políticas, está sujeita à apreciação do Judiciário, que passa a controlar a Administração não apenas em relação aos direitos individuais, mas também em prol do interesse geral, propiciando uma “justicialização da Administração”, que tem também como reflexo a “politização da justiça.” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 207). Enfim, em razão do princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluído da apreciação do Judiciário.

Graças ao acolhimento de vários princípios, tais como o de moralidade, impessoalidade, eficiência etc... (art. 37, *caput*, da Constituição), que têm conteúdo subjetivo e conceito indeterminado, há uma margem de discricionariedade dada ao juiz. É ele quem fixa o critério de legitimidade de acordo com sua visão do mundo. Por exemplo: um certo magistrado entende que deve ser levado em conta o desenvolvimento econômico, enquanto outro ressalta que deve prevalecer a proteção ao meio ambiente (FERREIRA FILHO, 2003).

Tratando-se do controle de constitucionalidade das leis, permanece o controle incidental ou difuso, segundo o qual qualquer juiz pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei e afastar sua aplicação (art. 97 da Constituição Federal). Há também o controle concentrado mediante a apreciação pelo Supremo Tribunal da ação direta de inconstitucionalidade, que expandiu muito com a extensão da titularidade antes adstrita ao Procurador Geral da República (art. 102, I, a e art. 103, da Constituição).

Foi criada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, por influência da Constituição portuguesa. Surgiu da constatação de que as constituições do pós-guerra continham princípios programáticos, cujo efeito é meramente simbólico. Dispõe o § 2º do art. 103, da Constituição, que o Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade por omissão, dará ciência ao poder competente. No entanto, segundo Vianna et al (1999), não se pode dizer que o instituto tem sido inútil, pois várias ações foram julgadas prejudicadas, pelo fato do Poder requerido ter editado o diploma legal exigido.

Enfim, segundo Silva, A. (1997, p. 60), a instituição em nosso sistema jurídico da ação civil pública e o extenso rol dos instrumentos processuais dispostos na Carta atual: como as ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, o mandado de injunção, o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo, a par do individual, e o *habeas*

corpus, concederam ao indivíduo, seja isolado ou em grupos, “elenco de instrumentos de controle do Estado e de defesa, direta ou indireta, do interesse público que não encontra similar em nenhum sistema jurídico do universo.”

A ofensa ao interesse individual, difuso ou coletivo legitima o ajuizamento de ações em grande número de questões de utilidade pública. Assim, em nosso sistema a noção de interesse passou a ter o papel de destaque que antes era dado ao direito subjetivo, não somente nas relações entre os indivíduos e o Estado, mas também nas relações entre os próprios indivíduos, como é o caso das normas relativas ao Código do Consumidor (SILVA, A. 1997).

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade visando declarar constitucional lei ou ato normativo federal, tendo legitimidade para propô-la as pessoas descritas no § 4º do art. 103. Em razão de medidas econômico-financeiras, editadas pelo governo por meio de medida provisória, são ajuizadas inúmeras ações: mandados de segurança e cautelares, às quais o Governo se antecipa e requer um provimento favorável à constitucionalidade da lei, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, §2º, da CF).

Com a Carta de 1988, que generalizou a ação direta de inconstitucionalidade, e a Emenda Constitucional nº 3/1993, que criou a ação direta de constitucionalidade, houve uma grande mudança do papel do Judiciário, que teve acentuado o seu caráter político. Segundo Ferreira Filho (2003, p. 207), estes dois instrumentos fazem do Poder Judiciário “um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um legislador ativo.” Destarte, “a Constituição justicializa o fenômeno político”, acarretando ainda a “politização da justiça.”

O Supremo Tribunal Federal, segundo Vianna et al (1999) vem progressivamente assumindo seu novo papel, mediante a provocação da sociedade e dos agentes institucionais com o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade, deixando de ser mero coadjuvante na produção legislativa nos moldes clássicos para assumir a função de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

A Corte Suprema, mediante provocação da comunidade de intérpretes da Constituição, detém o controle abstrato da constitucionalidade das leis. As ações diretas de inconstitucionalidade são instrumentos fundamentais para a defesa dos direitos dos cidadãos, bem como para a racionalização da administração pública. Os sindicatos e os partidos políticos têm contribuído para o novo papel do Judiciário, ratificando as hipóteses de Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares. Os governadores vêm utilizando as ações diretas de inconstitucionalidade como instrumentos relevantes na política estadual, sobretudo quando eles não possuem maioria na Câmara Legislativa estadual. Concluindo, “o prestígio e a legitimidade da judicialização da política no Brasil têm derivado bem mais do papel exercido por [...] governadores e os procuradores – do que, propriamente, pela ação das minorias, de grupos sociais temáticos ou étnicos.” (VIANNA ET AL, 1999, p. 91).

Além da defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, de acordo com Vianna et al (1999), o Supremo Tribunal exerce a atividade de organização democrática da Federação, de regulação dos estatutos profissionais, de planos de carreira, de remuneração de servidores, de questões de âmbito local, que são importantes para o estabelecimento de um padrão racional-legal na administração pública. Enfim, ao submeterem-lhe a apreciação das medidas provisórias, fazem com que tenha um papel de partícipe indireto na produção legislativa.

O Judiciário é elemento fundamental para a garantia da cidadania e a efetividade da democracia no Brasil, sendo que não se deve aceitar a análise simplesmente formal da cidadania, que trata da possibilidade de votar e ser votado, pois ela não se limita a este aspecto, representando uma garantia às pessoas de saúde, educação, lazer e trabalho. Dessa forma, estende-se a noção de cidadania para que o Estado seja responsável pelo bem-estar da coletividade (EL TASSE, 2001).

Com o advento do Estado Social, em decorrência das desigualdades sociais do liberalismo, os princípios de justiça distributiva passam a ter destaque nas Constituições. A Carta de 1988 define como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre e solidária. Portanto, o papel do Judiciário é conciliar a liberdade dos cidadãos com a solidariedade social, ou seja, entre os critérios de justiça corretiva e de justiça distributiva. Destarte, as políticas públicas têm como finalidade atender aos cidadãos de modo desigual,

em função de suas realidades concretas, sendo esse o foco da justiça distributiva, ao passo que nas demandas individuais, procura-se manter o equilíbrio entre as partes, em razão de relações comerciais ou de convivência humana (APPIO, 2005).

Appio (2005) distingue as atividades contemporâneas do Judiciário no Brasil em dois segmentos: primeiramente, atua como representante estatal, dotado de prerrogativas e limitações, que visam garantir sua imparcialidade, incumbindo-lhe resolver os conflitos individuais. Em segundo lugar, tem atribuição de um controle político da atividade dos poderes executivo e legislativo, com base nos valores constantes da Constituição, exercendo o controle das políticas públicas. Levando-se em conta esse controle político, é que se buscou afastar a ingerência dos outros Poderes, assegurando-se ao Judiciário uma autonomia administrativa e financeira (art. 99 da Constituição).

Atualmente, há consciência de que Judiciário assumiu novo papel, assegurando os direitos fundamentais do cidadão. Além de executar as funções de resolução dos conflitos de interesses, tornou-se responsável por questões bem diferentes, passando a exercer papel relevante na definição de políticas públicas e na vida dos brasileiros. Questões que normalmente eram atribuições do Executivo e do Legislativo, hoje em dia são decididas pelo Judiciário, pois os cidadãos terminam por acionar a Justiça. A interferência dos magistrados, assim, se tornou imprescindível para garantir os direitos sociais básicos, tais como o acesso à educação e à saúde pública. Segundo Rodrigo Collaço,⁷ até a promulgação da Carta de 1988, o Judiciário era bem pouco conhecido pela população, sendo que hoje em dia tem assumido uma fundamental e ampla função. Contudo, se esse fato tem a vantagem de aproximar a sociedade e os juízes, tem a desvantagem de levar a um acúmulo de demandas, inviabilizando o Judiciário.

A Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, recentemente, lançou uma pesquisa Imagem das Instituições Públicas Brasileiras⁸, mostrando que o Judiciário é mais bem avaliado que os outros dois Poderes: Executivo e Legislativo. Segundo revelou o estudo, apresentado durante audiência pública da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, em Brasília-DF, 41, 8% dos entrevistados confiam no Judiciário. O

⁷ À época na presidência da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. Artigo publicado no AMB Informa - 1º a 31 de outubro de 2007.

⁸ A pesquisa foi realizada pela empresa de consultoria Opinião, no período de 4 a 20 de agosto de 2007, sendo que 2.011 pessoas de todo o País, com idade acima de 16 anos, foram entrevistadas. Publicada na AMB Informa.

Executivo Federal recebeu 39,3% de aprovação, o Senado Federal obteve 14,6% dos votos e a Câmara dos Deputados teve apenas 12,5% de votos favoráveis. De outra parte, os juizados especiais foram muito bem avaliados, pois 71,8% dos entrevistados afirmaram confiar nesses órgãos. Por fim, o Supremo Tribunal Federal obteve avaliação positiva de 52,7% dos entrevistados, enquanto que os juízes obtiveram 45,5% de votos favoráveis.

Segundo Dallari (2002, p. 95), o caráter político da função jurisdicional é evidenciado em função da “socialidade inerente ao direito.” Como já dizia o antigo brocardo latino *ubi ius ibi societas, ubi societas ibi jus*, confirmando que não há direito fora da sociedade, nem há sociedade sem direito. Todavia, o fato dos homens viverem em sociedade é um fator que gera conflitos, devendo o juiz compor as controvérsias, esclarecendo o direito e assegurando sua justa aplicação. Essa decisão judicial, sem dúvida, será política, uma vez que, ao aplicar uma norma ou negar-lhe aplicação, algumas pessoas serão beneficiadas e outras prejudicadas, gerando repercussões sociais. Aduz o autor que “a neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição, está inspirado numa ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema.”

Na ótica de Dallari (2002, p. 88), os “os juízes são inevitavelmente políticos.” Os juizes devem assumir o fato de que são políticos, o que é diferente de fazer política partidária. Não há dúvida que efetuam atividades políticas, pois, além de integrarem o aparelho estatal e aplicarem normas legais, são cidadãos que exercem o direito de votar, sendo normal que prefiram que seus candidatos vençam as eleições.

Enfim, o Judiciário nunca esteve tão em evidência, apesar de ser um fenômeno mundial, no Brasil tal fato se deu a partir da Constituição de 1988. Segundo Ferreira Filho (2003, p. 190) ela “atribuiu ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de fiscal da legalidade, um novo, o de guardião da legitimidade.” Embora a intenção do constituinte fosse o aprimoramento do controle judicial da atuação dos outros Poderes públicos, teve como consequência um “efeito perverso”, em razão da “judicialização da política”, dando uma “dimensão política” ao desempenho do Judiciário, que deixou de ser um poder neutro.

Para Appio (2005) a mudança das decisões políticas para dentro do Judiciário vai de encontro às questões de legitimidade das decisões, devido à inexistência de

uma Corte Constitucional verdadeira. Os juízes sofrem críticas por terem aceito um debate restrito no campo político, sendo que suas decisões políticas somente seriam admitidas em um sistema onde os juízes fossem eleitos por mandatos fixos e no qual pudessem ser responsabilizados pelos seus desacertos.

Em contrapartida, Martins Filho (1999, p. 111) esclarece que em nosso Direito, que tem tradição romano-germânica de direito codificado, não se justifica a procura da legitimação do magistrado por meio do voto popular, que é própria da tradição anglo-americana de direito costumeiro; enquanto naquele sistema é o juiz que explicita o ordenamento jurídico, no nosso sistema os magistrados são “intérpretes de uma lei criada pelo Congresso Nacional e não criadores de uma nova ordem jurídica.” No mesmo sentido, Barbosa (2003, p. 245) sustenta que “a legitimidade do Poder Judiciário não é baseada como ocorre no Executivo e no Legislativo em uma seleção anterior do cidadão (o voto), mas sim na eficiência e justiça de suas decisões.”

No Direito brasileiro, tradicionalmente adotou-se o método de seleção de juízes por meio do concurso público, aberto a todos os interessados que, em igualdade de condições, preencham os requisitos legais. Sem dúvida, é um meio bastante democrático, pois possibilita a todos, sem quaisquer distinções, desde que preenchidas as exigências legais, participar do certame; aliado ao fato de que é uma forma objetiva de se selecionar os melhores candidatos em razão de seus conhecimentos jurídicos. Havendo previsão constitucional quanto ao método de escolha e desde que os juízes atuem nos limites de sua competência prevista na lei, não há como questionar a legitimidade deles. “Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral.” (DALLARI, 2002, p. 27).

Embora a realização dos concursos pelos tribunais, com a necessária participação dos advogados, tenha sido uma boa opção, deveria ser exigida maior experiência dos candidatos: por meio da fixação de idade mínima de trinta anos e de cinco anos de efetiva prática forense. Além disso, é relevante a observância dos pressupostos da honestidade e da personalidade do candidato, bem como o seu preparo intelectual, sendo importante que o candidato demonstre “que tem condições para avaliar com independência, equilíbrio, objetividade, e atenção aos aspectos humanos e sociais, tratando com igual respeito a todos os interessados, e procurando, com firmeza e serenidade, a realização da justiça.” (DALLARI, 2002, p. 28).

No Brasil, existem razões diversas para presumir que a “judicialização da política” tenha sido desejada pelo Constituinte de 1988. Havia uma descrença em relação ao Legislativo, por isso os vários instrumentos que foram criados pela nova Constituição, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, além da ênfase dada ao controle concentrado de constitucionalidade, possibilitando que os conflitos políticos venham a se tornar questões judiciais. No entanto, “a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça.” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 213).

Sob a ótica de Ferreira Filho (2003, p. 216) a expansão do Judiciário não resultou em aumento de seu prestígio, pois sua carga de processos cresceu muito e com ela o atraso na prestação jurisdicional. Além disso, sua intervenção na órbita político-administrativa o tornou co-responsável pelas frustrações da opinião pública em relação ao Poder Público. De outra parte, há magistrados que guiam seus votos pela opinião pública, enquanto outros antecipam seus votos para se justificar perante ela. Essa situação abalou a confiança no juiz, causando a perda de prestígio que hoje se vê em nosso País. Por fim, o autor faz a seguinte indagação: “o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito. Como, todavia, a servirá melhor? Adstrito à lei e, portanto, limitando-se ao controle de legalidade ou, concretizando princípios de justiça, operando um controle de legitimidade?.”

A preocupação com a ineficiência do nosso Poder Judiciário levou à aprovação da Reforma do Judiciário por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, cujas normas não somente alteraram a estrutura e o funcionamento como também contém regras relativas à ordem processual. Deve ser destacado o sistema de súmulas vinculantes, previsto no art. 103-A da Constituição, que sujeitam os demais Órgãos do Judiciário e a Administração Pública, objetivando estabelecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre matérias constitucionais repetitivas, que entravavam o funcionamento da Corte, prejudicando em demasia os jurisdicionados. Também com essa finalidade, foi prevista o requisito da repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º).

Visando o aprimoramento intelectual da magistratura, estabeleceu-se a obrigatoriedade de participação em cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, como condição para o processo de vitaliciamento (art. 93, inciso IV, com a redação dada pela EC nº 45/2004). Recentemente, em 12 de abril de 2007, foi

criada a ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Segundo o Min. Sálvio de Figueiredo, aposentado do Superior Tribunal de Justiça, “a escola tem o potencial de revolucionar a Justiça brasileira.”⁹

Foi objeto da Reforma a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 92, inciso I-A, da Constituição), órgão administrativo que integra o Judiciário, composto por quinze membros, a saber: um ministro do Supremo Tribunal Federal, um ministro do Superior Tribunal de Justiça, um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um desembargador de Tribunal de Justiça, um juiz estadual, um juiz de Tribunal Regional Federal, um juiz federal, um juiz do Tribunal Regional do Trabalho, um juiz do trabalho, um membro do Ministério Público da União, um membro do Ministério Público estadual, dois advogados, dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 103-B e incisos de I a XIII).

A AMB, em face da inclusão de membros não integrantes do Poder Judiciário no Conselho Nacional de Justiça, ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367-DF, relatada pelo Ministro Cezar Peluso. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a ação, concluindo pela constitucionalidade das normas criadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário Nacional.¹⁰

Concluindo, a evolução do Poder Judiciário no Brasil, assim como em outros países do mundo ocidental, em consequência das transformações ocorridas no Estado do Bem-Estar Social, propiciou uma nova dimensão do papel dos juízes. Além de julgar os conflitos individuais, passaram a decidir questões relevantes relativas a políticas públicas, que antes eram atribuídas aos outros Poderes, visando tornar efetivas as determinações previstas na Constituição Federal, principalmente no campo da educação e da saúde.

1.4 A Crise do Estado e a Crise do Judiciário

A crise do Estado contemporâneo se fez sentir em todo mundo. O enorme custo do Estado Social, em razão do agigantamento do Estado, cuja intervenção nas áreas econômicas e sociais teve como consequência um *déficit* público insustentável. Por isso,

⁹ AMB Notícias, de 12/04/2007.

¹⁰ O julgamento ocorreu em 13 de abril de 2005, sendo o acórdão publicado em 17/03/06 e republicado no Diário de Justiça de 22 de setembro de 2006.

houve uma retração do papel do Estado, que se demite da prestação de serviços públicos industriais e comerciais. Segundo Tácito (2000, p. 729), o “pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia, [...] reverte em benefício da exploração privada de atividades produtivas.”

Não é provável, todavia, que o Estado fique reduzido ao Estado mínimo, com o qual almejam os defensores do neoliberalismo. Embora o recuo do Estado já tenha alargado bastante a esfera do setor privado, o ente estatal “não poderá deixar de ter entre os seus fins mais eminentes a realização da Justiça material, sob pena de desqualificar-se como Estado de Direito.” (SILVA, A. 1997, p. 70).

Sem dúvida alguma, essa nova conformação do Estado acarretou transformações de suas funções fundamentais, não somente a executiva, mas também a legislativa e a judiciária. No que se refere ao Executivo houve redução da máquina estatal, surgindo modificação nas relações entre o serviço público e a iniciativa privada, que se associam com a finalidade de prestar serviços à comunidade. No Legislativo há um “pluralismo jurídico ou normativo, ou uma multipolaridade de centros de produção legislativa”, seja na esfera supranacional, seja na esfera privada. Por fim, no Judiciário há uma forte tendência à diversificação de fórmulas para a solução de controvérsias (MORAIS, 1999, p. 43).

Com as transformações ocorridas no século XX, tais como as duas guerras mundiais, provocando deslocamento populacional e transformações culturais, houve alterações profundas nas relações sociais. Além disso, ocorreu a urbanização da sociedade, em decorrência da industrialização, gerando o aumento do número de conflitos a serem submetidos ao Judiciário. Por isso, “há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea.” (DALLARI, 2002, p. 08).

Enfim, segundo Six (2001, p. 141) durante muitos anos os conflitos foram solucionados “no quadro de uma auto-regulação facilitada por atores terceiros, e estes podiam agir porque se achavam no seio de espaços de mediação naturais como as grandes famílias, as paróquias, os vilarejos.” O processo era utilizado somente em último caso, quando se tratava de questões graves e complexas. Com a urbanização crescente ocorreu a extinção desses

costumes, produzindo “certo rompimento do tecido social”, tendo como consequência uma maior procura do Judiciário para resolver os pequenos e médios litígios.

É inegável que a crise do Judiciário decorre da crise do Estado contemporâneo, que não tem mais condições de solucionar todos os conflitos existentes na sociedade. Há uma miríade de problemas enfrentados pelo Judiciário de vários países e as soluções encontradas têm se mostrado insuficientes e inadequadas.

São bastante conhecidas as dificuldades arrostadas pelo Judiciário brasileiro, tais como: o aumento do número e da complexidade dos conflitos, a morosidade da prestação jurisdicional, as custas judiciais excessivas. Outros obstáculos que não podem ser esquecidos são: o sistema processual, o excesso de formalismo e a mentalidade dos juízes, que muitas vezes não estão abertos às necessidades sociais.

Realmente a incidência de conflitos está aumentando visivelmente na sociedade. De um lado, por falta de tempo as pessoas estão se tornando individualistas, deixando de dialogar com os outros, além da perda dos laços de solidariedade, o que gera uma incompreensão entre os indivíduos. De outro lado, a sociedade vivencia novos conflitos, em decorrência das transformações sociais, econômicas e políticas, do crescimento excessivo da população urbana, da industrialização, do grande contingente de desempregados, do surgimento de novas tecnologias, do elevado índice de violência, fazendo com que os conflitos tenham alto grau de complexidade (SALES, 2004).

No que se refere à morosidade da prestação jurisdicional, tão comentada por todos, ela se deve primeiramente ao número insuficiente de juízes. Embora os tribunais de justiça nos diversos Estados-membros realizem com frequência concursos públicos, não conseguem preencher as vagas existentes, uma vez que poucos candidatos logram êxito nos certames. Além desse fato, o nosso Código de Processo Civil permite uma infinidade de recursos, o que impossibilita que o processo siga o seu curso normal, sobrecarregando excessivamente os tribunais, que não têm condições de julgar os recursos no tempo devido. Enfim, o grande número de demandas que chegam ao Judiciário torna inviável sua atuação, comprometendo não somente a celeridade do processo, mas a qualidade da prestação jurisdicional.

Nesse ponto, deve-se salientar que o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, assegura a todos, tanto no processo judicial quanto no administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Esse dispositivo deve ser conjugado com a norma que trata da promoção dos magistrados, dispondo que não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver os autos em seu poder além do prazo legal, não sendo permitida a devolução dos autos ao cartório sem o devido despacho ou decisão (art. 93, inciso II, alínea e). Ambos os dispositivos constitucionais mencionados foram acrescentados pela EC nº 45, de 08/12/2004, denotando o empenho do Legislativo, em atender aos anseios da sociedade que sofrem com a lentidão excessiva da prestação jurisdicional.

No que diz respeito às custas processuais, nas sociedades modernas a resolução dos litígios é excessivamente cara. Não há dúvida de que os altos custos dos processos a serem suportados pelas partes impedem o acesso à Justiça. Principalmente, em relação às causas de pequeno valor, cujo custo pode exceder o montante do conflito. De outra parte, o tempo que as partes esperam para ver solucionado o litígio, muitas vezes mais de três anos, os custos podem ser enormes, em especial se houver inflação, acarretando que os mais fracos do ponto de vista econômico não tenham condição de suportar o processo, sendo este o motivo pelo qual o abandonam ou aceitam um acordo desfavorável (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

O sistema processual exerce muita influência na organização e no funcionamento do Judiciário, o qual é estabelecido apenas por leis federais, válidas para todo o país. Esse sistema também é inadequado, não obstante as reformas processuais realizadas nos últimos anos. Segundo Medina (2004, p. 33) há “um descompasso entre o instrumento processual e a célere e segura prestação da tutela por parte do Estado-juiz. O processo está em crise!”

O duplo grau de jurisdição possibilita que haja praticamente três graus de jurisdição, o que propicia o aumento do trabalho do Judiciário e a demora na prestação jurisdicional, sendo agravado pela possibilidade de vários incidentes processuais. De modo geral, os tribunais dão grande relevo às questões processuais, sendo o “processualismo” um vício comum na mentalidade jurídica nacional, que influencia o mau desempenho do Judiciário. Sem dúvida, essas características interferem no custo da manutenção do aparelho

judiciário e no custo das demandas para as partes envolvidas, prejudicando principalmente os mais pobres. Tudo isso “afeta o caráter democrático da prestação jurisdicional, contribuindo para a convicção de que o Poder Judiciário privilegia os ricos.” (DALLARI, 2002, p. 104).

Nessa linha de entendimento, Martins Filho (1999) afirma que a nossa estrutura judiciária complexa possibilita que qualquer demanda possa ser guindada ao Supremo Tribunal Federal, tornando a Justiça brasileira excessivamente lenta, com instâncias decisórias intermináveis. Por isso a necessidade de reformas, para que haja simplificação e diminuição do número de recursos, com a fixação de alçadas e estabelecimento de pressupostos recursais mais restritivos para se ter acesso aos Tribunais Superiores.

É normal a comparação do Supremo Tribunal com a Corte Suprema dos EUA, para argumentar que o primeiro com apenas dois ministros a mais, recebe um número de processo muitas vezes superior à segunda. As situações são diversas por várias razões, destacando-se: o excesso de processualismo contribui para o grande número de recursos nos tribunais superiores; há inúmeras ações contra órgãos públicos, em razão do fato de que nossas autoridades desrespeitam as leis; e por último, a ampla competência do Supremo Tribunal Federal, que, além de exercer o papel de tribunal constitucional, decide o conflito entre tribunais superiores, atua como instância ordinária e extraordinária e tem algumas competências originárias (DALLARI, 2002).

Nesse aspecto, a expectativa é que haja redução da quantidade de recursos extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do que dispõe o § 3º do inciso II do art. 102, acrescentado pela EC nº 45/2004, conforme noticiado anteriormente, que incluiu o requisito de repercussão geral das questões constitucionais (regulamentado pela Lei 11.418/06), em sede de recurso extraordinário, como requisito de admissibilidade do recurso:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Deve ser ressaltada a questão da mentalidade dos juízes. Em geral, há maior preocupação com a legalidade do que com a justiça nas decisões judiciais. Esse apego às formalidades legais é herança do positivismo jurídico, desenvolvido no século XIX. Ainda hoje é grande a influência de Hans Kelsen na América Latina, inclusive no Brasil. Kelsen

criou uma “teoria pura do direito”, excluindo os fundamentos filosóficos e sociais, limitando o direito a um conjunto de regras formalmente criadas pelo Estado, que admite qualquer conteúdo. Conclui Dallari (2002, p.82) que “o legalismo expulsou a justiça”, fazendo um paralelo com Sartre para quem “o Racionalismo expulsou Deus da Terra.”

Outro obstáculo é o excesso de formalismo, o que dificulta sobremaneira o diálogo entre os magistrados e o povo, principalmente em razão da utilização de linguagem rebuscada, tornando as decisões judiciais totalmente incompreensíveis para as pessoas comuns. A esse respeito afirmou recentemente Joaquim Barbosa¹¹: “O Judiciário não sabe se comunicar. A linguagem barroca e rebuscada é o fator de distanciamento do Judiciário do povo.”

Contudo, convém salientar a iniciativa da AMB,¹² ao lançar a campanha nacional, em prol da simplificação da linguagem jurídica, em agosto de 2005, visando aproximar a Justiça da sociedade. Teve como objetivo chamar a atenção dos magistrados, promotores, advogados e outros operadores de Direito para a necessidade de haver uma comunicação mais clara, evitando os termos denominados “juridiquês”, que dificultam a compreensão da atuação da Justiça por parte dos cidadãos.

Sem dúvida alguma, é fundamental a aproximação dos magistrados com os cidadãos, que devem aproveitar a oportunidade das audiências, pois do contrário “os juízes perdem a percepção da dimensão humana dos litigantes, deixando de receber elementos que poderiam ser preciosos para um julgamento justo.” Enfim, o fosso que separa os magistrados do povo é tão grande, “que os juízes, em sua quase totalidade, esquecem que decidem em nome do povo e para o povo.” (DALLARI, 2002, p. 149).

Outros obstáculos ao Judiciário são as práticas burocráticas e a falta de racionalização dos procedimentos. A magistratura nacional sofre de vários vícios que atrapalham sua eficiência. Dentre eles, a oposição sistemática à utilização de métodos e concepções modernos e ao reconhecimento dos direitos e garantias estabelecidos na Carta de 1988, bem como a falta de uma política de descentralização do sistema judiciário para que haja uma “justiça rápida e barata”, como tem sido solicitado por organizações comunitárias.

¹¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado pela revista Isto É (edição especial), de 12 de dezembro de 2007.

¹² Relatório de Gestão 2005/2007 da AMB, p. 19, durante a presidência do juiz Rodrigo Collaço,

Enfim, todos esses vícios têm “reduzido muito à crença do povo no Poder Judiciário como instrumento de garantia do direito e da justiça.” (DALLARI, 2002, p.64).

De outra parte, há falta de democratização de comportamento e de organização. Mesmo que reconhecido o estreito elo entre democracia e o Judiciário, poucas vezes se fala na necessidade de democratizá-lo. Para que isto ocorra, é preciso a mudança de atitude do Judiciário no que se refere ao seu relacionamento com a sociedade em geral e o povo. Em 1994, foi realizado pela Comissão internacional de Juristas, em Madri, um congresso sobre o relacionamento do Judiciário com a imprensa e das vantagens da publicidade para a proteção da independência da magistratura, chegando-se à conclusão de que em um Estado democrático é de grande relevância para a independência do Judiciário a ampla publicidade dos atos administrativos e jurisdicionais (DALLARI, 2002).

Segundo a ótica de Dallari (2002, p. 152), a democratização do Judiciário pode ser interna e externa, não sendo possível considerar democrática uma instituição cujos dirigentes são escolhidos somente por membros dos órgãos de nível superior. A democratização externa decorre principalmente da garantia de fácil acesso aos órgãos do Judiciário, dando-se relevância à questão dos custos do processo, para que os pobres tenham os mesmos direitos de acesso à justiça. A fim de que tanto o Executivo quanto o Legislativo compreendam que os custos com a melhoria desses serviços não é um gasto desnecessário, é preciso também “que se defenda com firmeza a concepção dos serviços judiciários como serviços essenciais de que o povo necessita.”

Convém registrar a esse respeito que a proposta de eleição direta para a presidência dos tribunais foi objeto da Reforma do Poder Judiciário, mas é um dos textos que retornou à Câmara dos Deputados para revisão dos dispositivos acrescidos pelo Senado ou modificados por aquela Casa. A AMB realizou pesquisa, à qual quase 78% dos magistrados responderam que consideram necessária a eleição direta para órgãos de direção dos tribunais regionais e estaduais.¹³

Por outro lado, Bottini (2007) sustenta que as razões da morosidade da Justiça não estão na desídia judicial ou na falta de estrutura, como afirmam muitas pessoas,

¹³ AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros – Relatório de Gestão 2005 – 2007.

pois os nossos magistrados geralmente são muito atuantes, sendo que o Brasil gasta 3,6% do orçamento público com o Judiciário. Aponta as seguintes causas para a falta de funcionalidade da nossa Justiça: a excessiva litigiosidade, a legislação processual e a gestão administrativa.

A excessiva litigiosidade decorre da “utilização exagerada por poucos atores, públicos e particulares”; também da “judicialização da vida cotidiana”, que consiste na necessidade de muitos atos particulares serem levados à homologação judicial; e a falta de uma cultura que valorize a solução amigável dos conflitos. No que se refere à legislação processual, deve ser modificada para se evitar o longo tempo gasto no andamento dos feitos, que podem demorar até oito anos para o seu trânsito em julgado. Quanto ao modelo de gestão judicial, aduz que o “sistema de administração do Judiciário ainda padece da falta de modernização, de informatização e de racionalidade.” (BOTTINI, 2007, p. 92).

Destarte, a crise do Judiciário envolve inúmeras questões: uma “crise estrutural”, relativa aos custos judiciais e à morosidade do processo; uma “crise objetiva ou paradigmática”, que diz respeito a questões de linguagem técnico-formal, burocratização e lentidão dos procedimentos; uma “crise subjetiva ou tecnológica”, relativa à incapacidade dos operadores do Direito de lidarem com as novas realidades fáticas; uma “crise paradigmática”, referente aos métodos e conteúdos usados pelo Direito, que não são adequados para atender às necessidades das sociedades contemporâneas. Portanto, “quando se fala em crise do Estado, este tema está intrinsecamente ligado à crise da Justiça e do próprio Direito.” (MORAIS, 1999, p. 99).

Para retratar a situação do Judiciário, a AMB encomendou uma pesquisa sobre a “Imagem do Poder Judiciário”¹⁴, na qual se chegou à seguinte conclusão: o público pesquisado geralmente demonstra pouco conhecimento e familiaridade com o Judiciário. Entende-se que é responsável pelo cumprimento das leis e, em consequência, pela ordem na sociedade e por garantir os direitos do cidadão; a “imagem do Judiciário é de uma ‘caixa preta’, misteriosa, pouco acessível ao indivíduo comum e que contém segredos que somente

¹⁴ A pesquisa foi realizada pelo IBOPE, sendo publicada em Impressão Especial da AMB, em julho de 2004. A metodologia empregada foi qualitativa. Os grupos foram homogêneos e recrutados por equipe especializada, com participantes selecionados dentro do perfil sócio-demográfico solicitado: misto, classes AB+ e CD, pessoas com idades entre 16 a 24 anos e 35 a 50 anos, distribuídas nas cidades de São Paulo, Porto Alegre, Rio de Janeiro e Recife, tendo as reuniões sido realizadas entre os dias 1 a 5 de março de 2004. Durante as reuniões foram utilizadas técnicas projetivas com “ET”, “associação com animais” e “personificação” do Poder Judiciário, para facilitar o posicionamento do público pesquisado.

seres especiais (os juízes) podem decodificar”; as alusões à “tartaruga” e ao “leão” revelam os mais importantes aspectos ligados ao Judiciário e aos Magistrados: “muito poder e autoridade, conhecimento, abstração e mistério, distanciamento das pessoas comuns.” Percebe-se que vivem em um mundo à parte, tanto em relação à sociedade quanto aos outros Poderes, gerando sentimentos de respeito, mas também de insegurança, desconfiança e temor.

No que se refere especificamente ao magistrado, a pesquisa concluiu: sendo o juiz a figura que mais representa o Judiciário diante do público, é o elemento principal para a credibilidade e a confiança na instituição. Provoca sentimentos de respeito e solidariedade, pois é visto como alguém poderoso que, no entanto, trabalha muito e tem grande responsabilidade. Assim como o Judiciário, o Juiz também desperta sentimentos de temor, em razão de seu poder diante do cidadão comum, além da constatação da enorme distância que os separa. Embora a corrupção esteja relacionada à imagem da instituição, não alcança a maioria dos juízes.

Em síntese, os jurisdicionados reclamam fundamentalmente: da morosidade do sistema judiciário, causado pela lentidão dos processos e pela burocracia; ao mesmo tempo, a expectativa generalizada é a de maior agilidade nos processos. A impunidade, a desigualdade e o corporativismo são também elementos fundamentais na avaliação do sistema Judiciário e que podem comprometer a credibilidade e a confiança da sociedade. Acredita-se que os ricos e poderosos tenham a proteção do Judiciário, enquanto o cidadão comum, de classe média, estaria em desvantagem *a priori*, inseguro e impotente diante da situação.

Por último, as expectativas principais das pessoas em relação ao Judiciário são: informação e transparência. Atribui-se à mídia a responsabilidade pela divulgação e também pela imagem do Judiciário. No entanto, o enfoque que tem sido dado aos escândalos tem propiciado o reforço de uma imagem prevalentemente negativa, sendo salientada a corrupção, a impunidade, a desigualdade e a morosidade.

Em 6 de dezembro de 2007, no seminário Perspectivas para a Justiça Brasileira,¹⁵ foi apresentado o relatório “Fazendo com que a Justiça conte”, elaborado pelo Banco Mundial (BIRD). Segundo os autores da pesquisa, “o Poder Judiciário não vive apenas

¹⁵ O evento foi promovido pela AMB, em parceria com o Supremo Tribunal Federal - STF, realizado nesse Tribunal, em Brasília-DF.

uma, mas múltiplas crises.” A primeira crise é relativa a um número expressivo de processos relativos a questões administrativas, oriundas do serviço ineficiente prestado pelos órgãos governamentais. Citam-se, como exemplo, as demandas ajuizadas pelo INSS, que são passíveis de entendimento fora dos tribunais. Outra crise indicada é relativa às execuções fiscais, nas quais uma das partes é o governo, cuja demanda vem crescendo, gerando acumulação e atraso. Por fim, o aumento excessivo de processos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Ressaltou o Min. Gilmar Mendes que “em 1998, o tribunal recebeu cerca de 20 mil processos e, em 2002, a carga chegou a 160 mil.”¹⁶

Podem ser observadas as seguintes conclusões sobre o Judiciário brasileiro,¹⁷ segundo o Banco Mundial: (1) altos índices de produtividade, pois a média de ações ajuizadas no Brasil é superior a de outros países da América Latina, e a carga de processos apreciados pelos tribunais é acima das médias internacionais; (2) necessidade de aperfeiçoamento das análises estatísticas, uma vez que o Judiciário começa a atentar para a importância das estatísticas de desempenho; (3) os altos índices de automação, embora apenas uma pequena parte do orçamento seja investida em tecnologia e informática. Por fim, são apresentadas possíveis soluções para a crise do Judiciário, das quais apenas a primeira alternativa depende exclusivamente desse Poder para implantação. São as seguintes as soluções apontadas:

Aumentar a eficiência do Judiciário, reduzir a ineficiência de determinados órgãos extrajudiciários que condicionam as respostas dos juízes – por exemplo, registros de imóveis, advogados do governo, possivelmente o Ministério Público quanto ao tratamento que dá às demandas de ordem criminal – ou algum esforço para reestruturar a própria demanda.

Enfim, na visão de Martins Filho (1999, p. 113) o Judiciário do Terceiro Milênio deverá possuir determinadas características: a qualidade técnica de suas decisões - Justiça Social efetiva, baixo custo de sua estrutura - acessibilidade a todos, celeridade na prestação jurisdicional e concentração de demandas – coletivização do processo. Daí a necessidade de modernização da estrutura do Judiciário para que possa se tornar “pilar da cidadania.”

¹⁶ AMB Informa – 1º a 31 de dezembro de 2007.

¹⁷ Prospecto publicado pela AMB, no qual analisa dados constantes de relatórios do Banco Mundial, do CNJ e do STF, tendo em vista a realização do seminário Judiciário Brasileiro em Perspectiva.

Sintetizando, pode-se dizer que a crise do Judiciário é decorrente de uma crise maior, a crise do Estado contemporâneo, aliada à crise do Direito e do processo, pois não funciona mais o sistema processual tradicional, com a morosidade da prestação jurisdicional, com o seu formalismo exacerbado, oriundo do positivismo jurídico. Não obstante várias medidas terem sido adotadas pelo Judiciário no sentido de solucionar os problemas apresentados, elas ainda são insuficientes. Contudo, o Judiciário brasileiro está acompanhando o movimento de reformas adotadas por outros países, visando solucionar os obstáculos que inviabilizam o acesso à Justiça.

1.5 O Direito de Acesso à Justiça

Entre os direitos humanos, encontra-se o direito de acesso à Justiça, reconhecido em vários ordenamentos jurídicos. O direito de amplo acesso ao Judiciário é garantido pela nossa Constituição Federal, no inciso XXXV do art. 5º: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Dessa forma, há uma garantia constitucional de que toda pessoa vítima de violência ou de ameaça ao seu direito possa acessar o Judiciário.

O princípio da acessibilidade ampla ao Judiciário surgiu com a Constituição de 1946, que tinha a seguinte redação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é fundamentalmente individualista, em decorrência dos princípios defendidos pelo liberalismo econômico e político. No Estado Liberal burguês, “o direito individual era identificado com o direito subjetivo” (BASTOS, 1989, p.174), o qual é definido por Ihering (1998, p.31) como “o interesse juridicamente protegido.” Essa concepção significa que, em primeiro lugar vem o indivíduo, que tem valor em si mesmo, e em seguida o Estado. Como se sabe, os direitos individuais precederam os coletivos.

Com a Carta de 1988, ampliou-se a defesa dos direitos violados para abranger a ameaça ao direito e não somente a lesão ao direito individual, como era anteriormente na Carta de 1967, com a alteração da Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 4º). Além disso, houve supressão do termo “individual”, para englobar, além dos interesses individuais, os interesses coletivos e os difusos, visando adequar o Texto constitucional às ações de caráter coletivo, como é o caso do mandado de segurança coletivo.

Assim, esses interesses são decorrentes das sociedades contemporâneas, caracterizadas por uma organização econômica, na qual a produção, a distribuição e o consumo assumem proporções de massa.

Distinguindo os interesses coletivos dos difusos, Bastos (1989, p. 180) afirma que nos “interesses coletivos, há um vínculo jurídico básico, uma geral *affectio societatis* que une todos os indivíduos, como as relações de parentesco no grupo familiar, o título de acionista na sociedade anônima [...]”. No que diz respeito aos interesses difusos, “não se nota qualquer vínculo jurídico congregador dos titulares de tais interesses que praticamente se baseiam numa identidade de situações de fato.” Citam-se como exemplo, os usuários de automóveis, que englobam uma massa indefinida de indivíduos espalhados por todo o território nacional.

A garantia de ingresso em juízo diz respeito ao direito de acesso ao Judiciário, seja como autor ou réu, somente sendo possível a denegação de sua pretensão e defesa nos casos estritamente previstos na lei, tendo em vista a universalização do processo e da Justiça. As garantias constitucionais do contraditório, do ingresso em juízo, do devido processo legal, têm por meta um único fim, que é o acesso à Justiça. Por isso, é preciso que o processo seja organizado e realizado de acordo com essas normas, “voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa”, uma vez que seu “escopo magno é a pacificação com justiça.” (DINAMARCO, 2005, p. 375).

O conceito de acesso à Justiça tem sofrido relevantes modificações ao longo do tempo. No Estado Liberal burguês (séculos XVIII e XIX), o acesso à Justiça significava apenas uma garantia formal do indivíduo de ajuizar ou contestar a ação e correspondia a uma igualdade puramente formal. O Estado mantinha uma posição passiva, não se preocupando com a desigualdade entre os litigantes, ou seja, a incapacidade das pessoas de utilizar a justiça de forma plena, por exemplo, a dificuldade enfrentada pelos mais carentes. Dessa forma, em decorrência do liberalismo, “os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante.” (CAPPELETTI; GARTH, 2002, p. 9).

Com o Estado do Bem-Estar Social, ou *Welfare State*, que surgiu no século XX, o acesso à Justiça passou a ser concebido como um direito efetivo, objetivando-se uma

igualdade material das partes, havendo uma atuação positiva do Estado para garantir os direitos sociais básicos: o direito ao trabalho, à saúde e à educação. De outra parte, foram criados direitos substantivos para fortalecer a posição dos indivíduos como consumidores, locatários, empregados e cidadãos (CAPPELLETTI; GARTH 2002).

Há um movimento universal de acesso à Justiça, que é uma reação ao liberalismo político e econômico, que apenas se preocupava com as liberdades civis e políticas, esquecendo-se de que para muitas pessoas esses direitos eram inacessíveis. Mediante o direito de acesso à Justiça, que é um dos direitos sociais, busca-se estender a Justiça ao maior número possível de pessoas. Segundo Cappelletti (1994, p.124) “[...] o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população.”

As sociedades modernas ultrapassaram as idéias individualistas do *laissez faire*, quando as ações e relacionamentos assumiram um caráter mais coletivo. As constituições principiaram a reconhecer direitos e deveres sociais, como os direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Generalizou-se a compreensão de que a atuação positiva do Estado é fundamental para garantir o gozo dos direitos sociais básicos. Dessa forma, o direito de acesso à justiça ganhou relevância nas reformas realizadas pelo Estado Social (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Não obstante o direito de acesso à Justiça seja atualmente considerado um direito social básico, a efetividade desse direito é um tanto quanto vaga. Segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 15) a efetividade do direito de acesso à Justiça se traduziria numa perfeita “igualdade de armas”, o que é bastante utópico, pois as distinções entre as partes dificilmente podem ser eliminadas de forma completa, o que não impede de se tentar vencer os vários obstáculos ao acesso.

Na visão de Cappelletti e Garth (2002, p. 8) a expressão acesso à Justiça é de difícil definição:

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Portanto, o direito de acesso à Justiça é considerado um direito social básico, mas não pode ser visto como um simples direito de acessar o Judiciário, pois o acesso à Justiça é muito mais abrangente, compreendendo o acesso a uma ordem jurídica justa, que deve ser extensiva ao maior número possível de pessoas.

Nos países ocidentais, várias soluções foram buscadas em relação ao problema de acesso à Justiça. Cappelletti e Garth (2002, p. 31) denominaram essas soluções de “ondas renovatórias” do Direito. A primeira onda consistiu na assistência judiciária aos menos favorecidos. Inicialmente, os serviços jurídicos eram prestados por advogados particulares, como serviços voluntários, sendo que os resultados foram insatisfatórios.

No primeiro quartel do século XX, a Alemanha instituiu um sistema de remuneração estatal aos advogados que prestassem assistência judiciária aos que a requeressem. Na década de sessenta, a assistência judiciária foi considerada uma das prioridades das reformas judiciárias, tendo começado em 1965, nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity* e continuado pelo mundo afora. Em 1972, a França criou um sistema de “*securité sociale*”, mediante o qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Assim, os sistemas de assistência judiciária foram melhorados em grande parte do mundo.

O segundo movimento importante diz respeito à representação dos interesses difusos. Para Cappelletti e Garth (2002, p. 26) interesses difusos são “interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito a um ambiente saudável, ou à proteção do consumidor.” Os autores sugerem uma solução mista ou pluralística para essa questão, devendo ser combinados recursos, tais como: as ações coletivas, as sociedades de advogados de interesses públicos, a assessoria pública e o advogado público, visando alcançar uma eficiente reivindicação dos interesses difusos, uma vez que as instituições governamentais, que tradicionalmente deveriam proteger o interesse público, não têm obtido muito êxito.

Essa onda de reformas levou a “uma verdadeira ‘revolução’ no processo civil”, segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 49), pois na concepção tradicional não havia lugar para a proteção dos novos interesses. O processo até então era visto somente como uma questão entre duas partes, objetivando a solução de um litígio relativamente aos interesses individuais dessas partes. Além disso, as normas relativas à legitimidade, às regras de

procedimento e à atuação dos magistrados, não eram adequadas a solucionar as demandas referentes aos interesses difusos.

Houve um movimento global rumo ao que Chayes (1976, apud CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50) chamou de “litígios de direito público,” relativos a assuntos relevantes de política pública, envolvendo numerosos grupos de pessoas. No que se refere à questão da legitimidade ativa, passou-se a permitir que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos. Além disso, houve uma necessidade de mudança do papel do juiz, bem como de conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido.”

Por fim, um conceito a ser alterado é o de coisa julgada, pois a decisão deve obrigar a todos, ainda que não tenham sido citados individualmente e nem tiveram oportunidade de serem ouvidos. Nesse sentido, foi significativa a criação da *class action* nos Estados Unidos. Enfim, a “visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50).

Distingue-se *class action* das ações coletivas. A primeira é muito difundida nos Estados Unidos, mas pouco utilizada nos países da *civil law*, enquanto que, na Europa continental, predominam as ações coletivas. Na *class action* confere-se a um ou alguns componentes da classe, que pode abarcar milhares de pessoas, legitimidade para representar toda a classe, desde que seja reconhecida como adequada pelo tribunal (CAPPELLETTI, 1994).

Nas ações coletivas, por sua vez, são atribuídas legitimidade para agir a associações em geral. Nessas ações há maior rigidez, uma vez que apenas associações devidamente registradas e existentes há certo tempo são legitimadas a ajuizar ações, enquanto que a vantagem das *class action*, segundo Cappelletti (1994, p. 124) é que “qualquer membro da classe pode, em certo sentido, designar-se a si próprio como campeão de toda a classe (sujeitando-se à verificação, pelo tribunal, de ser um ‘adequado’ campeão).”

A terceira onda renovatória consiste em um novo “enfoque de acesso à justiça”, segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 71, **grifo nosso**) que esclarecem:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e **a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.**

O novo enfoque admite a necessidade de se adequar o processo civil ao tipo de litígio. As controvérsias se diferenciam em relações às outras em vários aspectos, como a questão da complexidade e do montante das controvérsias. Além disso, devem ser levadas em conta as partes envolvidas em determinados litígios, que podem ter um relacionamento eventual ou prolongado, por exemplo, quando há necessidade de se preservar relacionamentos, a mediação tem sido mais indicada. Por último, os litígios têm repercussões tanto individuais como coletivas, as quais devem ser distinguidas, “porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 72).

Desde o início do século passado, grandes foram os esforços no sentido de modernizar os tribunais e seus procedimentos. Na Europa, sob a denominação de oralidade, os movimentos reformistas trataram da “livre apreciação da prova”, da “concentração do procedimento” e do contato “imediate entre juízes partes e testemunhas e com os juízos de instrução.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 76).

Quanto aos métodos alternativos para a solução de conflitos fora dos tribunais, têm sido utilizados procedimentos mais simples, bem como julgadores mais informais. Os mecanismos mais utilizados são: o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos, objetivando estes últimos a forçar acordos, tendo como consequência ao autor, caso não aceite proposta do réu, ser apenado com o pagamento das custas judiciais de ambas as partes (Inglaterra, Austrália e Canadá). Essas técnicas podem ter caráter de obrigatoriedade como podem ser opcionais para as partes (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Na visão de Cappelletti e Garth (2002), a necessidade de criar sociedades mais justas e igualitárias voltou as atenções para as pessoas comuns, que não tinham condições de enfrentar as organizações fortes e a burocracia do governo. Para servir a essas pessoas há necessidade de um sistema que tenha custos baixos, informalidade e rapidez, com julgadores ativos que tenham conhecimentos técnicos como jurídicos, bem como a capacidade

para lidar com controvérsias que dizem respeito a relacionamentos permanentes, como é o caso das questões entre locador e locatário.

Outra tendência tem sido a utilização de procedimentos e instituições especializados, visando tornar efetivos os novos direitos substantivos, que os menos favorecidos agora dispõem contra os comerciantes, empregadores, locadores etc... Trata-se de um novo enfoque de procedimento visando atrair cidadãos que de outra forma não iriam reclamar seus direitos. Foram criados os procedimentos especiais de Pequenas Causas, cujas características são a simplicidade, a informalidade, bem como a redução dos custos e da duração dos litígios. Uma medida recente é a instalação de “tribunais vicinais” para resolver conflitos na comunidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 120). Por fim, foram criados os tribunais especiais para demandas de consumidores.

Deve ser ressaltado que “muitos conflitos básicos envolvendo os direitos de indivíduos ou grupos, necessariamente continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares.” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 76). Enfim, a justiça tradicional tem papel fundamental, julgando relevantes questões de direito, principalmente as questões constitucionais, as relativas aos chamados litígios de direito público, como é o caso dos consumidores, dos ambientalistas e do público em geral, que são detentores dos interesses difusos.

Há uma tendência mundial de melhorar a prestação jurisdicional mediante o processo, buscando dar efetividade aos seus princípios. O princípio da instrumentalidade consiste numa nova forma de pensar dos processualistas e dos operadores do direito. A instrumentalidade do processo deve ser observada pelos lados negativo e positivo. O negativo, diz respeito à desconsideração do processo como fim em si mesmo, “evitando os males do exagerado processualismo.” O lado positivo consiste na noção de efetividade do processo, compreendida “como a capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político.” Enfim, o “processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso a uma ordem jurídica justa.” (DINAMARCO, 2005, p. 326).

De outra parte, os processualistas da atualidade precisam estar conscientes de que o processo moderno deve ser um espelho que reflete os fundamentos do Estado Democrático de Direito, adotados pela ordem constitucional vigente. Por isso, o processo deve ser considerado “um instrumento a serviço da ordem constitucional, [...] ele é, por assim

dizer, o microcosmo democrático do Estado-de-direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de legalidade e responsabilidade.” (DINAMARCO, 2005, p. 27).

O Estado brasileiro tem procurado eliminar os empecilhos de acesso ao Judiciário com medidas que, embora eficazes por algum tempo, não têm almejado afastá-los de uma vez por todas. Assim é que foi instituída a assistência judiciária gratuita, possibilitando um maior acesso à população carente (Lei nº1.060/1950). Foram criados também os Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984) e, mais recentemente, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que consolidou a posição conciliadora e propiciou às pessoas litigarem sem o auxílio de advogado, nas causas de valor até vinte salários mínimos. Por fim, houve um recrudescimento da arbitragem com a Lei nº 9.307/96.

No final do século XX, abriram-se duas frentes renovatórias do nosso direito positivo (THEODORO JÚNIOR, 2005). A primeira, destinada à instituição de ações especiais para tutelar os direitos coletivos e interesses difusos, como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, as ações coletivas de defesa do consumidor, etc. A outra frente foi voltada ao aperfeiçoamento do Código de Processo Civil de 1973. Na década de 1990, várias leis alteraram o referido diploma processual, todas buscando a simplificação dos procedimentos, a maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Houve a generalização da antecipação da tutela (art. 273 e 461), a adoção da citação pelo correio (art. 222), a instituição da ação monitória (art. 1102-a) etc.

Recentemente, foram aprovadas várias leis que alteraram pontos relevantes do Código de Processo Civil, todas elas buscando maior racionalidade e a redução das atividades simplesmente protelatórias. A Lei 11.277/06 refere-se aos processos repetitivos, nos quais uma questão que tenha sido objeto de reiteradas decisões judiciais, rejeitando a pretensão do autor, permite ao juiz julgar a lide antecipadamente, sem necessidade de citar o réu. Também a Lei 11.276/06, que trata da súmula impeditiva de recurso. Outro exemplo, é a Lei 11.441/07, que possibilita a efetivação do divórcio, da separação, inventário e partilha mediante escritura pública, sendo desnecessário o processo judicial.

Contudo, não basta a reforma legislativa, é preciso que haja uma mudança na estrutura e organização do Judiciário, bem como na mentalidade dos juízes e dos servidores da Justiça. Assim, para que se alcance o processo justo, a alteração apenas da legislação processual não será suficiente. Existem obstáculos de ordem política, social e administrativa, que deverão ser eliminados para ser efetivamente garantido o acesso à Justiça. A propósito, ressalta Theodoro Júnior (2005, p. 32): o “tão sonhado processo justo, que empolgou e dominou todos os processualistas no final do século XX, continua a depender de reformas, não de leis processuais, mas da Justiça como um todo.”

Finalmente, deve ser ressaltado que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, não impede a utilização de mecanismos consensuais de solução de controvérsias, que pode ser feito inclusive sob os auspícios do Judiciário. A propósito, como será analisado adiante, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem (AgRg SE 5.206). Destarte, deve haver uma conscientização, sobretudo dos juristas, de que os Tribunais não representam a única modalidade de resolução de conflitos de interesses, pois os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são métodos complementares ao processo jurídico tradicional.

2 OS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

2.1 Aspectos Gerais

Sabe-se que o conflito é bastante comum entre os seres humanos, tendo em vista a disputa pelos bens da vida, sendo poucos os bens e muitos os interesses. Há três diferentes formas de se obter a solução de um conflito de interesses: autotutela (ou autodefesa), autocomposição e heterocomposição. A autotutela é a solução violenta do conflito, na qual os litigantes tentam impor sua pretensão através da força. A autocomposição é a solução pacífica do conflito de interesses por meio dos próprios interessados e muitas vezes mediante a contribuição de um terceiro. Por fim, a heterocomposição ocorre quando a solução do litígio é atribuída exclusivamente a terceiros, estranhos ao objeto da controvérsia (AZEVEDO, A., 2003).

Em nosso sistema jurídico, é considerado crime o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal). Excepcionalmente, permite-se a autotutela em determinados casos, como ocorre na legítima defesa da posse e no desforço imediato na área cível; os atos de defesa, todavia, não podem ir além do indispensável para manter ou restituir a posse (art. 1210, § 1º, do Código Civil). No âmbito penal, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito não são considerados crimes por serem causas de exclusão da ilicitude (art. 23, incisos I, II e III, do Código Penal).

Nos primórdios do século XX, Chiovenda (2002, p. 8) definiu a jurisdição como:

[...] a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos [...], ressaltando o caráter substitutivo da jurisdição, afirma o citado autor: “o critério realmente diferencial, corresponde, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição; é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia.

Por sua vez, Amaral Santos, aludindo a Chiovenda (1977, p.63), ressalta o aspecto secundário e substitutivo da jurisdição:

A jurisdição é uma atividade secundária, substitutiva, porque se exerce em substituição à atividade das partes, que seria a atividade primária. Realmente, a atividade das partes em conflito se substitui pela do juiz, a fim de compô-lo e resguardar a ordem jurídica.

Considerando a idéia de que a função primária de composição de conflitos foi atribuída aos cidadãos, os processualistas passaram a estimular a autocomposição, sendo a jurisdição entendida como atividade secundária. Sob esse prisma, André Azevedo (2003, p. 158) sustenta que “o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quanto (sic) as partes não são bem sucedidas nesta atividade.”

A resolução de conflitos por formas diversas do processo judicial tradicional tem sido denominada métodos alternativos. Meulders-Klein (1997, p. 383, tradução nossa) ressalta a ambigüidade do termo alternativo:

Comumente empregada para qualificar o que poderia aparecer como novas técnicas de resolução dos conflitos em relação às antigas, mas também e sobretudo abranger: seja as modalidades procedimentais tendentes à resolução negociada em vez de contenciosa dos litígios, articulando-se com o processo judiciário; seja, ao contrário, formas de resolução destinadas a substituir o processo judiciário no âmbito de uma privatização, de uma deformalização e de uma dejudicialização da própria justiça

Os mecanismos alternativos de solução de controvérsias foram objetos de estudo pioneiros da Fundação Ford¹⁸, que concluiu pela necessidade de utilização de formas conciliatórias e alternativas, além de tribunais especiais, normalmente compostos por juízes leigos. Verificou-se que, em determinadas áreas e tipos de controvérsias, o processo tradicional pode não ser a melhor opção. Segundo Cappelletti (1994, p.126) “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.” É o que ocorre nos conflitos de vizinhança e nos familiares,

¹⁸ “New Approaches to Conflict Resolution. A Ford Foundation Report”, New York, maio de 1978. Esse relatório foi baseado nas pesquisas iniciais do Projeto de Florença sobre Acesso à Justiça, o qual foi financiado parcialmente pela Fundação Ford.

principalmente nestes últimos esse tipo de justiça vem se expandindo de forma considerável, por envolver uma relação complexa e permanente.

A expressão meios alternativos de resolução de conflitos é relativamente recente, tendo se originado das *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, que se desenvolveram nos Estados Unidos, a partir da década de 1980, apresentando-se como alternativas ao provimento jurisdicional estatal. Vários fatores propiciaram o desenvolvimento dos modos alternativos de resolução de conflitos nesse País: as taxas judiciárias e os honorários advocatícios são exorbitantes; os mecanismos alternativos distinguem-se pela celeridade, pela ausência de formalismo, pela economia de debates estritamente jurídicos ou processuais, como por exemplo os conflitos de competência, além da confidencialidade, da busca de uma solução que satisfaça mais à justiça e aos interesses econômicos das partes do que às regras de direito. Enfim, é uma forma alternativa para aqueles que não querem comparecer diante do juízo arbitral e da justiça estatal (EL-HAKIM, 1997).

Na verdade, os métodos alternativos de resolução de conflitos existem desde que surgiram as primeiras sociedades humanas, sendo muito mais antigos que a atual forma de justiça estatal. A arbitragem teria surgido na Babilônia, há três milênios AC, além do fato de que, desde épocas remotas, os homens procuraram resolver seus conflitos mediante a autotutela (MEDINA, 2004).

Esse é o entendimento de Meuders-Klein (1997, p. 384, tradução nossa) que sintetiza “assim a arbitragem, a conciliação e a mediação, verdadeiros arquétipos dos modos de resolução de litígios nas sociedades tradicionais.”

Destarte, em quase todas as culturas do mundo existiu a mediação, tais como: judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas e indígenas. Nas antigas comunidades judaicas, a mediação era usada por líderes religiosos e políticos, visando solucionar conflitos. Posteriormente, na Europa mediterrânea, na África do Norte e no Oriente Médio, os rabinos praticaram a mediação para decidir questões religiosas, pois os judeus em muitos lugares não tinham acesso a outros meios de resolução de disputas. Essas tradições judaicas foram utilizadas pelos cristãos emergentes, que consideravam Cristo como supremo mediador (MOORE, 1998). A Bíblia (1Tm 2, 5-6) menciona Jesus como mediador entre Deus e o

homem: “Pois há um só Deus, e um só mediador entre Deus e os homens: o homem Cristo Jesus, que se entregou em resgate por todos.”

Enfim, por muito tempo na Europa, até a época renascentista, a Igreja Católica e a Igreja Ortodoxa foram as principais instituições de resolução de conflitos, quando o clero exercia o papel de mediador nas disputas familiares, criminais e diplomáticas entre os membros da nobreza. Bianchi (1978, apud MOORE, 1998) descreve um caso de estupro, ocorrido na época medieval, em que a Igreja deu abrigo ao ofensor durante a resolução do conflito, servindo o clero como intermediário entre as famílias, culminando com um acordo no qual a família do estuprador aceitou indenizar a família da vítima, além de ajudar a mulher a encontrar um marido.

Segundo El-Hakim (1997, p. 347, tradução nossa), a “maior parte das constituições consagram o direito exclusivo do Estado de resolver os litígios. Mas é preciso muito para que este monopólio oficial seja consagrado na realidade.” A arbitragem se impôs no mundo todo, como um processo flexível e eficaz de resolução de conflitos. De outra parte, acrescenta o citado autor (1997, p. 348, tradução nossa) em inúmeros países asiáticos, africanos e em tribos árabes, os meios alternativos como a “a conciliação representa, há milênios, o modo básico de resolução dos conflitos e não cessou de coexistir com os processos modernos de resolução e de se adaptar a eles.”

Do ponto de vista de Watanabe (2003, p. 53) os norte-americanos e os europeus têm entendimentos diversos a respeito dos meios alternativos de solução de conflitos. Para os norte-americanos eles são todos os conflitos que não sejam solucionados pelo Judiciário, como é o caso da mediação e da arbitragem; enquanto que para alguns estudiosos europeus, “o meio alternativo é a solução pelo Judiciário”, uma vez que desde épocas remotas os conflitos foram resolvidos pela sociedade sem a interferência do Estado, sendo normais os métodos ditos alternativos. Inclusive no direito romano, a figura do juiz privado é anterior ao juiz estatal.

No Brasil, com a colonização portuguesa ocorreu a implantação do sistema jurídico vigente em Portugal. Segundo a legislação do período colonial, a função judiciária era exercida pelos juizes ordinários e os de fora, juizes especializados de órfãos e do crime (em alguns lugares) e logo abaixo vinham os almotacés e os juizes de vintena (ou pedâneos), estes

últimos com atribuições nas aldeias. Na hierarquia superior havia os ouvidores de comarca e os ouvidores-gerais, que eram nomeados pelo rei. Acima deles havia os donatários e posteriormente os capitães-mores ou governadores das capitanias subalternas, os capitães-gerais ou governadores das principais capitanias e o governador-geral ou vice-rei. Por fim, a última instância colonial era exercida pelas Relações (LEAL, 1997).

Analisando a participação dos particulares na resolução de litígios no Brasil, Medina (2004, p. 29) afirma que “foi marcante a presença de juízes leigos na organização judiciária do Brasil-Colônia”, pois com exceção dos juízes de fora e dos ouvidores, que eram “juízes letrados”, os outros ofícios eram exercidos por leigos.

Na época do Império, a justiça de paz no Brasil foi prevista nos arts. 161 e 162 da Constituição de 1824, sendo regulamentada pela Lei de 15 de outubro de 1827, que fixava a eleição dos juízes de paz para cada freguesia. O Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, “deu extraordinário relevo à figura do juiz de paz, investido de amplos poderes.” (LEAL, 1997, p. 218).

Com a República, a Constituição de 1891 instituiu a justiça federal e a estadual. Foram mantidos os juízes de paz, sendo em regra eletivos. Havia também os juízes temporários, que substituíam os vitalícios em seus impedimentos. A Carta de 1934 e a de 1937 mantiveram a justiça de paz eletiva, cuja competência era fixada em lei estadual. No entanto, durante o Estado Novo, os juízes de paz foram de livre nomeação dos governos estaduais. A Constituição de 1946 conservou os juízes de paz, sendo que a eletividade não era obrigatória (LEAL, 1997).

Na Constituição de 1988, a justiça de paz está descrita no art. 14, § 3º, inciso VI, alínea c, no art. 98, inciso II e no art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Atribuiu-se à União Federal, em relação ao Distrito Federal e aos Territórios, e aos Estados-membros a competência para a criação da justiça de paz remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos, tendo competência para celebrar casamentos, verificar o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional (inciso II do art. 98).

Segundo o entendimento de Eros Grau,¹⁹ o fato de não haver uma legislação nacional sobre a justiça de paz é um obstáculo para sua implantação nos Estados-membros, “que buscam formas alternativas para o provimento dos cargos que surgem na medida em que os atuais juízes deixam suas funções, em idade bastante avançada, por morte ou aposentadoria, sem o efetivo cumprimento do art. 98, II, da Constituição do Brasil.” Pode-se dizer, portanto, que a atribuição conferida pelo supracitado dispositivo constitucional, segundo o qual os juízes de paz exerceriam a função de conciliação, ainda não foi ainda colocada em prática na grande maioria dos Estados-membros.

No entanto, o Brasil, bem como outros países do sistema *civil law*, tem pouca tradição de utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Os advogados pátrios não têm muito conhecimento da questão, não só pela reduzida literatura sobre o assunto, bem como pelo escasso número de cursos jurídicos cujos currículos incluem disciplinas versando o tema. De outra parte, a nossa cultura jurídica tem a tendência de acreditar que apenas o Estado tem capacidade para resolver os litígios, além do temor de que os institutos da arbitragem e da mediação possam diminuir a procura pelos serviços profissionais dos advogados (MEDINA, 2004).

O Banco Mundial²⁰, em um estudo a respeito da situação do Poder Judiciário na América Latina e no Caribe, ressaltando a necessidade da reforma do Judiciário como relevante para o desenvolvimento econômico e a democracia, esclarece que os principais fatores que afetam a qualidade dos serviços judiciários são: a morosidade e o monopólio. Por isso, além de várias propostas no sentido de aprimorar a eficácia e o funcionamento do Judiciário, conclui pela necessidade de implantação dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como um instrumento de ampliação do acesso à Justiça, para uma parte expressiva da população, e como uma alternativa à morosidade do sistema jurídico tradicional.

¹⁹ No voto proferido na ADI 2.938-0-MG, na qual atuou como relator, tendo o Plenário do STF, em 09/06/2005, julgado inconstitucionais o art. 6º, os incisos VIII e IX, do art. 15, e a expressão “e garante direito a prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento” do art. 22, da Lei Estadual nº 13.454/2000, cujo acórdão foi publicado no DJ de 09/12/2005.

²⁰ Documento Técnico n. 319, de 1996.

Os meios alternativos de resolução de conflitos vêm aos poucos ganhando importância no País. Foi relevante a instituição do INAMA – Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, entidade privada sem fins lucrativos, fundada em 1991, com o apoio técnico da American Arbitration Association (AAA) – EUA, da qual é membro desde sua fundação. O INAMA tem grande experiência na administração de processos de mediação e arbitragem, bem como na realização de cursos de formação de árbitros e mediadores.

Posteriormente, foi criado o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), sociedade civil sem fins lucrativos, instituída em 24 de novembro de 1997, na data do 1º aniversário de vigência da Lei nº 9.307/96 durante seminário realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, por entidades representativas da mediação e da arbitragem no Brasil. Por meio de atuação junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento, logrou a aprovação de um projeto de financiamento para o desenvolvimento da arbitragem e da mediação no Brasil, instituindo os Regulamentos-Modelo e os Códigos de Ética.

Até bem pouco tempo, a cultura ocidental dava prioridade ao “paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis.” (SCHNITMAN, 1999, p. 17). O método tradicional privilegia a disputa e o conflito, fazendo com que uma das partes seja considerada vencedora e a outra vencida. Esse método reduz as opções de soluções possíveis, o que dificulta as relações entre as pessoas em litígio, além de gerar altos custos financeiros e afetivos.

Em contrapartida, o contexto de resoluções alternativas possibilita o diálogo e promove a aptidão das partes no sentido de encontrar soluções consensuais para a resolução de conflitos, que passam a ser vistos também como uma oportunidade de desenvolvimento pessoal. O novo paradigma é o “ganhar-ganhar”, pois ambas as partes podem ser vencedoras. Segundo Schnitman (1999, p. 18), os envolvidos são guiados “à co-participação responsável, admitem a consideração e o reconhecimento da singularidade de cada participante no conflito, consideram a possibilidade de ganhar conjuntamente, de construir o comum e assentar as bases de soluções efetivas [...]”

Em um contexto de complexidade das sociedades contemporâneas, em que os conflitos entre pessoas de diferentes credos religiosos, de diferentes raças e culturas, de diversidade de situações econômicas e sociais são dificilmente resolvidos pelos meios tradicionais de resolução de conflitos, os novos métodos oferecem opções mais adequadas e eficientes. Enfim, os “novos paradigmas para a resolução alternativa de conflitos definem um campo que, por natureza, tende a ser multidisciplinar, atravessa fronteiras, trabalha com a diferença [...] a fim de preparar futuros melhores e atuar sobre a qualidade de vida das pessoas [...]” (SCHNITMAN, 1999, p. 26).

Os advogados têm relevante papel nos meios alternativos de solução de conflitos, embora sua atuação seja facultativa na arbitragem (art. 21, § 3º, da Lei 9.307/96). Na mediação sua atuação é de grande importância, sobretudo no momento de redigir o acordo que porá fim ao conflito. Quanto à conciliação, nos Juizados Especiais, é dispensada a presença dos advogados quando o valor não ultrapassar vinte salários mínimos; podendo, todavia, participar como juízes leigos e árbitros. De outra parte, é dever dos advogados incentivar a conciliação entre os litigantes, prevenindo os litígios sempre que possível (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB). A presença dos advogados “deve continuar sendo uma opção conferida às partes, de forma a serem mantidos os aspectos consensuais que regem os meios alternativos de solução de litígios.” (MEDINA, 2004, p. 116).

Em torno dos mecanismos alternativos criaram-se vários mitos: o do monopólio estatal de realização da Justiça; a noção de que resultam de imposição de grupos econômicos e do Neoliberalismo; esses meios alternativos de solução de controvérsias por particulares representariam a privatização do processo. Medina (2004, p. 135) refuta essas críticas, afirmando que o Estado tem sido bastante ineficiente na prestação jurisdicional; a idéia de um juiz particular antecede o próprio liberalismo; e, por fim, aliado ao fato da arbitragem existir desde a Antiguidade, há uma concepção publicística do árbitro, reiterando “a idéia de que a arbitragem é jurisdicional em sua função.”

Para que haja êxito dos meios alternativos de resolução de conflitos é preciso sua correta utilização pelos participantes. Segundo El-Hakim (1997, p. 357, tradução nossa) “o sucesso dos modos alternativos de resolução depende definitivamente da boa vontade e da boa-fé dos interessados.” É claro que um devedor recalcitrante pode se utilizar

desses métodos para retardar ainda mais o pagamento de seu débito. Em contrapartida, esses meios alternativos de solução de conflito proporcionam às empresas sérias e às pessoas responsáveis um modo rápido e eficaz, limitando os desgastes naturais dos litígios, além de atender aos interesses recíprocos das partes e preservar suas relações futuras.

É relevante a utilização dos meios alternativos de resolução de litígios no direito de família, em decorrência da multiplicidade de crises e rupturas conjugais, gerando conflitos patrimoniais e extra-patrimoniais; bem como pela dimensão humana da natureza desses litígios, tanto em relação ao casal quanto aos filhos, pois, além do fato de serem menos traumáticos, procuram preservar os relacionamentos.

Na maior parte dos países ocidentais, os conflitos familiares ocupam mais da metade do tempo dos magistrados, além do alto custo financeiro que representam. Portanto, segundo Meulders-Klein (1997, p. 385, tradução nossa):

Convenhamos que existem ainda ao mesmo tempo razões muito específicas que favorecem os modos de resolução pacífica dos conflitos familiares, mas também considerar estas formas alternativas de ‘justiça doce’ sob um ângulo diverso do direito empresarial e dos contratos.

Caso as partes decidam pela participação do particular na resolução de litígios, é fundamental a questão da escolha de qual modo alternativo de resolução de conflitos é o mais conveniente para o caso específico. Tanto a conciliação, a arbitragem e a mediação apresentam vantagens e desvantagens, sendo cada um dos institutos mais indicado para determinados tipos de disputa. A mediação, por exemplo, tem sido bastante utilizada em questões relativas ao direito de família, pois “nenhuma área de conflito reflete melhor as vantagens e desvantagens da negociação de acordos, feitos através da mediação, do que a familiar.” (SERPA, 1999, p. 17). Enfim, esse instituto é mais apropriado quando envolver relacionamentos que perduram no tempo e quando as partes desejarem ter um maior controle da disputa (MEDINA, 2004).

De outra parte, os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, tais como a conciliação, a arbitragem e a mediação, “representam um ensejo concreto de participação popular na administração da justiça – e sua conseqüente democratização”, sendo

também uma resposta ao esgotamento “do atual modelo judiciário estatal.” (MEDINA, 2004, p. 63).

Sintetizando, as vantagens desses mecanismos alternativos são grandes. Primeiro, porque a conciliação feita pelo juiz é inviável em razão das pautas superlotadas. Segundo, pelo fato do juiz ser voltado para a cultura da solução adjudicada da controvérsia e não para a pacificação social. Terceiro, porquanto os meios consensuais de resolução de conflitos, além de serem alternativas ao processo, são instrumentos complementares ao “fórum de múltiplas portas”, sendo mais indicados para realizar a pacificação social. Enfim, esses meios alternativos objetivam modificar a cultura do conflito em cultura da pacificação social, que deve ser o caminho a ser percorrido para haver uma transformação da política judiciária do País.

Destarte, nas sociedades contemporâneas, surgiu a necessidade de serem resgatados os meios alternativos de solução de conflitos, que existiram desde épocas bastante remotas, não apenas com o intuito de desafogar o Judiciário, mas, principalmente, como método eficaz de prestação de justiça e de pacificação social. Esses métodos alternativos de solução de controvérsias podem ser implementados tanto dentro como fora do Judiciário.

Finalmente, deve ser salientado que os métodos alternativos de resolução de conflitos, que serão objeto de análise no próximo capítulo, inserem-se na terceira onda renovatória, isto é, em um “novo enfoque de acesso à Justiça”, segundo terminologia utilizada por Cappelletti e Garth (2002, p.71). Essas ondas renovatórias levaram à realização de reformas estruturais no Judiciário, bem como no sistema processual dos países ocidentais, visando tornar a Justiça mais acessível e mais adequada à sociedade contemporânea.

Neste trabalho, pretende-se estudar a arbitragem, a conciliação e a mediação, sendo que os dois primeiros serão analisados superficialmente, pois a mediação é o objeto central do estudo. Enquanto a conciliação e a mediação são formas de autocomposição, a arbitragem é um meio de heterocomposição, assim como o processo judicial tradicional. Destarte, os meios alternativos têm sido implementados com grande sucesso em vários países, como procedimentos complementares ao processo judicial tradicional. Como se demonstrará esses métodos alternativos, além de serem mais democráticos, são mais rápidos, mais baratos e mais eficientes em muitos casos.

2.2 A Conciliação

A expressão conciliação é oriunda do latim *conciliatione*, significando ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de litigantes. Para Dinamarco (1995, p. 127) é bi-semântico o vocábulo conciliação: “ora designa a atividade desenvolvida pelo juiz com vista a obter o acordo de vontades e extinção do processo e do conflito; ora designa o próprio acordo de vontades, ou seja, a autocomposição do conflito.”

Como foi mencionado no capítulo anterior, a conciliação é uma forma muito antiga de resolução de controvérsias, sendo esta a razão da dificuldade de se encontrar suas verdadeiras origens, embora se presume que muitos povos antigos tenham feito uso da conciliação. Admite-se sua existência entre os hebreus, entre os gregos antigos e na Lei das XII Tábuas, tendo significativo papel na época medieval (MEDINA, 2004). Contudo, não se tem notícia se os mecanismos utilizados eram similares aos atuais.

A Constituição brasileira de 1824, seguindo o modelo da Constituição francesa de 1791, instituiu a exigência de tentativa de conciliação prévia, no artigo 161: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.” Complementando no art. 162 dispôs: “Para este fim haverá Juizes de Paz, os quais serão eletivos [...]”

A Lei de 15 de outubro de 1827 atribuía ao juiz de paz a função de conciliar as partes, julgar pequenas demandas, desde que a causa não ultrapassasse determinado valor. A Lei de 11 de novembro de 1937 atribuiu competência ao juiz de paz para conhecer de ações oriundas de contratos de locação de serviços, mantida pelo Decreto de 15 de março de 1842 (AZEVEDO, L. 2005).

O Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, determinava no art. 23 que “nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.” A conciliação foi extinta logo após a proclamação da República pelo Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890, ficando ressalvada às partes “a faculdade de encerrarem a causa, em qualquer estado e instância, por desistência, confissão ou transação.” (PACHECO, 1999, p. 311).

Nas primeiras décadas do Século XX, cada Estado-membro adotava uma legislação processual própria. No Estado de São Paulo, o Código de Processo Civil, de 1930, previu a conciliação nos arts. 368 a 371, apresentando, contudo, caráter facultativo. Em 1943, com a Consolidação das Leis Trabalhistas, instituída mediante o Decreto-Lei nº 5.452, a exigência de tentativa de conciliação foi incluída novamente no processo (art. 846). Em seguida, surgiu a Lei nº 968, de 10/12/49, que trata de ações de “desquite litigioso” e nas ações de alimentos (PACHECO, 1999).

Posteriormente, com o novo Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, introduziu-se o instituto da conciliação, quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, bem como nas causas relativas à família (art. 447 e parágrafo único), que deve ser tentada no início da audiência de instrução e julgamento. Contudo, a tentativa de conciliação não é obrigatória para as partes, que podem demandar diretamente ao Judiciário, mas é dever de ofício do magistrado tentar conciliá-las.

Mediante a Lei nº 8.952/94, uma das leis que alterou a legislação processual civil, criou-se uma audiência de conciliação, também chamada audiência preliminar (artigo 331), sendo que o acordo obtido pelas partes será reduzido a termo e homologado pelo juiz (§1º). Além disso, a supracitada Lei prescreve como um dos deveres e responsabilidades do juiz, tentar a qualquer tempo conciliar as partes (no art. 125, inc. IV). Para Dinamarco (1995, p. 120) “a reforma do Código de Processo Civil trouxe a clara manifestação do intuito de estimular os juízes a investir nas tentativas de conciliar.”

A Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984 (Lei de Pequenas Causas), que inovou bastante o nosso sistema jurídico, ao disciplinar o processo e o procedimento para as causas de pequeno valor, prevendo a implantação, nos Estados, dos Juizados de Pequenas Causas, modificou de forma radical a Justiça civil, em razão da desburocratização e agilização e ao permitir a realização de conciliações.

A Carta de 1988 tratou da conciliação em alguns dispositivos. Previu a criação dos Juizados Especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para julgar e executar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98). Impôs à Justiça do Trabalho a função de conciliar os conflitos individuais e coletivos no art. 114. Por fim, estabeleceu que a União e os Estados criarão

justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos, tendo competência para celebrar casamentos, verificar o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional (inciso II do art. 98).

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Buscando a simplificação do processo para que se torne mais rápida e efetiva a prestação jurisdicional, prescreveu que a conciliação pode ser conduzida por juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Deu tanto relevo à conciliação que previu a possibilidade de acordo perante os Juizados Especiais, mesmo de causas que excedam o limite legal de 40 salários mínimos (§3º do art. 3º).

Priorizando a autocomposição da lide, os juizados dispõem de dois tipos de auxiliares: os juízes leigos e os conciliadores. Havendo acordo, este será reduzido a termo e homologado por sentença do juiz togado, valendo como título executivo. Em caso de ser frustrada a conciliação, há possibilidade de escolha do júízo arbitral, dentre os juízes leigos (art. 24 e § 2º). Os conciliadores e juízes leigos são considerados auxiliares da Justiça, sendo os primeiros recrutados de preferência entre os bacharéis de direito e os segundos entre advogados com mais de cinco anos de experiência (art. 7º). Para prevenir a imparcialidade dos juizes leigos, estes são proibidos de advogar perante os Juizados Especiais enquanto desempenharem tal função (parágrafo único do art. 7º).

Em razão do êxito que teve os Juizados Especiais na Justiça Ordinária, a Lei 10.259, de 2001, instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. O Min. Delgado (2002, p. 6) manifestou preocupação com “o fato de não existir, na formação dos Juízes Federais a cultura da conciliação. Espero que haja uma evolução em tal aspecto, [...] a conciliação é a técnica mais eficaz de solução de conflitos judiciais.”

É comum a confusão entre os institutos da conciliação e da mediação, havendo divergência entre os estudiosos do assunto. Não há dúvida que eles têm semelhanças, pois ambos são métodos consensuais de resolução de conflitos, que se caracterizam pela ausência de um poder de decisão por parte dos mediadores ou conciliadores, bem como pela informalidade e pela possibilidade de atuação de pessoas leigas, propiciando uma maior rapidez e eficiência na resolução de conflitos.

No entanto, são institutos diversos. Primeiramente, os papéis dos conciliadores e dos mediadores são diferentes. A função do conciliador é sugerir a solução consensual do conflito, após ouvir as partes em litígio, intervindo, muitas vezes, no sentido de forçar o acordo para se evitar o processo judicial. O papel do mediador é mais amplo, pois visa trabalhar o conflito, orientando as partes para que descubram suas causas e tentem removê-las, visando alcançar suas próprias soluções para a controvérsia.

Em segundo lugar, na conciliação, a finalidade é a realização do acordo entre as partes, enquanto na mediação o acordo é mera consequência, pois visa reconstruir o diálogo entre as partes, resolvendo o conflito de forma integral e não somente a lide processual. Além disso, a mediação é um método de prevenção e solução de conflitos, enquanto a conciliação é um modo de resolução de litígios.

Por último, a conciliação é indicada para a resolução de conflitos em que não haja vínculos entre as partes, sendo as relações meramente circunstanciais, como por exemplo, nos processos relativos a acidentes de trânsito. A mediação, como será explicitado adiante, é uma atividade técnica mediante a qual um terceiro imparcial atua no sentido de estimular as próprias partes a encontrarem soluções para suas controvérsias, sendo normalmente indicada para as relações contínuas e duradouras, como ocorre nos conflitos familiares e de vizinhança.

Para Medina (2004, p. 58), os objetivos buscados na conciliação e na mediação são diferentes. A conciliação visa resolver a controvérsia mediante o acordo entre as partes, enquanto que o objetivo da mediação é a pacificação social, possibilitando a mudança do relacionamento entre as partes por meio do diálogo. Portanto, a mediação não se preocupa somente com a realização de um acordo entre as partes, uma vez que sua meta “é o reatamento daqueles que estavam em conflito. Pacificar relações, eis o fim máximo pretendido com a mediação.”

Segundo Lindeperg e Guillaume-Hofnung (2002, p.17, tradução nossa), a conciliação “pode ser definida como um processo, geralmente informal, pelo qual as partes em conflito tentam, com a intervenção ou não de um terceiro, o conciliador, aproximar seus pontos de vista, a fim de encontrar uma solução para o seu litígio.” De outra parte, os supracitados autores assim definem a mediação: “como um processo, geralmente formal, pelo

qual um terceiro imparcial, o mediador, tenta por meio do diálogo entre as partes lhes permitir confrontar seus pontos de vista e procurar com sua ajuda uma solução para o conflito.”

Morais (1999, p.135), por sua vez, distingue conciliação e mediação. A conciliação:

Apresenta-se como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa a facilitar a comunicação entre os envolvidos [...].

Em contrapartida, para El-Hakim (1997, p. 349, tradução nossa) ambos os institutos se caracterizam pela ausência do poder de decidir, sendo que as partes sozinhas deverão encontrar uma solução ou aceitar a que for sugerida pelo mediador. Conclui:

Parece difícil distinguir esses dois modos. Um e outro comportam a intervenção de um terceiro, neutro e independente, que tenta aproximar as partes em litígio, explorando as soluções possíveis e levando as partes a realizarem um acordo.

Nessa linha de entendimento, Targa (2004, p. 136) afirma que a conciliação, “enquanto atividade, nada mais é que a mediação das partes em conflito. [...] Também é mediação endoprocessual aquela determinada pelo Juiz no curso do procedimento, e encaminhada pelo conciliador.”

A conciliação, portanto, é bastante disseminada no Brasil, não somente nos Juizados Especiais Cíveis, mas também na Justiça Comum. A esse respeito vale destacar os resultados alcançados com a conciliação no Tribunal de Justiça de São Paulo. Desde 2004, funciona o Setor de Conciliação do Tribunal, que atende causas de competência de Varas Cíveis. Em agosto de 2007, o Setor de Conciliação em 1ª Instância do Fórum João Mendes Júnior realizou 635 (seiscentos e trinta e cinco) audiências extraprocessuais, com 484 (quatrocentos e oitenta e quatro) acordos, representando um índice de 76% (setenta e seis por cento). A conciliação extraprocessual no Setor de Conciliação funciona, desde 2005, da seguinte forma: o interessado procura o Setor, a outra parte é convocada para a tentativa de

acordo. Caso seja realizado acordo, ele será homologado, sendo resolvida a questão antes do ajuizamento de uma ação judicial.²¹

Diante da gravidade da crise aérea no Brasil, o Judiciário determinou a instalação de juizados especiais, no dia 8 de outubro de 2007, para atender à demanda nos aeroportos do Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília, cujo prazo de funcionamento foi previsto inicialmente até 31 de janeiro de 2008. Foi prorrogada a data para o dia 31 de março do ano em curso, em razão do volume de demandas nos juizados. A partir da data de inauguração até janeiro de 2008 foram realizados 6.111 (seis mil cento e onze) atendimentos, relativas a diversos²² problemas, como o atraso e cancelamento de vôos, *overbooking*, bem como extravio de bagagens.

Finalmente, um grande incentivo à conciliação em nosso País é o Movimento pela Conciliação, uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tendo como parceira a AMB. O Movimento foi lançado em agosto de 2006, promovendo o Dia Nacional de Conciliação,²³ em 08 de dezembro de 2006, ocasião em que se realizaram 80.000 (oitenta mil) audiências em tribunais de todo o País. Em 2007, no período de 3 a 8 de dezembro, foram atendidas 330.000 (trezentos e trinta mil) pessoas, realizadas 174.855 (cento e setenta e quatro mil, oitocentos e cinquenta e cinco) audiências, nas quais 74.167 (setenta e quatro mil, cento e sessenta e sete) acordos foram obtidos, sendo que o valor total de pagamentos foi de R\$ 340.000.000 (trezentos e quarenta milhões)²⁴.

No Brasil, contudo, de maneira geral as pessoas preferem acionar o Judiciário em busca de uma sentença, em vez de utilizar a conciliação, que é a melhor forma de pacificação social. Por isso, é fundamental o resultado alcançado com o Movimento pela Conciliação, como forma de demonstrar à sociedade a importância de modificar a cultura da litigiosidade pela da conciliação. Segundo a Min. Ellen Gracie,²⁵ o objetivo do Judiciário ao realizar audiências de conciliação, é fazer com que a sociedade seja “menos litigiosa e mais pacífica.”

²¹ Boletim da Conciliação do CNJ de 05/10/2007.

²² Segundo Comunicação do CNJ de 10 de janeiro de 2008, obtidos no site da AMB – <http://www.amb.com.br>, acessado em 10 de janeiro de 2008.

²³ Boletim da Conciliação do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, de 05/10/2007.

²⁴ Publicado no Boletim Semanal – AMB Informa, edição nº 100, de 1º a 31 de dezembro 2007.

²⁵ Presidente do Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado no Boletim Semanal – AMB Informa, edição nº 100, de 1º a 31 de dezembro de 2007.

Em síntese, a conciliação é um instituto previsto em várias legislações, estando bastante disseminado no Direito brasileiro. A conciliação objetiva a realização do acordo entre os litigantes, diferentemente da mediação que visa resolver de forma integral o conflito entre as partes mediante a reconstrução do diálogo entre elas. Enfim, a conciliação é muito indicada para os conflitos em que não há vínculos entre as partes, como ocorre nas questões relativas a acidentes de trânsito.

2.3 A Arbitragem

A arbitragem teve origem na Antiguidade, havendo provas de sua existência na Grécia, tanto entre particulares como entre as cidades-estados, como é o caso do Tratado de Paz entre Esparta e Atenas, em 445 a.C (MORAIS, 1999).

Em Roma, havia dois tipos de arbitragem: a facultativa, fixada por contrato entre os litigantes, que era extrajudicial, e a arbitragem necessária ou obrigatória, dita judicial. Com a publicização do Estado romano, a jurisdição estatal foi ocupando o espaço do juízo arbitral. No entanto, na Idade Média o instituto teve grande recrudescimento. Em Portugal, era bastante difundida a prática da arbitragem, havendo disposições expressas nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (MEDINA, 2004).

As Ordenações Afonsinas, no Livro III, tratam dos juízes árbitros e dos arbitradores, prescrevendo que:

Entre os juízes árbitros e os arbitradores (que quer tanto dizer, como avaliadores ou estimadores) há aí diferença; porque os juízes árbitros não somente conhecem das causas e razões, que consistem em feito, mas ainda das que estão em rigor de Direito, e guardarão os atos judiciais, como são obrigados de os guardar os juizes ordinários e os delegados. E os arbitradores conhecerão somente das cousas, que consistem em feito; e quando perante eles for alegada alguma cousa, em que caiba dúvida de Direito, remetê-la-ão aos juízes da terra, que a despachem e determinem, como acharem por Direito; e daí em diante, havida sua determinação, procederão em seu arbitramento, segundo bem lhes parecer, guardando sempre o costume geral da terra, que ao tempo de seu arbitramento for costumado. (PACHECO, 1999, p. 334).

No Brasil, a Constituição de 1824 prescrevia sobre a arbitragem, no artigo 160: “Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.”

Também o Código Comercial de 1850 estabelecia em alguns dispositivos a arbitragem obrigatória (como, por exemplo, no art. 294) e o Regulamento 737 de 1850 previa o juízo arbitral obrigatório para as causas comerciais (art. 411). Todavia, esses dispositivos foram revogados pela Lei 1.350/1866. A arbitragem foi introduzida por meio do Protocolo de Genebra de 1923 e do Código Bustamante (MEDINA, 2004).

A arbitragem foi adotada pelos Códigos de Processo Civil de 1939 (art. 1.031 a 1.040) e de 1973 (arts. 1072 a 1.102). A Carta de 1988, no art. 4º, inc. VII, abriga o princípio da solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais e prevê a possibilidade de utilização da arbitragem, quando frustrada a negociação coletiva de trabalho (art. 114, § 1º). A Lei 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais, prescreve o juízo arbitral (art. 24 a 26), após a tentativa de conciliação.

Atualmente, o juízo arbitral é regulado pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei Marco Maciel), que estabeleceu que as pessoas capazes podem valer-se da arbitragem. É um método de solução de controvérsias, no qual as partes, para solucionar as divergências relativas a direitos patrimoniais disponíveis, elegem um árbitro, o qual é o juiz de fato e de direito e cuja decisão não está sujeita à homologação ou passível de recurso no Judiciário (art. 18).

Segundo Morais (1999, p. 177) o instituto da arbitragem era facultativo até a vigência dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, pois os citados dispositivos legais prescreviam somente a respeito do compromisso arbitral, estabelecido pelas partes após o surgimento do litígio. Conclui o citado autor, com a nova Lei de Arbitragem, “uma vez convencionalizada passa a ser de cunho forçado.” A cláusula arbitral foi equiparada ao compromisso, tornando a simples promessa de contratar em obrigação, que não pode ser resolvida em perdas e danos.

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, dependendo da vontade das partes (art. 2º). As partes que tiverem interesse podem submeter a solução de seus conflitos ao juízo arbitral através da convenção de arbitragem, “assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art. 3º). A convenção de arbitragem é o gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies. A diferença entre ambos “é que a primeira é genérica, abrangendo um número indeterminado de lides; enquanto

que o segundo é específico, visando a solução de lides existentes e perfeitamente delimitadas.” (BARBOSA, 2002, p. 171).

A opção pela arbitragem como método de resolução de conflitos pode se dar em dois momentos diversos: o primeiro, quando as partes realizam um contrato e convencenam que qualquer questão dele resultante será resolvida mediante a arbitragem, o que é feito através da cláusula compromissória, que é anterior ao surgimento do conflito; o segundo momento é quando já existe o conflito e as partes decidem submetê-lo à decisão de um árbitro, sendo firmado o compromisso arbitral, o que pode ser feito nos autos de um processo judicial ou extrajudicialmente, por instrumento público ou particular (TARGA, 2004).

Pode ser árbitro a pessoa capaz que goze da confiança das partes (art. 13), podendo ser um ou mais árbitros, mas sempre em número ímpar (§ 1º). Não se exige que o árbitro tenha formação superior, desde que tenha capacidade civil e capacidade técnica que lhe permita resolver o litígio. Justamente esse ponto é uma das vantagens da arbitragem, que possibilita maior qualidade na resolução da controvérsia, uma vez que a questão é resolvida por especialista no assunto. Segundo Medina (2004, p. 72), é grande o número de questões técnicas constantes dos processos submetidos ao Judiciário, que necessitam de “conhecimentos altamente especializados”, os quais grande parte dos magistrados não possui, como por exemplo, um técnico em informática tem as qualidades necessárias para decidir questões sobre *internet*.

Carmona (1993, p.19)²⁶ assim define a arbitragem:

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

Caracteriza-se a arbitragem pela extensa liberdade de contratação, pois as partes, além de definirem o objeto do litígio, têm a opção de escolher as regras aplicáveis; pode ser utilizada em qualquer controvérsia, desde que diga respeito a direito patrimonial disponível; o árbitro tem liberdade de regular o procedimento, caso não haja sido convencionado pelas partes; faculta maior celeridade na solução da controvérsia, pois as

²⁶ Integrou a comissão que elaborou o anteprojeto da Lei de Arbitragem no Brasil.

partes podem estabelecer os prazos, ou caso não tenha sido convencionado, no prazo de seis meses; o procedimento é sigiloso, se for do interesse das partes; e a sentença arbitral constitui título executivo judicial. (MORAIS, 1999).

A arbitragem somente é possível nas questões que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/96, sendo recusado esse instituto quando se tratam de direitos indisponíveis. Além disso, é uma escolha mais indicada quando houver uma grande desigualdade econômica ou social entre as partes, bem como quando uma delas tiver direitos legais aparentes. Em resumo:

A arbitragem é a melhor opção quando há prevalência das questões jurídicas sobre as questões de fato; quando as partes não estejam na contingência de manter relações mais próximas após a solução do conflito; quando existe um desequilíbrio de poder significativo entre os litigantes e quando há necessidade de se realizarem provas, perícias, ou de se ouvirem testemunhas. (MEDINA, 2004, p. 105).

A consolidação da Lei de Arbitragem deve-se a quatro fatores: a segurança jurídica; a difusão cultural; a conscientização dos advogados e a manutenção de regras flexíveis. A Lei 9.307/96 possui um “arcabouço lógico de conceitos”, sendo a segurança jurídica propiciada pelo Judiciário mediante suas decisões, que servem como paradigma na aplicação da citada lei. A difusão cultural consiste na conscientização da sociedade quanto à existência dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, demandando extensa divulgação na imprensa e demais meios de comunicação. É relevante a presença de advogados, tanto orientando seus clientes sobre a conveniência, ou não, de utilizar da arbitragem, quanto no momento de elaboração da cláusula arbitral (LEMES 2004, p.25).

No que se refere à flexibilidade das normas, a arbitragem não tem o antagonismo das lides forenses e os árbitros possuem maior liberdade de atuação, o que conduz a uma maior celeridade do procedimento. Em suma:

A arbitragem pressupõe a adoção de normas mais flexíveis, adstritas aos princípios da autonomia da vontade, do devido processo legal, da não violação da ordem pública e dos bons costumes, da diligência e operabilidade dos árbitros e de suas decisões [...].” (LEMES, 2004, p. 25).

Uma questão controvertida é a que se refere à natureza jurídica da arbitragem, pois não há um consenso entre os juristas e doutrinadores, existindo três correntes: a privatista, dando ênfase à sua natureza contratual, pois o árbitro não teria o poder de coerção dos juízes; a publicista, que admite a função jurisdicional dos árbitros, não porque as partes os escolheram, mas em razão do Estado conceder-lhes esse caráter, tendo o laudo nuances próprias de uma sentença; e, por último, a que defende a natureza mista, isto é, contratual e jurisdicional, da arbitragem (MEDINA, 2004).

Segundo Martinez Vazquez de Castro (1991 apud CARRASCO, 2005, p.60, tradução nossa) que defende a teoria contratualista, enquanto a sentença obriga por ser proferida por um órgão do Poder público, independentemente da vontade das partes em conflito, o laudo obriga porque as partes assim o quiseram. Conclui o citado autor: “Daí que o árbitro não seja um Juiz, nem a arbitragem um fenômeno processual, senão material e substantivo, que por sua estrutura é um contrato de trato procedimental.”

Targa (2004) afirma que a função exercida pelos árbitros é jurisdicional, uma vez que, mediante a Lei, recebe do Estado o poder de resolver controvérsia, sendo nomeado pelas partes. Contudo, afirma que o poder dos juízes é mais extenso, pois têm jurisdição nos processos de conhecimento, de execução e cautelar, enquanto que os árbitros só têm jurisdição no processo de conhecimento, sendo questionável se teriam função cautelar.

Em contrapartida, Medina (2004, p. 56) sustenta que a natureza jurídica é híbrida, uma vez que “é convencional na origem, pois surge de um contrato, e jurisdicional por sua função.” Ressalta que o produto que resulta do exercício da atividade do juiz togado e do juiz arbitral é o mesmo: uma sentença; a diferença “é quanto ao alcance dos poderes, claramente mais amplos na jurisdição estatal, porquanto esta é dotada de *iudicium* e *imperium*. Já a jurisdição arbitral possui apenas o *iudicium*.”

Esse também é o entendimento de Morais (1999, p. 197), ao concluir “que a arbitragem, em sendo um instituto de nuances jurisdicionais, é também regida pelos mesmos princípios e corolários básicos informadores do processo judicial.”

Esta parece ser a posição mais acertada. Não há dúvida que a arbitragem decorre inicialmente da vontade das partes, daí sua natureza contratual. Contudo, possui

também uma natureza jurídica de sentença, em face do disposto no art. 18 da Lei de Arbitragem, segundo o qual o árbitro exerce função jurisdicional, uma vez que é considerado juiz de fato e de direito e profere sentença que tem efeito de coisa julgada material, pois independe de homologação e é irrecorrível.

Logo no início de sua vigência, a Lei de Arbitragem gerou controvérsias acerca de sua inconstitucionalidade. Os partidários dessa tese afirmavam que haveria ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXV, da Carta de 1988.

Segundo Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo (1999, p.103) “o princípio garante o direito de ação, não o impõe”, uma vez que as partes não são obrigadas a ingressar em juízo quando seus direitos subjetivos forem lesionados, podendo abrir mão de recorrer ao Judiciário e procurar outros meios de solucionar os conflitos.

De outra parte, quanto aos princípios previstos no art. 5º, inciso LIV e LV, da Constituição, eles são observados no procedimento arbitral, pois a arbitragem leva em consideração um sistema de garantias processuais relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. “É a denominada teoria garantista do procedimento arbitral.” (COLAIÁCOVO, 1999, p. 105).

Nessa linha de entendimento, o Min. Delgado (1999) sustenta que a arbitragem, conforme prevista na Lei 9.307/96, não infringe os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV), nem o princípio do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII) e da ampla defesa (art. 5º, inc. LIV e LV). Basta apenas que se interprete de forma sistemática nossa Carta, vinculando-se o texto do preâmbulo, no que se refere à harmonia social e a solução pacífica dos conflitos, ao art. 1º, incisos II e III, e art. 5º, inc. XXXV, da Constituição.

Destarte, há sempre a possibilidade de se recorrer ao Judiciário, quando o laudo arbitral ofender qualquer dos citados princípios constitucionais, podendo a parte interessada ajuizar ação anulatória ou embargos do devedor (art. 33 da Lei nº 9.307/96), no que diz respeito às questões relativas à validade e eficácia do compromisso e da sentença arbitral.

O Supremo Tribunal Federal pôs fim à controvérsia, ao apreciar a Sentença Estrangeira nº 5.206 (AgRg),²⁷ relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence, em que se discutia incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º, do art. 7º e seus parágrafos, e do art. 41 e 42, da Lei 9.307/96. Foi declarada, por maioria, a constitucionalidade dos mencionados dispositivos legais, por se entender que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, no momento da realização do contrato, e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não afrontam o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, que trata do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Segundo o ponto de vista do Min. Nelson Jobim²⁸, o supracitado dispositivo constitucional não proíbe a existência de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, posto que o destinatário da norma não é o cidadão, mas o legislador. Conclui pela constitucionalidade da lei de arbitragem, nos seguintes termos: “se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade [...] de compor os seus conflitos pela via judicial.” Acresce que houve proibição “ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade.”

Para Lemes (2002, p. 53) é possível a utilização da arbitragem em concessões de serviços públicos, diante do que dispõe o art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/95. Posteriormente, diversas leis foram prescrevendo a aplicação do instituto: art. 93, inciso XV, Lei 9.472/97, que dispõe sobre contratos de concessão da ANATEL; art. 43, inciso X, da Lei 9.478/97, relativo aos contratos de concessão firmados pela ANP e, por último, o art. 35 da Lei 10.233, de 05/06/01, referente aos contratos de concessão de transporte aquaviário.

A previsão do juízo arbitral em sede constitucional, que integra o projeto de Reforma do Poder Judiciário²⁹, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional (PEC

²⁷ O processo foi julgado em 12/12/2001, tendo sido publicado no Diário de Justiça de 30/04/2004.

Site www.stf.gov.br, acessado em 18 de dezembro de 2007.

²⁸ Voto proferido na sentença estrangeira 5.206 (AgRg).

²⁹ A Reforma do Poder Judiciário foi objeto da Emenda Constitucional nº 45/2004. Ocorre que os vários dispositivos da Reforma foram divididos em dois textos: um que foi promulgado no dia 08 de dezembro e o

358/2005). Isto se deve ao fato de que o Senado suprimiu, da redação dada pela Câmara ao § 4º do art. 98, a ressalva constante da primeira parte, para permitir que as entidades de direito público se submetam ao juízo arbitral para resolver seus conflitos.

A questão da possibilidade da arbitragem em litígios envolvendo entidades públicas foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgRg no MS 11.308-DF³⁰, no qual foi relator o Min. Luiz Fux, concluindo pela possibilidade do juízo arbitral em contrato administrativo, cuja controvérsia diga respeito a direitos patrimoniais.

A arbitragem atualmente é bastante utilizada nas relações contratuais no comércio internacional. As convenções internacionais como a de Nova Iorque (1958) e a de Genebra (1961), além de outras, garantem a livre circulação dos laudos arbitrais aos países que a elas aderiram, sem ofensa à ordem jurídica internacional. A arbitragem pode ser realizada por árbitro particular ou institucional (COLAIÁCOVO, 1999).

No Brasil, existem algumas instituições de arbitragem, além dos já mencionados INAMA e CONIMA. Destaca-se o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), fundado em 1979 por um grupo de advogados, com o objetivo de oferecer uma alternativa para a solução de conflitos a empresas estrangeiras aqui sediadas. Desde 1996, o Centro registra um crescimento gradativo em sua atuação. Entre 2005 e 2006, o número de procedimentos aumentou consideravelmente, contabilizando 81 (oitenta e um processos), sendo que 14 (catorze) ainda estavam em tramitação. O tempo médio de duração dos processos foi de 14 (catorze) meses.³¹

Enfim, desde a publicação da Lei de Arbitragem houve uma revitalização desse instituto no Brasil, havendo muitas instituições ligadas à arbitragem e à mediação. São muitas as vantagens da arbitragem, tais como: a celeridade do processo, a maior privacidade, os custos geralmente são menos elevados que nos processos judiciais, além da eficiência alcançada na resposta aos anseios dos demandantes e demandados, devido ao controle que têm sobre o processo, bem como a redução de hostilidades, possibilitando uma interação maior das partes.

outro que retornou à Câmara dos Deputados para revisão dos dispositivos acrescidos pelo Senado ou alterados por aquela Casa.

³⁰ A 1ª Seção do STJ decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Relator, sendo a decisão publicada no DJ de 14/08/2006.

³¹ O Centro de arbitragem e mediação da CCBC conquistou, em 2004, a certificação ISO 9001:2000.

Em síntese, houve grande avanço dos métodos alternativos de resolução de conflitos, com a publicação da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, e da Lei nº 9.307/96, que criou a arbitragem, possibilitando uma implantação definitiva dos institutos da conciliação, e da arbitragem no direito pátrio. Além desses institutos, existe a mediação, que será analisada no próximo capítulo. Cada um deles, em razão de suas peculiaridades, é mais adequado para resolver determinados tipos de conflitos.

3 A MEDIAÇÃO

Nesse capítulo, pretende-se aprofundar o estudo da mediação, como um novo paradigma de resolução de conflitos. Segundo Schnitman (1999, p. 22) a expressão “novos paradigmas”, diz respeito a alterações sofridas pela teoria e prática científica nas últimas décadas do séc. XX. A idéia de “paradigma” remete a Thomas Kuhn (1970), enquanto “novos paradigmas”, refere-se a Ilya Prigogine (1994).

É um método não-adversarial no qual o resultado do conflito é o “ganha-ganha” e não o “ganha-perde” do processo tradicional - adjudicação. Apresenta a vantagem de resolver a questão de forma integral e não apenas a lide processual, além de ser um método rápido, barato e eficaz, contribuindo para um efetivo acesso à Justiça. Contudo, a mediação não é apenas um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, podendo atuar preventivamente, isto é, antes que surja o conflito, no sentido de educar as pessoas para solucionar seus próprios conflitos, promovendo uma mudança nos relacionamentos sociais, e realizando a pacificação social.

Em síntese, serão analisados: o conceito de mediação, suas características, as espécies, a figura do mediador, o processo de mediação, suas vantagens e desvantagens em relação ao processo judicial, a experiência da mediação no exterior: Argentina, Estados Unidos da América e França, e a mediação no Brasil. Enfim, a experiência da mediação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio da análise de dados relativos ao Projeto Justiça Comunitária e ao Programa de Estímulo à Mediação.

3.1 Conceituação

Segundo Six (2001, p. 166), a mediação é “uma arte que não terminamos jamais de afinar, de aperfeiçoar; não a discernir, tomá-la por uma aplicação de especialistas e de técnicos absolutos é enganar-se sobre ela.”

A mediação também pode ser definida como:

O uso de um terceiro interessado que auxilia para que se atinja compreensão, facilitando a comunicação e negociando um acordo em situações de conflito. Tem ampla aplicação em muitos contextos, incluindo as relações comerciais, comunitárias, ambientais [...]” (LITTLEJOHN; DOMENICI, 1999, p. 210).

Para Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo (1999, p. 66) a mediação pode ser entendida de várias formas. Por um lado é “a técnica mediante a qual as partes envolvidas no conflito buscam chegar a um acordo contando com a ajuda de um mediador, terceiro imparcial, que não tem poder de decisão.” Por outro lado, é “um processo de negociação assistido por um terceiro, o mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, a quem são atribuídas funções específicas, com o fim de possibilitar a solução de um conflito.”

Na visão de Moore (1998, p.28) a mediação é, em geral, conceituada como:

A interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.

Sob o ponto de vista de vários estudiosos, a mediação é definida como um processo. Para André Azevedo (2002, p.163):

É um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente visando atingir escopos pré-estabelecidos, possuindo fases e pressupondo a realização da prática de determinados atos para se atingirem, com legitimidade, fins esperados.

Nessa linha de entendimento, (2004, p.23) afirma que “a mediação é o processo pelo qual uma terceira parte auxilia duas ou mais partes a alcançarem soluções próprias acerca de uma ou mais questões.” Sintetizando, o autor afirma que a “mediação é simplesmente uma negociação assistida.”

Considerando que a mediação é uma técnica não-adversarial de solução de controvérsia, Braga Neto (1999, p. 100) ressalta sua natureza jurídica contratual:

Posto serem duas ou mais vontades orientadas para um fim comum de produzir consequências jurídicas, extinguindo ou criando direitos, baseada nos princípios [...] da boa fé e da autonomia das vontades, preservando durante seu procedimento o da igualdade das partes, pressuposto processual de nosso direito pátrio.

Enfim, uma definição de mediação bastante completa é dada por Guillaume–Hofnung (2007, p.71, tradução nossa) segundo a qual:

[...] a mediação se define principalmente como um processo de comunicação ética baseado na responsabilidade e autonomia dos participantes, na qual um terceiro – imparcial, independente, neutro, sem poder decisório ou consultivo, com a única autoridade que lhe foi reconhecida pelos mediados – propicia mediante entrevistas confidenciais o estabelecimento ou restabelecimento de relação social, a prevenção ou a solução da situação em causa.

Segundo o Min. Delgado (2003, p.17), a instituição da mediação em nosso sistema jurídico é constitucional, assim como a arbitragem, devendo ser levado em conta que essa técnica já está sendo utilizada em nossa Justiça, necessitando somente de regulamentação legal. Argumenta que o preâmbulo, a partir do qual se deve interpretar a nossa Constituição, propõe “a solução pacífica das controvérsias”, ressaltando que “não se está dando exclusividade ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional. A solução das controvérsias por intermédio do Poder Judiciário é apenas o caminho estatal.”

Sem dúvida, o preâmbulo da Constituição agasalha a solução pacífica dos conflitos, tanto na ordem interna como na internacional. Contudo, o entendimento mais correto é o de que a mediação deve ser vista como um processo complementar para o alcance de objetivos do sistema processual e não um instrumento para substituir o processo judicial, devendo ser enquadrada no que a doutrina denominou de abandono de “fórmulas exclusivamente jurídicas” (DINAMARCO, 2005, p. 192). O que se propõe é a implementação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos no direito processual pátrio, visando uma maior efetividade da Justiça.

Em contrapartida, Vezzulla (1999, p. 114) é contra a inclusão da mediação nos procedimentos do Judiciário, sustentando que a mediação “deve ser sempre um meio privado de resolução de conflitos sendo sempre eleitos, técnica e profissional, pela livre vontade das partes.” Ressalta que a desobstrução do Judiciário somente será alcançada com a iniciação da cultura da mediação na sociedade e não pela obrigatoriedade desta dentro do processo judicial, afirmando que dessa forma os índices de acordo não serão muito altos.

A mediação se apresenta como uma das formas mais palpáveis das mudanças em curso das modalidades de regulação social. Segundo Bastard (2002, p. 69, tradução nossa) a mediação não é justiça, ainda que a chamem de “justice douce”:

Ela se assemelha mais à busca de soluções para os problemas que surgem na sociedade, devendo ser enquadrada no campo das instituições intermediárias, que têm a função de resolver os conflitos por meio de novas formas de negociação.

Na mediação é fundamental o conhecimento e a aplicação de técnicas de negociação, porquanto é uma negociação assistida por um terceiro imparcial. No Projeto de Negociação de Harvard propõe-se uma “negociação baseada em princípios ou negociação dos méritos”, fundada em quatro pontos relevantes: separar as pessoas do problema; concentrar-se nos interesses e não nas posições; criar multiplicidade de opções antes de tomar uma decisão e insistir em que o resultado seja baseado em padrão objetivo. Sustentam esses autores que “o acordo sensato pode ser definido como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade.” (FISHER, URY e PATTON, 1994, p. 22- 28).

Targa (2004, p. 164) afirma que há dois modelos de mediação: o modelo tradicional e o narrativo. No tradicional, desenvolvido na Universidade de Havard, “o mediador deve propor às partes que diferenciem pessoas de problemas; que foquem interesses e não posições; que criem posições, por critérios objetivos, para que tenham mútuos benefícios.” De outra parte, existe o modelo narrativo, criado por Sara Cobb, que está baseado em 4 (quatro) pontos básicos: “(a) reformular papéis e intenções, (b) desconstruir a lógica da posição, (c) construir um novo cenário e (d) desenvolver a história para interpretar o acordo.”

A mediação teve grande expansão no mundo, principalmente no último quartel do século XX, passando a ser institucionalizada e reconhecida a profissão de mediador. Vários fatores contribuíram para esse desenvolvimento, devendo ser destacado, segundo Moore (1998, p. 34):

Um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática [...], à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter o controle das decisões que afetam sua própria vida, a um apoio ético aos acordos

particulares e às tendências, em algumas regiões, para maior tolerância à diversidade. A mudança também tem sido autorizada pela crescente insatisfação com os processos autoritários de tomada de decisão, acordos impostos que não se ajustam adequadamente aos interesses genuínos das partes, e aos custos cada vez maiores – em dinheiro, tempo, recursos humanos, solidariedade interpessoal e comunitária – de processos adversariais, do tipo ganhador-perdedor de resolução de disputas.

No mundo atual, é fundamental a idéia de diálogo em uma multiplicidade de estudos teóricos e práticos nas ciências humanas. Aludindo a Bohm (1996 apud SCHNITMAN, 1999, p. 102) para quem “dia-logos” não se refere a “dois”, mas sim a “por meio de”, Schnitman (1999, p. 101) afirma que diálogo “é um termo para a co-criação de significados por meio de – e entre - certo número de interlocutores.” Ressaltando sua importância para a mediação, a autora sugere “o diálogo como um instrumento privilegiado para a construção de futuros possíveis e realizáveis em situação de conflitos. [...] O diálogo é o meio e o instrumento para esse processo.”

A mediação é um método não-adversarial no qual o resultado do conflito é o “ganha-ganha” e não o “ganha-perde” do processo jurídico tradicional. Tal fato se deve à utilização de soluções criativas que integrem os interesses e necessidades de ambos os disputantes. Um exemplo comum nos livros de mediação é a questão da laranja. Conta-se que duas crianças estavam brigando por uma única laranja e a solução encontrada pela mãe foi parti-la ao meio. Contudo, a mãe descobriu posteriormente que uma das crianças queria a casca para fazer um doce, enquanto a outra desejava apenas comer a fruta. Embora seja um exemplo singelo, serve para ilustrar que existem inúmeras possibilidades de atender as partes em conflitos, pois os interesses e as necessidades muitas vezes são diversos.

Há circunstâncias que tornam bastante propícia a utilização da mediação como instrumento de solução de determinadas controvérsias. Isso ocorre quando há interesse de se preservar o relacionamento entre as partes, há necessidade de confidencialidade, há problemas culturais, a matéria versada é bastante específica, a solução jurídica para a questão é duvidosa; as custas são bastante altas; há necessidade de resolução célere da controvérsia; e há dificuldades de comunicação direta entre as partes (CAIVANO; GOBBI; PADILLA, 2006).

Segundo Gorchs (2003, p. 419, tradução nossa) há algumas situações específicas que levam à necessidade de intervenção no processo de um mediador: “relação

contínua entre as partes, litígio que contém um conflito mais profundo (na dimensão psicológica, emocional, social ou econômica), ruptura do diálogo [...].”

Destarte, a mediação é um processo no qual um terceiro imparcial auxilia as partes a resolver o conflito, por meio da utilização de técnicas especiais induz as pessoas em litígio a encontrar soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem seus relacionamentos, sendo o acordo mera consequência do diálogo entre as partes. É mais apropriada para resolver conflitos advindos de relações de múltiplos vínculos, tais como os familiares, de amizade, de vizinhança, uma vez que através desse processo é possível preservar os demais vínculos.

3.2 Características

Segundo Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo (1999) as principais características da mediação são: a voluntariedade, a confidencialidade, a flexibilidade e a participação ativa. Decorre a voluntariedade do fato do mediador ser indicado ou aceito pelas partes envolvidas na controvérsia. Caracteriza-se a confidencialidade em razão de uma das partes não tomar conhecimento das informações obtidas pelo mediador, bem como a garantia de que as informações transmitidas ao mediador não sejam repassadas a terceiros, aliada ao fato do mediador estar protegido pelo segredo profissional.

No que se refere à flexibilidade, esta decorre do fato de que o mediador tem grande liberdade para fixar as regras do processo, com exceção de alguns princípios básicos. O mediador pode definir o cronograma, o local e o tipo de reuniões, de acordo com sua experiência, em função das características das partes e da natureza do conflito. Por último, o caráter participativo diz respeito à capacidade das partes, mediante uma atuação ativa, de realizar um acordo, não transferindo ao mediador a tomada de decisões. Enfim, a mediação é “um mecanismo que permite a participação ativa dos indivíduos na busca de uma solução para os seus conflitos.” (COLAIÁCOVO, 1999, p. 71).

Segundo Cornu (1997, p. 314, tradução nossa), a mediação “que não é somente uma espécie de conciliação *lato sensu*, forma mais empenhada e construtiva dando ao mediador vocação para elaborar e submeter aos adversários um projeto de resolução.” Para o citado autor, a mediação repousa sobre sete colunas, são elas: a voluntariedade; a participação pessoal dos interessados; a assistência de um terceiro independente das partes e

do juiz; uma missão de confiança (*intuitu personae*); a confidencialidade da negociação; a ausência de todo poder jurisdicional na pessoa do mediador e a procura de uma solução justa ou ao menos aceitável pelas duas partes.

Para Caivano, Gobbi e Padilha (2006) as notas distintivas do processo de mediação são: a existência de uma disputa, embora possa ser utilizado para prevenir conflitos em estados latentes; a designação ou aceitação do mediador, quando as partes não podem escolhê-lo, ao menos devem aceitar o mediador; a autodeterminação das partes, mediante um trabalho conjunto com o mediador; e a informalidade, pois as pautas e os prazos são flexíveis.

A mediação distingue-se da conciliação e da arbitragem. Na conciliação, objetiva-se chegar a um acordo entre as partes, mediante concessões mútuas, enquanto na mediação o acordo é mera consequência, pois visa possibilitar o diálogo entre as partes para que encontrem soluções próprias para seus conflitos, sendo a função do conciliador bem diversa do mediador, como já foi dito anteriormente. Relativamente à arbitragem, enquanto o árbitro tem o poder de decisão e atua como um juiz, o mediador não decide a controvérsia, funcionando como um “catalisador” na reaproximação das partes conflitantes, estimulando-as a encontrarem um acordo que atenda a seus interesses.

A respeito do campo de atuação da mediação, existem duas posições divergentes. A primeira considera que a mediação é necessariamente ligada a um conflito, enquanto a segunda entende que a resolução de conflitos nada mais é que um dos aspectos da mediação. Para esta última, segundo Lindeperg (2002, p. 12, tradução nossa) a mediação “em vez de se exercer sistematicamente depois que o conflito ocorreu, pode se exercer por antecipação, de forma preventiva, e mesmo retroagindo à origem para criar ou restaurar as ligações.”

Nessa linha de entendimento, Six (2001, p. 258) sustenta que a mediação antes de ser uma questão de solução de conflito, é um “trabalho de regulação constante das relações entre uns e outros; [...] ou ainda de reparar os laços que se distenderam ou foram submetidos a qualquer dano; ou ainda gerenciar rupturas de ligações, desavenças.”. Ressalta o autor que a posição que restringe o processo à resolução dos conflitos é a mediação norte-americana, enquanto o entendimento mais amplo é o defendido na Europa.

Esse também é o pensamento de Shailor (1999, p. 71) baseado numa visão mais abrangente da mediação, argumentando que deve ser levado em conta o aspecto “transformacional” da mediação, que visa desenvolver certas habilidades nos participantes, quais sejam: “capacitação” e “reconhecimento.”

Em síntese, a mediação não se confunde com a conciliação e muito menos com arbitragem, sendo institutos diversos. As principais características da mediação são as seguintes: a voluntariedade, a confidencialidade, a flexibilidade, a participação ativa das partes, a assistência de um terceiro independente, a ausência do poder de decisão do mediador e a informalidade. Enfim, o campo de atuação da mediação é muito abrangente, pois tem como meta não somente a resolução do conflito, mas também a preservação e o restabelecimento das relações entre as partes.

3.3 Espécies

Há duas grandes classes de mediação, segundo Six (2001), a mediação institucional e a mediação cidadã. A institucional é a criada pelos órgãos governamentais, inclusive pelos tribunais, enquanto a cidadã, conhecida no Brasil como mediação comunitária, é a que surge naturalmente nos grupos sociais, sendo mediadores pessoas escolhidas entre os membros da própria comunidade.

Conforme a classificação sugerida por Targa (2004) as mediações podem ser divididas em extraprocessual e processual. A primeira ocorre na sociedade sem qualquer intervenção do Judiciário, podendo ser profissional ou não profissional. A não profissional é a naturalmente exercida na comunidade, como a realizada pelos pais no seio familiar, quando há conflitos entre irmãos. A profissional encontra-se bastante desenvolvida em vários países ocidentais, sendo que entre nós principia a ser explorada.

De acordo com o entendimento de Josiane Barbieri³², a mediação extrajudicial é um método de resolução de controvérsias, no qual é utilizada a interdisciplinaridade, sendo que as principais vantagens são relativas ao poder de escolha do

³² A Dra. Josiane, professora do Curso de Formação de Mediadores Judiciais do TJ/DFT, é formada em Psicologia, pós-graduada em Psicoterapia da Adolescência, Psicologia Social pela PUC/RS, fez mestrado em Psicologia com orientação Ontopsicológica, na Universidade de S. Petersburgo – Rússia. Atua como mediadora privada, na gestão de conflitos organizacionais e empresariais, em empresas de médio e grande porte, nacionais, multinacionais, públicas e privadas.

terceiro imparcial (mediador) e o poder de decisão que possuem as pessoas envolvidas na disputa.

A segunda espécie de mediação é a processual, realizada sob os auspícios do Judiciário, subdividindo-se em endoprocessual e paraprocessual. A primeira é a conciliação existente em diversos procedimentos, uma vez que a supracitada autora entende que os institutos são semelhantes, conforme já dito anteriormente. A segunda, que se pretende implantar no Direito pátrio, por sua vez, divide-se em mediação prévia e incidental. A prévia é facultativa, ocorre quando a parte sem necessidade de proposição de ação, supondo ter um direito lesado, solicita ao Judiciário que convoque a outra parte para uma tentativa de mediação. A incidental tem lugar após o ajuizamento de uma demanda e é obrigatória para grande parte de ações (TARGA, 2004).

Realmente, como se verá adiante, o substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.827/98, em tramitação no Congresso Nacional, que instituiu a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil, fez as seguintes distinções: a mediação será prévia ou incidental, segundo o momento de sua instauração. De acordo com a qualidade de seus mediadores ela poderá ser: judicial ou extrajudicial.

O supracitado projeto de lei previu a co-mediação nos casos em for indicada a atuação conjunta do mediador com um profissional especializado na matéria do conflito. A co-mediação é obrigatória nas controvérsias levadas à mediação, quando versarem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, sendo necessária a participação de psiquiatra, psicólogo ou assistente social (art. 16, *caput* e § 1º).

Enfim, há distinção da mediação em função da atuação do mediador. Na chamada mediação diretiva, o mediador atua mais ativamente e sugere às partes as soluções que ele reputa adequadas. Há também a co-mediação, quando intervêm dois mediadores, normalmente de profissões diferentes e assumem um papel complementar na solução do litígio mediante o acordo entre as partes. É o que ocorre, em geral, em matéria comercial e familiar. Existe também um procedimento chamado mediação de última oferta (*last offer mediation*), que restringe a decisão das partes à escolha entre duas ofertas sugeridas pelo mediador (EL-HAKIM, 1997).

Destarte, há várias espécies de mediação, podendo ser: institucional ou cidadã (comunitária), extraprocessual ou processual, subdividindo-se em endoprocessual e paraprocessual. Segundo o Projeto de lei 4.827/98, a mediação paraprocessual será prévia ou incidental, judicial ou extrajudicial. Finalmente, em razão da atuação dos mediadores, a mediação pode ser diretiva ou não, podendo haver co-mediação, bem como a mediação de última oferta.

3.4 A figura do mediador

A pessoa que conduz a mediação é denominada mediador, o qual é um terceiro imparcial que promove o diálogo entre as partes, mediante a redução das hostilidades, buscando encontrar uma solução ao conflito que satisfaça os interesses de ambas. Sua influência resulta de sua autoridade, que é garantida pelos próprios envolvidos, em razão da credibilidade pessoal, confiança e habilidade que tem para intervir em uma negociação (MOORE, 1998).

Targa (2004, p. 131) assim define o mediador:

Aquele que facilita o processo de entendimento, controlando a conversa e auxiliando as partes a vislumbrar pontos de interseção em seus interesses, que podem ser importantes para a elaboração de um acordo e, principalmente, para a efetivação de um futuro relacionamento, mais agradável.

Segundo Moore (1998), o mediador pode assumir inúmeros papéis na resolução de conflitos. São eles: o facilitador da comunicação e do processo; o legitimador quando auxilia as partes a reconhecerem o direito da outra; o treinador ao instruir os negociadores iniciantes; o ampliador de recursos, buscando capacitar as partes para aumentar as opções de acordo; o explorador do problema; o agente da realidade auxiliando na elaboração de um acordo razoável; o bode expiatório, ao assumir a responsabilidade por uma decisão impopular a ser tomada pelas partes; e o líder, que assume a iniciativa no processo de negociação.

Slaikou (2004), aludindo a um modelo integrativo, ressalta três importantes enfoques para o mediador. No primeiro, o mediador procura esclarecer cada uma das partes acerca de seus interesses, sentimentos, planos, desejos, necessidades e pontos de pressão, denominado conscientização e capacitação (*empowerment*). Outro enfoque é a compreensão e

o reconhecimento, quando as partes são orientadas a compreender a outra parte: seus interesses, suas necessidades e suas propostas, através da comunicação direta entre as pessoas ou auxiliando-as a interpretar os fatos. O último enfoque do processo de mediação é o acordo e a reconciliação. A mediação pode resultar em um acordo ou em um impasse, sendo que as partes podem atingir um consenso sobre determinados pontos e permanecerem em impasse em relação a outros. O acordo pode significar desde uma quantia em dinheiro e até mesmo no reconhecimento das ofensas causadas, um pedido de desculpas ou de perdão.

De outra parte, o mediador deve observar certos princípios na condução do processo de mediação. Segundo Sales (2004, p. 81), a “imparcialidade, a confidencialidade, a competência, a prudência são princípios que direcionam a atividade do mediador e possibilitam a sua permanência como tal.” Sem dúvida alguma, é fundamental que o mediador seja imparcial no que se refere ao relacionamento com as partes e neutro quanto à essência das questões.

Fala-se em ética da mediação, mas há também a ética do mediador. Para Six (2001, p. 243) “o ato ético do mediador deve se realizar segundo três modulações: a coragem, a prudência e a justiça.” Ele deve ter a coragem de não ter poder, de se livrar de todo tipo de coerção e, principalmente, de se retirar tão logo tenha alcançado a reconciliação de pessoas ou grupos. O mediador deve agir com prudência, avançando lentamente, sem ser intervencionista. Por fim, os mediados são os atores principais de uma mediação, por isso o mediador deve incentivá-los a encontrar neles mesmos a justiça, o discernimento para encontrar sua própria saída.

Cada processo de mediação é único e tanto os mediadores quanto os mediados são protagonistas desse processo criativo, embora seja muito importante o papel do mediador. Todos estão votados para um interesse comum, que é encontrar alternativas que tenham a anuência dos participantes. Destarte, é um trabalho de equipe em que:

Os mediadores e as partes aprendem observando e provando novas habilidades e possibilidades; como pesquisadores em ação sobre sua própria situação problemática, poderão propor alternativas que potencialmente enriqueçam a experiência de todos os participantes na mediação. (SCHNITMAN, 1999, p.115).

Os mediadores, na “mediação transformativa” (LITTLEJOHN; DOMENICI, 1999, p. 211) são facilitadores de um processo em que os participantes indicam a direção e o resultado da mediação, sendo irrelevante se haverá um acordo ou não. O importante é que o mediador promova o diálogo entre as partes e para isso deve saber fazer boas perguntas. Utilizando o diálogo, ainda que não se alcance o acordo, pode se chegar a uma compreensão e respeito pela outra parte. No momento em que houver probabilidade de acordo, os mediadores auxiliarão os participantes a delinear as questões que discordam em termos concretos.

Sob esse enfoque, o mediador procura capacitar as partes mostrando-lhes que têm o poder de decisão, em cada momento do processo, auxiliando-as a esclarecer e acompanhar questões, bem como a se responsabilizar por suas decisões. De outra parte, o mediador busca o reconhecimento despertando o interesse e a preocupação de um dos participantes pelo outro. Segundo Baruch Bush e Folger (1994 apud SHAILOR, 1999, p. 72) “um acordo realizado dentro de um processo transformacional tem uma maior probabilidade de ser sólido e estável porque a delegação de poderes e o reconhecimento foram parte integral do processo.”

Considerando a mediação “uma prática lingüística”, o mediador deve ter habilidade em controlar o diálogo entre os participantes de forma que “a conversa flua por três fases distintas da mediação: (a) ouvir os aspectos particulares da disputa das partes envolvidas; (b) negociar diferentes pontos da disputa; e (c) trabalhar em uma resolução ou acordo justo.” (CHENAIL; ITKIN, 1999, p. 225).

Cada mediador tem uma forma diferente de solucionar problemas. Muito embora não haja uma fórmula específica para se definir um bom mediador, algumas características dos mediadores facilitam a solução das controvérsias. São elas: serem bons ouvintes, serem objetivos (ou neutros), terem conhecimento de seus próprios preconceitos, terem familiaridade com os fortes sentimentos das partes, saberem se comunicar, serem assertivos e saberem avaliar de forma realista as suas próprias habilidades e limitações, para ajudarem as partes a chegarem a um acordo (SLAIKEU, 2004).

Alguns autores entendem que as qualidades essenciais em um bom mediador são: a confiança, a paciência, a tenacidade, o conhecimento, a inteligência, a

imparcialidade, além de serem especialistas em comunicação, que envolve saber ouvir o que as partes têm a dizer e promover a comunicação entre elas (DAVIS, 2003).

Uma técnica relevante que deve ser usada pelo mediador é a utilização de perguntas reflexivas, que estimulam as partes a conversar sobre seus problemas, criando uma relação de confiança, elas terminam por responder a tais perguntas de forma ampla, pois percebem que estão tendo uma atenção especial por parte do mediador. Por meio da narrativa, as partes têm possibilidade de visualizar o conflito de forma diferente, percebendo o ponto de vista do outro. Destarte, o mediador tem uma “função transformadora”, uma vez que “ajuda as partes em conflito a construir uma nova visão do problema e a efetivarem um novo relacionamento, calcado em novas premissas, diferentes daquelas anteriormente e unicamente vislumbradas.” (TARGA, 2004, p. 163).

Edward P. Davis (apud, PINELLI, 2003, p. 25) ³³ descreve a função do mediador: “Em cada litígio independente do mérito ou da complexidade (ou simplicidade), há um ponto no qual os litigantes podem concordar. O papel do mediador é ajudar os litigantes a encontrar esse ponto, essa instância em que eles mesmos possam chegar a um acordo.”

Acrescem Chenail e Itkin (1999, p. 235) que o mediador eficiente deve obrigatoriamente ser “um ouvinte ativo e agressivo”, na procura de pistas implícitas e explícitas, ouvindo atentamente o diálogo entre as partes e observando as expressões utilizadas e em que instante são proferidas.

Os mediadores podem ser classificados como passivos ou ativos. Os mediadores passivos, chamados “orchestrators”, são observadores silenciosos e que intervêm raramente, exercendo o papel de maestros. Os ativos, denominados “dealmakers” (COLAIÁCOVO, 1999, p. 68), são aqueles que utilizam de pressões, persuasão e propostas, embora não imponham soluções.

Uma questão controvertida é saber quem tem o melhor perfil para ser mediador. Para alguns, os advogados seriam os mais capazes para mediar conflitos, uma vez que conhecem as regras jurídicas. Há os que defendem que são mais adequados os

³³ Pinelli é ex-desembargador da Suprema Corte da Califórnia, membro do ISDLS, cuja sigla traduzida é o “Instituto para o Estudo e Desenvolvimento de Sistemas Jurídicos”, atuando como mediador privado nos Estados Unidos.

profissionais das áreas de Pedagogia, Psicologia e Sociologia. Para Sales ((2004, p.86) não se sustenta a tese de que deve ser exigida formação jurídica para ser mediador, salientando que “o ato de mediar conflitos independe da profissão que o mediador exerce, dependendo apenas da qualificação para ser mediador.”

Segundo Josiane Barbieri³⁴, a formação do mediador deve ser interdisciplinar, incluindo as áreas de Direito, Psicologia e Comunicação. Contudo, a formação acadêmica ideal seria em Direito. A capacitação do mediador é realizada por meio de conhecimentos e competências referentes ao processo de mediação, que abrange áreas de comunicação, psicologia, gestão de conflitos, negociação e direito. Esta, sem dúvida alguma, parece ser a posição mais correta, principalmente quando se adotará, como no Brasil, a mediação paraprocessual, conforme o Projeto de Lei nº 4.827-C/1998.

Na opinião de Braga Neto (1999) não se trata de um procedimento que requeira o trabalho de um psicólogo ou terapeuta, mas de um profissional multidisciplinar que, fundado na negociação cooperativa entre os mediados, objetiva uma nova comunicação e um novo relacionamento entre os participantes, tendo finalidades diversas de uma terapia. Portanto, qualquer profissional tem condições de aprender a técnica da mediação.

O mediador precisa ter uma formação abrangente, devendo ter conhecimentos jurídicos, psicológicos e sociológicos. Deve utilizar uma “técnica de convencimento ampla”, procurando convencer as pessoas em conflito a encontrar uma solução pacífica, bem como a se conscientizarem de que dessa forma ambas poderão sair vencedoras, uma vez que não haverá vencidos. Além disso, o mediador precisa entender que não deve se envolver com o mérito da disputa, pois sua função fundamental “é aproximar, conscientizar e estabelecer a paz”, sendo sua posição de “absoluta neutralidade.” (DELGADO, 2003, p.13).

Por fim, na visão de Vezzulla (1999) o mediador para ter uma formação plena, deverá conhecer muito de negociação; possuir conhecimentos de lingüística e semiótica; ter conhecimentos básicos de psicologia; entender de técnicas de gestão de controvérsias; possuir conhecimento das leis que disciplinam o caso mediado; ter uma visão

³⁴ É uma professora do Curso de Formação de Mediadores Judiciais do TJDF, entrevistada em dezembro de 2007.

da realidade sócio-econômica dos mediados e possuir técnicas específicas de investigação e resumo. Enfim, cada mediador desenvolverá sua própria técnica e estilo.

Os mediadores podem ser divididos em 3 (três) classes, definidas pelo relacionamento que têm com as partes envolvidas. Os mediadores de rede social são os que têm relacionamento anterior com as partes, como é o caso do líder comunitário, do vizinho ou do amigo. Os mediadores com autoridade são os que estão em posição superior e têm capacidade para influenciar uma disputa. Subdividem-se em: benevolente (um executivo envolvido em resolver uma disputa de trabalho); administrativo/gerencial (uma supervisora de agência governamental mediando conflitos entre dois funcionários); com interesse investido, como é o caso de Kissinger, que tinha esse interesse quando mediou o conflito entre árabes e israelenses em 1975 (MOORE, 1998).

Finalmente, os mediadores independentes são aqueles que normalmente não tiveram relacionamentos anteriores com as partes disputantes, apresentando como características a neutralidade e a imparcialidade. Esse modelo de intervenção é conhecido como americano, em razão de sua larga aplicação nesse País. No entanto, tem raízes na Europa Ocidental, que durante a Idade Média e a Renascença “produziram os modelos ocidentais de relacionamentos compartimentados, profissionalismo, consultoria imparcial e sistemas de procedimento independente para a resolução de disputas.” (MOORE, 1998, p.55).

Discute-se se para ser um bom mediador é suficiente ter dons inatos e se pode aperfeiçoá-los, bem como se os que carecem desses dotes podem desenvolver essas habilidades. Segundo Caivano, Gobbi e Padilha (2006) é possível aprender a ser um mediador eficiente. Contudo, é recomendável que, mesmo a pessoa que tenha dotes naturais e alguma experiência em intermediação de conflitos, receba um bom treinamento, desenvolvendo suas aptidões e aprendendo a reconhecer as necessidades dos participantes, as estratégias adequadas a cada caso, bem como as regras do processo de mediação. Essa formação envolve tanto um embasamento teórico, como a parte prática.

Em síntese, são qualidades essenciais a um bom mediador: a paciência, a confiança, a tenacidade, o conhecimento, a inteligência, a imparcialidade, a neutralidade e possuírem habilidades em comunicação. É preciso que o mediador tenha consciência da importância de seu papel para o exercício da mediação. Além disso, os cursos de formação

devem ter em mente que é necessária uma boa capacitação dos mediadores para se alcançar uma alta qualidade do serviço de mediação, visando contribuir de forma efetiva para a prevenção e solução dos litígios.

3.5 O processo de mediação e o processo judicial. Vantagens e desvantagens

Como foi dito, a mediação é um processo, com atos e fases coordenados, objetivando um fim, que é o acordo entre as partes. Não há uniformidade na realização do processo de mediação, variando os modelos em função de ser judicial ou extrajudicial, bem como de um país a outro. Segundo o modelo apresentado por Moore (1998) os estágios do processo de mediação podem ser divididos em duas grandes categorias. Na primeira, denominada pré-negociação, o mediador realiza atividades antes do início das sessões formais, as quais são subdivididas em cinco estágios. Na segunda, já na fase de mediação, há sete estágios.

No primeiro estágio, o mediador estabelece relacionamento com as partes em disputa, procurando construir credibilidade, estabelecer *rapport* (vínculo) com os participantes, além de instruí-los sobre a mediação e aumentar o compromisso com o processo. No segundo, escolhe-se uma estratégia para orientar a mediação, ajudando as partes a avaliar várias abordagens de resolução de conflitos e a selecioná-las, por exemplo se a mediação é o instituto mais adequado para o conflito específico.

No terceiro estágio, o mediador coleta dados e analisa informações básicas, sobre as pessoas, a dinâmica, e a essência de uma disputa, verificando a precisão dos dados. No quarto, projeta-se um plano detalhado para a mediação, identificando estratégias e movimentos que possibilitem às partes chegar a um acordo. No quinto, constrói-se a confiança e a cooperação das partes, preparando psicologicamente os participantes para participar das negociações, lidando com emoções fortes e facilitando a comunicação entre eles.

No sexto estágio, iniciada a sessão de mediação, o mediador conduz a negociação entre as partes, estabelecendo um tom positivo, esclarecendo sobre as regras básicas e diretrizes comportamentais, auxilia as partes a expressar suas emoções e delimita as áreas e as questões objeto de discussão. No sétimo, definem-se as questões e estabelecem-se

uma agenda, identificando-se áreas de interesses para os participantes, conseguindo concordância sobre a ordem e as questões que serão discutidas.

No oitavo estágio, procura-se revelar os interesses ocultos das partes, além de identificar os interesses essenciais e instruir os participantes sobre os interesses uns dos outros. No nono, o mediador conduz a geração de opções de acordo, desenvolvendo entre as partes a necessidade de ampliar o leque de opções, diminuindo o compromisso com posições rígidas e levando as partes a negociarem com base em interesses.

No décimo estágio, avaliam-se as opções para o acordo, revendo os interesses das partes, estimando a satisfação dos interesses mediante as opções possíveis, e calculando a relação custo benefício das opções. No décimo primeiro, realiza-se a barganha final, alcançando o acordo que favoreça ao máximo os interesses de ambas as partes. No último estágio, ao alcançar o acordo formal, identificam-se os procedimentos para sua operacionalização, estabelecendo um monitoramento e formalizando o acordo.

O processo judicial ou adjudicação representa o modo tradicional de resolução de conflitos. FISS (2004, p.105) esclarece que “adjudication” é a forma utilizada na língua inglesa para definir a atividade realizada pelo Judiciário na solução de controvérsias. Embora o termo em português seja mais usado nas relações de posse e propriedade, não é errônea sua ampliação para o sentido que possui na língua inglesa. Assim, o [...] “juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão.”

Segundo Santos M. (1977, p.9), o processo “consiste numa série de atos coordenados, tendentes á atuação da lei, tendo por escopo a composição da lide.” O nosso processo civil é regulado pelo Código de Processo Civil de 1973, com as alterações oriundas das várias reformas processuais. Embora seja muito relevante esse processo, não será aprofundada a análise, visto não ser objeto do estudo.

O processo judicial e a mediação apresentam vantagens e desvantagens. As vantagens do processo judicial são as seguintes: numa demanda judicial as partes têm obrigação de comparecer, sob pena de revelia, o que inibe o desinteresse e a má-fé de alguma

das partes; e os processos adjudicatórios levam inexoravelmente a uma sentença, que resolve a situação de incerteza entre as partes (CAIVANO; GOBBI; PADILLA, 2006).

As desvantagens do processo judicial são: o formalismo, com etapas, prazos e modos que dificilmente podem ser modificados; o poder para solucionar a controvérsia é do juiz; prevalência do princípio da congruência, que impede o juiz de decidir uma questão que exceda do pedido, sob pena de julgamento *extra* ou *ultra petita* (CAIVANO; GOBBI; PADILLA, 2006). Além disso, como se sabe, as grandes desvantagens do processo judicial são a morosidade e os custos financeiros.

Caivano, Gobbi e Padilha (2006) enumeram as seguintes desvantagens do processo de mediação: a voluntariedade, pois as partes se submetem ao conflito de forma voluntária, salvo em alguns locais onde é uma instância obrigatória, além de realizarem o acordo por vontade própria; a incerteza, já que a mediação pode não resultar em acordo, o que prolongaria a situação de conflito; a impossibilidade de delimitar o conflito, pois podem ser objeto de negociação várias questões envolvendo as partes; e a revelação de informações, uma vez que sempre uma parte ficará conhecendo a posição da outra, podendo utilizá-la estrategicamente.

As vantagens da mediação, segundo Caivano, Gobbi e Padilha (2006), são: a exploração de interesses, pois o mediador pode indagar, sobretudo em sessões privadas, quais são os interesses e motivações subjacentes dos participantes; a utilização de critérios objetivos, atuando o mediador como agente da realidade, induzindo as partes a analisarem objetivamente suas alternativas para o acordo; a brevidade e a disponibilidade do processo, que normalmente tem a duração de algumas sessões, além das partes poderem se retirar do processo quando lhes for conveniente; a economia, pois os honorários dos mediadores, na mediação privada, são fixados em função do tempo efetivamente trabalhado.

Outras vantagens apontadas pelos supracitados autores são a informalidade, embora relativa, já que o mediador é quem conduz o processo; a confidencialidade, tanto em relação às pessoas em geral, como em relação às próprias partes quanto ao que foi dito em sessão privada; a manutenção dos direitos, pois ao submeterem-se à mediação as partes não renunciam aos seus direitos, em caso de não haver sucesso podem socorrer-se do processo judicial; a preservação das relações úteis, por ser um processo não-adversarial e menos hostil;

o controle sobre o processo e sobre o resultado, pois a mediação devolve às pessoas a possibilidade de resolver seus litígios por elas mesmas; e a criatividade da solução, uma vez que é possível resolver várias pendências entre as partes e não somente a questão apresentada inicialmente.

Esse também é o entendimento de Davis (2003), ao comparar o processo judicial e a mediação, salienta que a mediação é um método célere, já que os conflitos são solucionados rapidamente, diferentemente dos processos judiciais que levam alguns anos para serem resolvidos. É flexível, pois não há fórmulas rígidas a serem seguidas, gerando uma grande variedade de modos de solucionar a questão. Além disso, é mais barata, sobretudo nos Estados Unidos, onde o sistema tradicional é excessivamente oneroso. Por fim, a mediação é mais criativa, uma vez que é possível encontrar soluções que favoreçam ambas as partes em litígio, o que não ocorre na justiça tradicional na qual uma parte está certa e a outra errada, ou seja, uma ganha e o outra perde.

Para Morais (1999, p.146-147) uma superioridade da mediação é a economia financeira e de tempo. Ao contrário dos processos judiciais, que são morosos e caros, os conflitos na mediação são resolvidos em tempo bastante inferior, tendo como consequência uma redução expressiva dos custos. De outra parte, afirma que “por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional onde este poder é delegado aos profissionais do Direito [...]”

Sem dúvida alguma, a celeridade maior do processo de mediação deve-se ao fato de ser baseado na comunicação, que se caracteriza pela prevalência da palavra sobre a escrita. Ao contrário do processo judicial, onde há o predomínio da forma escrita, na mediação o procedimento é todo estruturado sob a forma oral, chamada “une nouvelle oralité” (BONAFÉ-SCHMITT, 2002, p. 6).

Além de ser uma alternativa mais ágil ao Judiciário, inegavelmente muito sobrecarregado, a mediação deve ser vista como “uma mudança paradigmática e ser promovida como a cultura de humanização de vínculos e de pacificação social, sejam estes na separação e divórcio, ou em qualquer outro contexto.” (OLIVEIRA, 1999, p. 140).

Como se vê, o modelo tradicional de Justiça não resolve a controvérsia de forma integral, uma vez que somente soluciona a lide processual, ficando a descoberto a questão sociológica, o que dificulta a pacificação social. Somente através dos meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação se consegue alcançar os verdadeiros interesses da pessoa e abordar todos os aspectos da questão, independente do interesse ser juridicamente protegido ou estar inserido na petição inicial e na contestação.

Esse é o pensamento de Santos B. (1988, p. 23), esclarecendo que somente a mediação “pode subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflitualidade social na sua expressão jurídica.”

Santos³⁵ analisa a estrutura da mediação, como sendo um mecanismo em que o resultado nunca é de “soma-zero”, mas um espaço em que ambas as partes cedem e têm ganhos recíprocos, enquanto que na adjudicação há apenas vencedor e vencido. Por isso, a mediação é o procedimento adequado nas relações de múltiplos vínculos porque privilegia a continuidade das relações. Segundo o autor:

[...] sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações de vínculo único que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cuja equilibração só à mediação se adequa. (SANTOS, B.,1988, p.22).

De outra parte, o processo de mediação é um instituto democrático, propiciando uma inclusão social, e proporcionando um acesso efetivo à Justiça, na medida em que orienta e conscientiza os indivíduos sobre seus direitos constitucionais e faculta às partes a resolução dos conflitos por elas mesmas através do diálogo, prevenindo os litígios, além de solucioná-los. Principalmente a mediação comunitária, em que um é líder escolhido entre os membros da comunidade, ou seja, uma pessoa que vivencia os problemas locais é chamada a atuar como mediador dos conflitos, havendo uma participação direta do povo na realização da justiça (SALES, 2004).

³⁵ Esse autor fez um estudo, na década de setenta, numa favela do Rio de Janeiro, a qual denominou “Pasárgada”, com fulcro em pesquisa empírica na área de sociologia do direito, baseada na comparação entre o direito exercido por associação de moradores, ratificando as relações jurídicas e resolvendo os litígios delas emergentes, e o direito estatal dos países capitalistas. Enquanto o direito de “Pasárgada” se baseia na mediação, o direito estatal é fundado na adjudicação, cujo termo é entendido como um modelo de decisão que se caracteriza pela imposição de uma determinação, que favorece uma das partes com exclusão da outra, ou seja, vencedor e vencido.

Por fim, mais uma vantagem da mediação é que fomenta a solidariedade, uma vez que as pessoas passam a ver o outro não mais como objeto, mas como sujeito dos mesmos direitos, aprendendo a se colocarem na posição do outro e a compreendê-lo. Por meio de técnicas específicas, o mediador atua no sentido de facilitar o diálogo entre os participantes, para que compreendam os interesses e os direitos do outro, auxiliando-os a criarem opções criativas que melhor atendam aos interesses de ambos, visando a solução pacífica da controvérsia.

Para Santos (2000, p. 81) o paradigma da modernidade abarca duas importantes formas de conhecimento: o conhecimento-emancipação e o conhecimento-regulação. Enquanto o primeiro evolui do colonialismo para a solidariedade, o segundo progride do caos para a ordem, devendo haver um equilíbrio dinâmico entre ambos. Ressalta o citado autor:

A solidariedade é uma forma específica de saber que se conquista sobre o colonialismo. O colonialismo consiste na ignorância da reciprocidade e na incapacidade de conceber o outro a não ser como objecto. A solidariedade é o conhecimento obtido no processo, sempre inacabado, de nos tornarmos capazes de reciprocidade através da construção e do reconhecimento da intersubjectividade. A ênfase na solidariedade converte a comunidade no campo privilegiado do conhecimento emancipatório.

Destarte, pode-se afirmar que a mediação deve ser vista não somente como um instrumento de pacificação social, mas como um meio para o exercício da cidadania e da autonomia da comunidade, uma vez que não precisará da intermediação do Estado para a resolução de conflitos, havendo uma emancipação individual e social da comunidade. Enfim, é um instituto que privilegia os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º da Constituição Federal.

Sintetizando, as vantagens do processo de mediação são: a autonomia da vontade das partes, a prevalência da igualdade das partes, a celeridade do procedimento devido à sua informalidade, o baixo custo, o absoluto sigilo das reuniões e sua universalidade, podendo ser utilizada em quase todos os conflitos, principalmente nas relações familiares, na área cível, comercial e trabalhista. Apresenta a vantagem de resolver a questão de forma integral e não apenas a lide processual, além de incentivar a solidariedade entre as pessoas. Enfim, a mediação não é apenas um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, podendo atuar preventivamente, isto é, antes que surja o conflito, no sentido de educar as

pessoas para solucionar seus próprios conflitos, promovendo uma mudança nos relacionamentos sociais, e realizando a pacificação social.

3.6 A mediação na experiência estrangeira

Como foi dito anteriormente, a mediação existe desde a Antiguidade. Seu ressurgimento ocorreu em fins do século XX, no mundo ocidental, indicando uma alteração muito grande dos meios de regulação social, sendo um fenômeno universal, pois surgiu em países que adotam sistemas jurídicos diversos: *common law* e *civil law*, como os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e o Canadá, que utilizam o primeiro sistema e a França, que adota o segundo. Assim, a mediação foi gradativamente implantada em vários países, com o objetivo claro de atenuar o volume de processos nos tribunais, coibindo que determinados casos fossem julgados pelo processo jurídico tradicional, sendo resolvidos pelos métodos alternativos.

É fundamental a análise do instituto da mediação em outros países, objetivando subsídios para a implementação no Brasil. A título de exemplo, foram selecionados a Argentina, devido ao fato do projeto de lei que institui a mediação no Brasil ter muitas semelhanças com o sistema adotado nesse país; os Estados Unidos, em razão do grande desenvolvimento do instituto; e a França, para se ter uma noção do funcionamento do instituto da mediação em um país europeu, cujo direito se enquadra – como o brasileiro – na família românico-germânica. Dessa forma, serão analisados nesse estudo o surgimento, o desenvolvimento e o resultado da mediação nos supracitados países.

3.6.1 a mediação na Argentina

Na Argentina, a iniciativa de implantação do instituto da mediação partiu do Poder Judiciário e o desenvolvimento foi resultado de uma ação conjunta com o Poder Executivo. Membros daquele Poder, após visita aos Estados Unidos onde se comprovou o êxito das *Alternative Dispute Resolution* (ADR), propuseram ao Ministro da Justiça a implementação de um Programa de Mediação, resultando na criação de uma Comissão de Mediação (Resolução nº 297/91), composta por juízes de primeira e de segunda instância e advogados, para elaborar o anteprojeto de lei de mediação. Essa comissão, além do referido anteprojeto, sugeriu a criação do Plano Nacional de Mediação, visando difundir a mediação na sociedade argentina (ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996).

A mediação foi instituída através do Decreto nº 1.480/92, no qual se delegou ao Ministério de Justiça a formulação e a execução do Programa Nacional de Mediação, sendo a institucionalização da mediação declarada de interesse nacional e caracterizada como um processo informal de resolução de controvérsia; criou-se um Corpo de Mediadores e foi prevista uma experiência piloto de mediação. O objetivo fundamental do Programa foi o desenvolvimento da mediação, tanto a relacionada ao tribunal, como a instalação de centros de mediação comunitária, a criação de centros de mediação institucionais, tais como colégios, fundações e associações civis (ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996).

A experiência piloto nos juízos cíveis de primeira instância teve início por meio da Resolução nº 983/93, que colocou em execução dito programa, designando um comitê para assessorar e avaliar a experiência, constituído por juízes da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*. Por meio da Resolução nº 535/94, do Ministério de Justiça, foi aprovado o Regulamento para os mediadores habilitados pelo Ministério e o funcionamento do Centro de Mediação. Foi convidada a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* a participar da experiência piloto e a *Cámara de Apelaciones en lo Civil* a designar 7 (sete) varas patrimoniais e 6 varas de família para executar a experiência (ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996).

O Centro de Mediação do Ministério da Justiça, em funcionamento desde 1993, levou a cabo a experiência piloto de mediação, finalizada em dezembro de 1995. Esse Centro recebia casos enviados pelos juízes (de dentro) e casos que não pertenciam à experiência piloto (de fora), vindo diretamente das ruas. Na primeira hipótese, foi dividido em julgados cíveis com competências patrimoniais e julgados cíveis em assuntos de família (ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996).

Segundo estatística apresentada por Álvarez, Highton e Jassan (1996) do total de 378 (trezentos e setenta e oito) processos ingressados, no período de 1º de junho de 1994 a 17 de outubro de 1995, 250 (duzentos e cinquenta) foram finalizados. Os demais casos se dividem entre os que foram suspensos, os que não eram adequados para a mediação e aqueles em que as partes não compareceram à audiência. Dos casos finalizados, 86 (oitenta e seis) eram relativos aos conflitos de família, obtendo 45 (quarenta e cinco) acordos, enquanto os 164 (cento e sessenta e quatro) referentes aos conflitos patrimoniais obtiveram 73 (setenta e três) acordos. Na segunda hipótese, relativa aos casos fora da experiência piloto, do total de

207 (duzentos e sete) casos ingressados 85 (oitenta e cinco) foram finalizados, sendo 45 (quarenta e cinco) relativos a conflitos familiares, dos quais 25 (vinte e cinco) resultaram em acordos e 40 (quarenta) conflitos patrimoniais, que resultaram em 27 (vinte e sete) acordos.

A Lei nº 24.573, de 25 de outubro de 1995, instituiu a mediação e a conciliação na Argentina, regulamentada pelo Decreto nº 1.021, de 28 de dezembro de 1995, o qual foi modificado pelo Decreto 477/96 e, posteriormente, substituídos pelo Decreto 91/98. Foi criada a mediação prévia e obrigatória em todo juízo. As partes estarão isentas dessa obrigatoriedade se comprovarem que tentaram a mediação antes do ajuizamento da ação, efetuada por mediadores registrados no Ministério da Justiça (§ 1º e 2º do art. 1º). Contudo, o procedimento obrigatório da mediação não será aplicado em algumas causas, tais como: penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação, e pátrio poder, salvo nas questões patrimoniais delas derivadas, etc. (art. 2º).

Nos artigos 4º a 14 da Lei nº 24.573/95 está prescrito o procedimento da mediação. O reclamante deverá formalizar sua pretensão ante a mesa geral de expedientes, especificando-a em um formulário. Em seguida, procede-se ao sorteio do mediador e a designação do juízo que eventualmente decidirá a lide. O mediador, no prazo de dez dias, após tomar conhecimento de sua designação, marcará uma data para a audiência à qual deverão comparecer as partes. O prazo da mediação será de até 60 (sessenta) dias, contados a partir da última notificação do requerido e/ou do terceiro, ou de 30 (trinta) dias corridos, nos casos dispostos no art. 3º, sendo que em ambas as hipótese poderá ser prorrogada por acordo das partes.

No prazo previsto para a mediação, o mediador poderá convocar as partes para todas as audiências que se fizerem necessárias. Caso as partes não compareçam às audiências, deverão pagar uma multa, cujo valor será equivalente a duas vezes os honorários básicos percebidos pelo mediador. As sessões serão confidenciais. O mediador tem ampla liberdade para fazer sessões com as partes, podendo realizá-las de forma conjunta ou separada, com o cuidado de não favorecer nenhuma delas e observar seu dever de confidencialidade. Caso haja acordo, deverá ser lavrado ata na qual constará os termos do acordo, o qual deverá ser assinado pelo mediador, pelas partes e pelos advogados intervenientes. Ainda que as partes não façam acordo, será lavrada ata, cuja cópia será entregue às partes, que ficarão habilitadas para demandar em juízo.

Foi instituído o Registro de Mediadores, cuja organização, atualização e administração é da responsabilidade do Ministério da Justiça. Para ser mediador é obrigatório o diploma de bacharel em direito e possuir capacitação específica, além de exigências regulamentares. O mediador perceberá uma soma fixa, cujo pagamento é feito pelas partes, em conformidade com o acordo firmado e, caso não se chegue a um acordo, os honorários dos mediadores serão pagos por um Fundo de Financiamento (art. 21). A mediação suspende o prazo de prescrição, desde que apresentada formalmente ante a citada mesa geral. A obrigatoriedade da mediação foi fixada pelo prazo de cinco anos, a contar do funcionamento do sistema.

O Decreto nº 91/98 instituiu, ao lado do mediador sorteado oficialmente, a figura do mediador designado privadamente, que pode ser feito por acordo entre as partes ou por proposta do requerente, desde que conste da lista de mediadores habilitados pelo Ministério da Justiça. Quando no procedimento de mediação estiverem envolvidos interesses de incapazes e as partes realizarem acordo, este deverá ser submetido ao juiz sorteado, nas mediações oficiais, ou ao juiz competente que resultar sorteado, nas mediações privadas. Ressalvada essa hipótese, o acordo formalizado em ata subscrita pelo mediador, não requer homologação judicial e será executável mediante o procedimento de execução de sentença, de acordo com o Código Civil e Comercial da Nação. Na mediação oficial ou privada, qualquer que seja o resultado, deverá ser informado ao Ministério da Justiça no prazo de 30 (trinta) dias úteis. Modificou-se o valor dos honorários dos mediadores, passando a ser calculado com base no montante do acordo.

A crítica que se faz ao Decreto nº 91/98 é que a possibilidade da escolha do mediador pelo requerente, sem dúvida, altera a igualdade das partes no direito de escolha do mediador. Além disso, o cálculo do valor dos honorários dos mediadores com base no montante do acordo pode afetar a neutralidade do mediador, que terá interesse em que o valor seja o mais alto possível. Esse é o entendimento de Caivano, Gobbi e Padilha (2006, p. 305) que sugerem que se imagine a situação do “requerido de quem se reclama o pagamento de uma soma em dinheiro, que se vê obrigado a assistir a mediação por um mediador escolhido pelo requerente e que, além disso, cobrará mais honorários se o montante do acordo for mais alto.”

Uma característica da mediação na Argentina é a exigência da formação profissional do mediador ser exclusivamente bacharel em direito, sendo excluídos os profissionais da área de psicologia e assistentes sociais, que normalmente estão presentes na mediação familiar (CARRASCO, 2005).

Outra característica é que a mediação foi instituída como um requisito de admissibilidade da demanda. Sob a visão de Caivano, Gobbi e Padilha (2006) existem argumentos favoráveis e contrários à obrigatoriedade da mediação. Os aspectos positivos devem-se à necessidade de mudança estrutural na forma de resolução de conflitos, sendo que uma iniciativa governamental de obrigatoriedade transitória pode ser de grande valia nesse sentido. Um dos efeitos da lei que já se percebe é que muitos advogados, não obstante as resistências iniciais em deixar o método tradicional de resolução de conflitos, assistiram a cursos de formação de mediadores, contribuindo para a difusão do procedimento. O aspecto negativo é a questão do escasso tempo que decorreu entre a aprovação da lei e sua implementação, tendo causado alguns problemas na prática. Seria preferível a difusão dos métodos alternativos, com a implantação gradativa do plano piloto, o que provocaria um avanço em bases mais sólidas.

Segundo Carrasco (2005), em poucos países a mediação foi instituída com caráter obrigatório. A mediação é obrigatória no Estado da Califórnia (EUA) e na Noruega, mas não para todos os tipos de processos. Para ela o ponto favorável é que a obrigatoriedade seria transitória, até 23 de abril de 2001, período que se considerava suficiente para modificar a cultura do país possibilitando a incorporação do procedimento.

Contudo, a expectativa de que a mediação obrigatória fosse transitória desapareceu, uma vez que foi prorrogada a obrigatoriedade da lei anterior por mais cinco anos (Lei nº 25.287/00) e, em maio de 2006, foi novamente prorrogada pela Lei nº 26.094, desta vez por mais dois anos, o que foi feito sem um debate sério sobre os resultados da experiência (CAIVANO; GOBBI; PADILHA, 2006).

Argüiu-se a inconstitucionalidade da Lei nº 24.573/95, a qual foi acolhida pela *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial*. Segundo Caivano, Gobbi e Padilha (2006, p. 298, tradução nossa) a decisão fundamentou-se em dois aspectos: a questão obrigatoriedade da mediação e o fato do órgão mediador pertencer à órbita do Poder

Executivo. Deduzido recurso extraordinário, a decisão foi reformada pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* que, em 27 de setembro de 2001, declarou a constitucionalidade da supracitada lei, decidindo que:

Contrariamente ao expressado no principal argumento do tribunal *a quo*, o sistema de mediação instituído pela Lei 24.573 não viola o disposto nos artigos 109 e 116 da Lei Fundamental, uma vez que o mediador não exerce função jurisdicional mas uma atividade de aproximação das partes mediante técnicas conciliatórias, afim de que aquelas cheguem à solução do conflito [...] o caráter obrigatório do procedimento da mediação não ofende o direito constitucional de acesso à justiça pois, uma vez que as partes tenham comparecido pessoalmente à audiência podem dar por terminado o procedimento, ficando desobstruída, e em breve tempo, a via judicial (arts. 10 e 14 da Lei 24.573).

Sob a ótica de Caivano, Gobbi e Padilha (2006, p. 299, tradução nossa) a decisão da Corte Suprema argentina simplesmente declara o que parecia evidente, pois o papel do mediador é auxiliar as partes a encontrarem uma solução para a controvérsia, que decorre de suas vontades livres. Destarte, como “o mediador não decide a controvérsia na qual intervém, não tem faculdade para impor uma solução, é evidente que carece de poder jurisdicional.”

Enfim, pode-se dizer que no ordenamento argentino existe a mediação privada, que é voluntária, e a mediação oficial, que é obrigatória, sendo anterior ao ajuizamento da ação. Neste país, a mediação encontra-se, há mais de uma década, institucionalizada no seio da sociedade, tendo-se convertido em modelo de implantação da mediação na América Latina. Para Carrasco o “desenvolvimento de meios e instituições dedicadas a este sistema de solução de conflitos não tem nada a dever a países pioneiros como Estados Unidos, ainda que as diferenças entre uns e outros sejam evidentes.” (CARRASCO, 2005, p. 90, tradução nossa).

3.6.2 a mediação nos Estados Unidos da América

Do ponto de vista histórico, a mediação foi utilizada nos Estados Unidos desde o século XVII, na comunidade puritana dos *Quakers* e entre os colonizadores holandeses. Contudo, o desenvolvimento dessa experiência nos Estados Unidos deve-se, principalmente, aos chineses e aos judeus. Os primeiros criaram a *Chinese Benevolent*

Association para resolver os conflitos pelos membros da comunidade. Os segundos instituíram o *Jewish Conciliation Board*, um Tribunal próprio de mediação (TARGA, 2004).

Os meios alternativos de resolução de disputa, denominados ADR, nasceram nesse país, nos anos sessenta, e daí se expandiram para todos os países da *Common law* e bem mais tarde para a Europa Ocidental. Segundo Meulders-Klein (1997, p. 397, tradução nossa), esse movimento “encontra sua fonte inicial em um outro movimento intitulado ‘Acesso à Justiça’, cuja preocupação inicial foi precipuamente tornar a justiça acessível aos mais pobres e às minorias.”

Nas décadas de setenta e oitenta do Século XX, houve um acúmulo de processos judiciais nos Estados Unidos. Foi solicitado ao Congresso o aumento de quantidade das salas de audiências, bem como a contratação de um maior número de juízes, o que foi negado. Por esse motivo, os próprios tribunais, os juízes e os advogados tiveram que enfrentar os problemas. A solução encontrada foi o “gerenciamento de casos” (DAVIS, 2003, p.24) mediante o qual o magistrado exerce um controle direto sobre sua pauta de audiências, fixando um prazo para a resolução dos processos e induzindo os litigantes a usarem algum meio alternativo de resolução de conflitos ou ADR.

Tal fato provocou a utilização de vários métodos alternativos, não apenas os considerados básicos ou puros como a mediação e a arbitragem, mas também a criação de diversos sistemas híbridos. Os meios alternativos mais conhecidos são o mini-juízo (*mini-trial*), a avaliação preliminar neutra (*early neutral evaluation*), juízo por jurados abreviado (*summary jury trial*), juízes privados (*private judging*) e a arbitragem ou a mediação anexos aos tribunais (*court-annexed-arbitration or mediation*). A experiência americana, em trinta anos de trabalho, na implementação de programas de métodos alternativos, tem resultado em uma grande variedade de sistemas, que geralmente não são utilizados em sua forma pura mas variantes das técnicas conhecidas, que se tornam mais apropriados para resolver as controvérsias (CAIVANO; GOBBI; PADILHA, 2006).

De acordo com Targa (2004, 142), o instituto da mediação teve sua “fundamentação teórica” na Universidade de Havard, Cambridge-Boston. O Prof. Frank E. A. Sander, em 1976, apresentou um estudo visando ampliar o acesso à justiça, que denominou de *multi-door courthouse* – Tribunal de Muitas Portas, no qual um Tribunal poderia receber

demandas por programas distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Somente em último caso o problema seria solucionado por meio da sentença judicial.

Um comitê ligado à Associação dos Advogados Americanos ajudou na instalação desses programas nos tribunais americanos. Na *Superior Court of the District of Columbia* (Washington), após o acompanhamento pelo período de 4 (quatro) anos, a partir de 1983, o programa foi aprovado, designando-se uma divisão daquela Corte para priorizar os meios alternativos, inclusive a mediação, fazendo-se um treinamento de pessoas para participar desses procedimentos. Targa (2004, p. 108) esclarece:

Inicialmente, apenas as causas de valor inferior a \$5.000 (cinco mil dólares), *small claims*, foi atribuída a possibilidade de solução por métodos alternativos naquele programa. Foram tão bem resolvidas que, a partir de 1991, esse valor foi elevado para \$ 25.000 (vinte e cinco mil dólares). No ano de 1998, 43% de todas essas causas foram resolvidas por mediação.

No Fórum de Múltiplas Portas os processos são encaminhados para diferentes tipos de procedimento, com base na percepção de que os conflitos devem ser solucionados do modo mais adequado ao tipo de controvérsia. Alguns dos procedimentos mais usados são: o processo jurídico tradicional, a conciliação, a arbitragem e a avaliação preliminar neutra, já mencionados anteriormente. Há sistemas em que a participação é compulsória, outros em que é voluntária e os híbridos. A seleção para o encaminhamento é realizada com base em um formulário preenchido pelas partes, sendo o critério baseado ora em categorias de controvérsias, como valor da causa e tipo de disputa, ora examinando-se caso a caso. Com o *Civil Justice Reform Act*, em 1990, o sistema foi bastante ampliado (BARBOSA, 2003).

Enfim, há uma grande variedade de métodos de resolução de conflitos. Segundo El-Hakim (1997, p. 348, tradução nossa): “existe aproximadamente oitenta modos diferentes de resolução de conflitos”, sendo que a maior parte deles conduzem à intervenção de terceiros que procuram aproximar as partes e esclarecer a respeito das possibilidades de se chegar a um acordo que resolva a controvérsia.

Visando habituar a comunidade jurídica com os meios alternativos de resolução de controvérsias, durante uma semana (*Settlement Week*), nos anos de 1987 a 1989,

os processos cíveis foram suspensos para que se realizassem mediações por voluntários. Em cada semana foi realizada “mediação de 700 a 900 casos.” Devido ao êxito obtido, houve “indicação também para casos mais complexos sendo que de 3.100 antigos casos cíveis, que tramitavam no Tribunal, submetidos à mediação entre outubro de 1989 e janeiro de 1991, a metade foi resolvida.” (TARGA, 2004, p. 108).

O sucesso do Programa de Muitas Portas tem sido enorme. Segundo Targa (2004, p. 186) foi criado, em 1999, um projeto de mediação na área de família, continuando, em razão de seu êxito, um outro programa, em 1998, “denominado Child Protection Mediation Pilot, para casos de abusos e negligências com crianças. Este último programa atendeu, em 1999, 110 casos em mediação, dos quais 67 chegaram a integral acordo e 31 a acordos parciais [...]”

É importante registrar a existência do *Uniform Mediation Act*, de 17 de agosto de 2001, aprovado e regulamentado para aplicação em todos os estados, visando a uniformização do instituto da mediação em todo o país, pois existia, na época, mais de 2.500 (dois mil e quinhentos) estatutos. Essa norma limitou-se a fazer uma abordagem genérica do tema, definindo a mediação como um processo consensual, deixando para os estados legislar sobre as situações específicas.

Nos Estados Unidos existe a mediação judicial e a extrajudicial. A judicial é realizada por meio do processo judicial nos tribunais americanos. A extrajudicial é a que se realiza nos centros especializados em mediação de conflitos. Contudo, há também mediação comunitária, que surgiu na década de 1970, expandindo-se por todo o território americano. Caracteriza-se a mediação comunitária pela realização por mediadores voluntários; subvenção de entidades privadas sem fins lucrativos ou organização pública dirigida pelo Governo; participação de mediadores que saibam as necessidades da comunidade; acesso direto a todos, mesmo os que não podem pagar; incentivo à responsabilidade civil e à conscientização de direitos (SALES, 2004).

A mediação americana pode ser subdividida em: estatutária, contratual, voluntária e por determinação judicial. A primeira é prevista na lei e é menos utilizada. Há questões que têm sido submetidas à mediação estatutária, como por exemplo: casos relativos a Direito de Família e trabalhistas. A contratual ocorre quando os litigantes resolvem

estabelecer em um contrato a forma de resolver seus litígios. Normalmente, nesses casos, utiliza-se a arbitragem, sendo raras as mediações. A mediação voluntária ocorre quando os litigantes, em vez de recorrer ao Judiciário, preferem se utilizar da mediação, mas não é muito comum. Por fim, a mediação por determinação judicial, que é a forma mais relevante e eficiente, ocorre quando o juiz determina a mediação (DAVIS, 2003).

Nos Estados Unidos, os programas de mediação tendo como base os tribunais foram instituídos em muitas jurisdições. Iniciando-se nos conflitos familiares, estenderam-se para uma grande parte da área cível. Em alguns tribunais, foram fixados certos limites em relação ao valor da causa, sendo que as questões inferiores a tais limites devem passar primeiramente pela mediação antes de serem examinadas pelos tribunais. Geralmente, os mediadores são escolhidos entre os funcionários do tribunal ou são mediadores particulares contratados. Uma das áreas que mais se desenvolveram é a relativa a questões familiares, pois os resultados obtidos com a mediação são mais satisfatórios do que os obtidos via processo litigioso. Há alguns tribunais de família e cíveis nos quais existe a determinação de que as partes devem passar por uma tentativa de mediação antes que o juiz examine a questão. Contudo, essa tentativa obrigatória não significa que as partes sejam obrigadas a realizar o acordo (MOORE, 1998).

Destarte, a mediação é uma atividade que cresce bastante nos Estados Unidos, sendo muito conhecida e procurada. Foi institucionalizada em comunidades, campos universitários e em outros locais, usada para resolver uma extensa gama de controvérsias, dentre elas as questões relativas a locação, comercial, vizinhança e familiar. Segundo Johnson (1993 apud SHAILOR, 1999, p.71) não obstante “houvesse apenas alguns poucos centros de mediação no início da década de 70, agora há mais de 400.”

Segundo Oliveira (1999), a mediação vem sendo usada de forma crescente no Exterior, sendo que “cerca de 80% dos acordos obtidos sob o processo de mediação, nos Estados Unidos, são mantidos. Os casos se resolvem rapidamente e não há retorno das partes, ao contrário do que ocorre nas cortes em que cabe apelação.” A respeito da mediação familiar nos Estados Unidos, afirma que “as vantagens desse método são de tamanha vultura (sic) que dois terços dos Estados americanos, por lei, encaminham os separandos para a mediação, obtendo atualmente acordos consensuais duradouros em mais de 90% dos casos.” (OLIVEIRA, 1999, p.141)

Na Corte Federal do Norte da Califórnia, “noventa por cento dos casos são resolvidos antes do julgamento. A maioria deles por meio de algum tipo de mediação”. Em San Diego, na Corte Superior estadual, “noventa e cinco por cento dos casos são resolvidos por mediação antes do julgamento.” Relativamente à demora da prestação jurisdicional, “tínhamos um atraso de cinco anos antes de instituímos o gerenciamento de casos e a ADR obrigatória. Hoje, o tempo de resolução de um caso no norte da Califórnia é de sete meses” (DAVIS, 2003, p. 24,32). Como se vê, é bastante alto o percentual de eficácia da mediação para a resolução de litígios, além do fato dos conflitos terem sido resolvidos em espaço de tempo muito mais curto.

Embora no início houvesse muitas objeções, elas ruíram por terra uma a uma no decorrer do tempo. Alegava-se que a mediação traria aumento dos custos, maior demora nos processos, os litigantes não teriam seu “dia na corte”, o papel dos juízes seria decidir os processos e não os gerenciar e o trabalho dos advogados seria eliminado. Todavia, com a mediação os custos foram reduzidos e os atrasos diminuíram; os magistrados tiveram mais tempo para se dedicar aos processos que precisavam de maior atenção; os advogados não ficaram desempregados, sendo que alguns se tornaram especialistas em mediação; e “os litigantes não ficaram sem o seu ‘dia na corte’.” (DAVIS, 2003, p.32).

Destarte, podemos concluir que a mediação nos Estados Unidos atingiu um grande desenvolvimento, obtendo excelentes resultados conforme demonstrado, sendo um modelo que deve ser observado por todos os países que pretendem implantar os sistemas alternativos de resolução de conflitos, com a ressalva de que não se deve transportar o sistema implantado em um país a outro, sem as necessárias adaptações, pois é preciso que se leve em consideração às diferenças sócio-culturais e econômicas que nos distinguem.

3.6.3 a mediação na França

A resolução amigável dos conflitos, praticada desde o *Ancien Régime*, foi restaurada pelo regime pós-revolucionário na França, cuja Constituição de 22 *frimaire an VIII*³⁶ instituiu a conciliação e a arbitragem (art. 60). A lei de agosto de 1790 dispunha sobre a arbitragem, que era muito utilizada em matéria comercial. Foram criados os juízes de paz, inicialmente eleitos e a partir de 1800 passaram a ser nomeados, que praticavam uma

³⁶ Trata-se da Constituição Francesa de 13 de dezembro de 1799.

verdadeira justiça de proximidade, sendo seus julgamentos baseados na equidade e não no direito. A conciliação obrigatória foi extinta com a lei de 9 de fevereiro de 1949 e os juízes de paz foram suprimidos em 1958 (LINDEPERG, 2002, p. 9).

Os anos 1980 e 1990 podem ser chamados, segundo Jean-François Six³⁷, de “década da mediação”, quando foi implantado e desenvolvido o sistema na França. Alude a um artigo publicado na revista *Vie Social* (1995), segundo o qual: “Há quinze anos, as práticas de mediação desenvolvem-se na França, mas se pode observar as múltiplas facetas que apresentam: mediação familiar, penal, social, administrativa, cultural e empresarial.” (SIX, 2001, p. 11).

Desde 1989, existe em Paris uma Casa da Mediação, que é uma associação independente, onde são realizadas consultas e solicitadas mediações familiares. Em setembro de 1993, na mesma cidade, instituiu-se uma Casa da Família e da Mediação, sob a responsabilidade de uma assistente social. Em Paris, a mediação familiar passou a ser um serviço municipal, atendendo às necessidades da população de consultar sobre questões familiares, encontrando no local psicoterapeutas e assistentes sociais com especialidades nesses problemas. Six (2001, p. 72) sugere que:

A mediação familiar seja primeiramente prevenção, que, como para a saúde, haja levantamentos de saúde familiar mediante os quais se possa apelar a um mediador com quem a família dialogaria pacificamente, antes mesmo que se declarasse um problema.

É interessante a experiência francesa de “*médiation de quartier*”, que é um tipo de mediação extrajudiciária, que se ocupa dos conflitos de vizinhança ou familiares, problemas de barulhos, pequenas violências, pequenos atentados à propriedade e também de questões locatícias. Em Lyon, há mediadores permanentes, ligados às “*boutiques de droit*”³⁸, que acolhem as pessoas em conflito e garantem um serviço de acesso ao direito e de ajuda às vítimas. Há 90 (noventa) mediadores ligados à *Association médiation Lyon*, os quais são voluntários que moram no quarteirão e se interessam pela vida social. Segundo Berkani (2002, p. 32, tradução nossa), trata-se de “litígios muito pouco importantes para dar lugar a

³⁷ É Presidente do CNM - *Centre National de la Médiation*. Membro da *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*. Filósofo, Escritor e membro fundador do *Haut Conseil de la Médiation*.

³⁸ No Brasil, é utilizada a expressão “Balcão de Justiça.” A “*association Boutique de Droit*”, criada em 1987, foi colocada em funcionamento no *quartier de Perrache-Lyon*. Hoje existem 7 escritórios de advocacia e onze mediadores, que atuam permanentemente.

um processo judicial, mas suficientemente sérios para nos desgastar a existência se os deixamos continuar.”

Há um Centro Nacional da Mediação – CNM - formado por associações, sociedades e grupos de mediação cidadã. É uma associação composta de mediadores qualificados, que efetuam um trabalho de pesquisa e de desenvolvimento a respeito do conceito e a ética, a arte e a pedagogia da mediação, objetivando promover a função de mediador. Editou-se, em 1992, uma Carta e um Código de Mediação, que estabelecem os princípios diretores da mediação, os direitos e deveres do mediador, os controles e as sanções, conceituando a mediação como “um procedimento facultativo que requer o acordo livre e expresso das pessoas envolvidas, de se engajarem em uma ação (a ‘mediação’), especialmente formado nesta arte.” (SIX, 2001, p. 287).

A mediação judicial penal foi instituída por meio da Lei nº 93-2, de 04 de janeiro de 1993, que consagra prática usada pelo ministério público há mais de dez anos, resgatando a tradição de buscar a pacificação social mediante acordo entre as partes, herdada pelos juízes de paz e pelos conciliadores. A citada Lei concede ao Procurador da República, antes da decisão sobre a ação pública e havendo acordo das partes, a faculdade de recorrer a uma mediação, que é gratuita para as partes. Segundo Six (2001, p. 160) “é um modo de exercício da ação pública”, visando regularizar algumas situações, pondo fim às diferenças menos graves entre pessoas que vivem juntas, bem como atendendo de forma imediata às expectativas das vítimas. Todavia, ressalta o autor, “esta mediação fica, e deverá ficar no quadro da instituição judiciária: a infração permanece, com a eventualidade de uma sanção penal; e a reparação é essencial.”

A mediação institucional se desenvolveu por iniciativa do Executivo. O Primeiro-Ministro francês M. Balladur, em 23 de fevereiro de 1995, por meio de uma nota, denominada “Melhoria das relações entre os serviços públicos e seus usuários,” determinou aos ministros e prefeitos a designação nos serviços públicos de “um funcionário encarregado da missão de mediação”, o qual teria a função de esclarecer, e se possível, solucionar as dificuldades surgidas entre o usuário e os serviços, evitando-se o contencioso administrativo (SIX, 2001, p. 26).

Segundo Six (2001, p. 179) a palavra “usuário”, no sentido de “utilizador”, teve início no século XX, tal como ocorreu nas ferrovias e nos Correios, etc... No século XVIII, era “usuário” a pessoa que tinha bastante conhecimento dos usos e costumes, enquanto no séc. XIX, o termo era utilizado para designar “pessoa que detinha um direito de uso.”

A mediação civil foi criada pela Lei nº 95-125, de 08 de fevereiro de 1995, relativa à organização das jurisdições e ao processo civil, penal e administrativo, que instituiu a conciliação e a mediação judiciais. Dispõe o art. 21 que o juiz pode designar um terceiro, após concordância das partes e conforme determinadas regras, para: proceder à tentativa prévia de conciliação, com exceção de matéria de divórcio e separação de corpos ou realizar a mediação, em qualquer fase do processo, no intuito de obter um acordo entre as partes. O juiz determina o montante da remuneração do mediador que será paga pelas partes. Há o dever de confidencialidade do conciliador e do mediador (art. 24). Por fim, havendo acordo, as partes deverão submetê-lo ao juiz para ter força executiva (art. 25).

Quanto à duração da conciliação e da mediação, a Lei nº 95-125/95 dispõe que é fixada pelo juiz, podendo ser renovada ou encerrada antes do prazo, a pedido do conciliador, do mediador ou de uma das partes (art. 23). O Decreto nº 96.652, de 22 de julho de 1996, estabeleceu o prazo de duração do processo em 3 meses, os quais podem ser renovados uma vez. Segundo Ganancia (2002) esse prazo pode perfeitamente ser prorrogado pelo juiz, mediante uma nova decisão, porque o processo pertence definitivamente às partes: o tempo há de ser o necessário para o amadurecimento e principalmente para realizar o trabalho de sanar as relações conflituosas, sem a qual nenhuma solução será possível.

O supracitado decreto de 22 de julho de 1996, que regulamentou a mencionada Lei de 08 de fevereiro de 1995, introduziu no Código de Processo Civil francês um novo título, denominado “la médiation”, composto pelos artigos 131-1 a 131-15. Gorchs (2003, p. 420, tradução nossa) critica o legislador por confundir conciliação e mediação, sendo distinguidos apenas quanto ao momento, pois enquanto a conciliação é prévia a mediação ocorre no curso do processo; tanto o mediador como o conciliador são investidos na mesma missão: conciliar as partes e resolver o litígio mediante um procedimento negociado. Esclarece a autora:

Nem o conciliador nem o mediador, a nosso ver, não devem propor uma solução, ao contrário devem ajudar as partes a encontrá-la. O que diferencia

a mediação da conciliação é seu campo de ação: o conciliador trabalha sobre o litígio, o mediador sobre o conflito. Eis porque a mediação sai do ofício do juiz [...].

A lei de 08 de fevereiro de 1995 consagrou a mediação judiciária como uma forma alternativa de jurisdição contenciosa, transformando-a em uma espécie de conciliação, como instrumento de resolução de litígio, o que desnaturou o instituto. Segundo Gorchs (2003, p.409, tradução nossa) “ o litígio é em certos casos somente a tradução em termos jurídicos de um conflito, de sorte que decidindo o litígio, o juiz não resolve o conflito.” A autora, distinguindo litígio e conflito, ressalta: “porque a mediação se exerce sobre o não-jurídico, ela não pode ser uma alternativa ao poder jurisdicional; ao menos ela pode ser suscetível de melhorar o exercício do poder jurisdicional ou tornar possível a conciliação das partes em litígio.”

A natureza da função do mediador civil, segundo Serverin (2003) é de um mandatário da justiça, assim como os tutores, os curadores, os peritos etc., uma vez que são designados pelo juiz para atuar em um litígio. Para a autora, só há duas maneiras de aumentar o recurso à mediação por parte dos juizes: torná-la gratuita ou obrigatória. A gratuidade é afastada em razão da necessidade de controle das despesas públicas. Em relação à obrigatoriedade, a maior parte dos países não a adota, tanto pelo fato de ser ineficaz, quanto em razão de ser uma limitação ao direito de acesso ao judiciário. Acresce que a Lei nº 2002-305, de 4 de março de 2002, que trata da autoridade parental criou uma opção intermediária: o juiz de família tem o poder de determinar às partes de encontrar um mediador na área de família.

Six (2001) afirma que na França há dois tipos de mediação: a institucional e a cidadã, distinguidas segundo a origem dos mediadores e seus respectivos modos de atuação. Os mediadores institucionais, de acordo com a origem, são funcionários do Estado ou de órgãos e empresas governamentais, como os dos Correios ou do Sistema Ferroviário Nacional – SNCF. Os mediadores institucionais, incluindo o mediador da República,³⁹ desempenham um trabalho específico em relação à sua instituição e aos clientes desta, possibilitando a retomada do diálogo com os usuários. Representando um certo poder, são especialistas ou

³⁹ Instituída a função em 1973, destina-se a melhorar as relações entre a administração francesa e o cidadão. O mediador da República é nomeado por seis anos, por ato irrevogável. O recurso ao mediador é gratuito. Uma de suas funções é propor reformas legislativas que são enviadas aos Ministros de Estado. (www. mediateur – republique.fr, acesso em 18/12/2007).

assessorados por um grupo deles, aos quais se requer encontrar resposta a um problema específico. Por fim, o mediador institucional tem a preocupação com o tempo, pois é apressado pelo órgão que o designou a obter resultados, o mais rápido possível.

Os mediadores cidadãos são aqueles provenientes de associações independentes (humanitárias, sociais, etc.); são pessoas que surgem espontaneamente nos grupos sociais, em razão das necessidades da comunidade. Quanto à forma de atuação, os mediadores cidadãos assumem a postura de sugerir opções que auxiliem as pessoas a encontrar soluções para os seus conflitos; eles não apontam uma solução externa, mas incentivam-nas a utilizar seus próprios recursos. As pessoas dirigem-se a esses mediadores em pé de igualdade, pedindo-lhes que atuem como terceira pessoa. O mediador cidadão, diferentemente do institucional, tem todo o tempo disponível a seu favor. Para Six (2001, p. 31) os mediadores cidadãos “não têm poder como tal, não são juízes que vão sentenciar nem árbitros [...]; eles não têm mais do que a autoridade moral. Se alguém se dirige a eles é porque considera que são, não gurus que decidem, mas, ao contrário, sábios que sugerem.”

Os mediadores institucionais e cidadãos compreenderam a necessidade de dialogar a respeito de suas experiências. Por isso, em 25 de julho de 1995, reuniram-se para fixar uma plataforma entre os dois grupos, que chamaram de Alto Conselho de Mediação. Tinham o propósito de juntar pessoas que se interessam pela mediação e ser um espaço de intercâmbio e de iniciativas entre mediadores institucionais e cidadãos, visando melhor conceituar a mediação, por em prática a deontologia da mediação, disciplinar sobre a formação do mediador etc.. Criou-se o Comitê de Coordenação, instrumento de reflexão e dinamização do Alto Conselho, que é uma instância paritária, formada por número idêntico de mediadores cidadãos e institucionais (SIX, 2001).

A adesão ao movimento da mediação veio do *Conseil de l'Europe*, que emitiu recomendações sobre a mediação familiar e a mediação penal, sendo que os diversos Estados europeus preocuparam-se em desenvolver essa nova modalidade. Os mediadores da área penal, cuja função é delegada pelos procuradores da República tendem a se profissionalizar. Quanto aos mediadores familiares, na França eles obtiveram um grande reconhecimento, com a criação de um diploma do Estado e de um conselho nacional (BASTARD, 2002).

Como se vê, a mediação francesa pode ser judicial ou extrajudicial. A judicial é uma espécie do gênero institucional, enquanto que a extrajudicial é a mediação cidadã. Há uma distinção bastante relevante entre a mediação judicial e a extrajudicial, devendo ser questionado se o conceito e os procedimentos de mediação são compatíveis com os procedimentos judiciais. Conclui Irene Théry (1992-1994 apud SIX, 2001, p. 161):

Aqui está, para mim, o problema central da mediação, que é o menos visto hoje, e que faz com que se creia, uma vez que estamos bem de acordo sobre o interesse em uma mediação extrajudicial, que se pode transpô-la para o coração dos processos judiciais, ou substituir os processos judiciais pelos procedimentos de mediação; problema uma vez que são, a meu ver, duas formas, senão incompatíveis, talvez complementares, em todo caso diferentes, e que colocam problemas diferentes, de defrontar as relações sociais.

Em síntese, na França existe a mediação institucional e a cidadã. Na institucional, há os mediadores judiciais, além dos mediadores da República e dos existentes nos órgãos públicos. A mediação judicial ocorre em matérias civil, penal e administrativa, sendo os mediadores escolhidos livremente pelos juízes, não exigindo a lei qualificação específica. De outra parte, a mediação cidadã, que é uma mediação comunitária, também é bastante desenvolvida. Assim, a mediação na França, seja ela institucional ou cidadã, expandiu em vários setores, tais como: na justiça, nas escolas, nas empresas, nos hospitais. Enfim, a mediação na França, como nos outros países pesquisados não é gratuita, devendo suas despesas serem divididas igualmente entre as partes, salvo combinação diversa entre elas (art. 131-6 do Código de Processo Civil francês).

3.7 A mediação no Brasil

A mediação vem se desenvolvendo gradativamente no Brasil, sendo implementada tanto no âmbito privado como no âmbito público, tendo sido instituída por diversos Tribunais de Justiça. Contudo, há legislação específica somente na área trabalhista, referente às negociações individuais e coletivas. No que diz respeito aos demais ramos do Direito não existe legislação em vigor.

3.7.1 o Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998

O Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, segundo a exposição de motivos, resulta da conciliação de duas propostas legislativas, quais sejam: o Projeto de Lei nº 94, de 2002,

cuja autora é a deputada Zulaiê Cobra e o Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura. A nova versão do Projeto foi apresentada e debatida de forma ampla, em audiência pública, aos 17 de setembro de 2003, estando presentes os autores originários do Projeto e Anteprojeto, membros do Poder Judiciário, advogados, bem como instituições e pessoas especializadas em mediação (SALES, 2004).

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998, da deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza no Brasil a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos, o qual obteve aprovação na Câmara dos Deputados e foi enviado ao Senado Federal.

O Senador Pedro Simon, relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ressaltou que os requisitos formais e materiais de constitucionalidade foram observados. No que se refere ao mérito, todavia, houve por bem apresentar Substitutivo, com o intuito de disciplinar de forma mais abrangente o instituto da mediação, em 12 de junho de 2006. Uma das alterações foi a exclusão da mediação no âmbito penal, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Outra modificação importante é a instituição da mediação incidental obrigatória, ressaltando que a “obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a auto-composição e desafogar as varas de primeira instância.”

Em seguida, o mencionado projeto retornou à casa de origem, tendo sido enviado pela Mesa Diretora à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sendo designado relator o Deputado José Eduardo Cardozo, que se manifestou pela constitucionalidade e, no mérito, pela aprovação do Substitutivo do Senado Federal. Contudo, em 08 de novembro de 2006, o projeto foi retirado de pauta. No último andamento, datado de 10 de abril de 2007, foi deferido o requerimento de reconstituição (REQ. 627).

De acordo com o mencionado substitutivo ao projeto, a mediação é definida como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual” (art. 2º). Embora o conceito de mediação seja mais amplo, houve a preocupação de ressaltar a imparcialidade do terceiro, bem como o fato de que o mediador não apresenta solução e, evidentemente, não decide a controvérsia.

Apresenta as seguintes características: a mediação é paraprocessual voltada apenas aos conflitos de natureza civil. As espécies de mediação são: prévia ou incidental (quanto ao momento de sua instauração) e judicial ou extrajudicial (em relação à qualidade dos mediadores). É permitida em toda matéria que admita conciliação, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele. Em princípio a mediação será sigilosa, salvo estipulação em contrário pelas partes. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias e, não sendo realizado o acordo, o processo terá continuação. O acordo resultante da mediação, cujo termo for subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constitui título executivo extrajudicial. O termo de mediação prévia ou incidental, a pedido de qualquer dos interessados, poderá ser homologado pelo juiz, com eficácia de título executivo judicial. A atividade do mediador será sempre remunerada, sendo que o termo de mediação, frustrado ou não o acordo, deverá conter a fixação dos honorários do mediador ou do co-mediador.

O substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.827/98 preceitua que pode ser mediador qualquer pessoa capaz, que tenha conduta ilibada e formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais. Os judiciais são os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores. Os mediadores extrajudiciais são os independentes, também selecionados e inscritos no mencionado Registro. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça e, quando no exercício de suas funções e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da lei penal.

Os impedimentos e suspeições, previstos nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil, aplicam-se aos mediadores e co-mediadores. Quando houver algum impedimento, o mediador deverá devolver os autos ao distribuidor, que indicará outro profissional. Contudo, se a causa de impedimento for desvendada quando já houver iniciado o procedimento, o mediador deverá interromper sua atividade e lavrar termo do ocorrido, solicitando a designação de novo mediador. De outra parte, o mediador é impedido de prestar serviços profissionais, em matéria que tenha correlação com a mediação, a qualquer das partes, pelo prazo de dois anos a contar do fim da mediação.

A obrigatoriedade da mediação incidental no processo de conhecimento, ressalvadas algumas hipóteses, está prevista no art. 34. São elas: ação de interdição; quando for parte pessoa jurídica de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; no inventário e no arrolamento; nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; na ação de retificação de registro público; quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; na ação cautelar; quando na mediação prévia ocorrer acordo nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Essa é, sem dúvida, uma questão polêmica. Os que são favoráveis sustentam que a obrigatoriedade é apenas da tentativa de mediação, e não de ser realizado um acordo. Para Martins Filho (1999, p.112) a conciliação e a mediação devem ser consideradas como “condição prévia ao ajuizamento da ação.”

Nessa linha de entendimento, Medina (2004) afirma que a utilização compulsória dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, com a possibilidade de posterior ingresso na via jurisdicional, poderia ser uma maneira eficaz de criar uma cultura a favor das ADR em nosso País, reduzindo sensivelmente a crise atual do Judiciário. Cita, a título de exemplo, os Estados Unidos da América e na Argentina, que instituíram um processo prévio obrigatório de mediação.

Em contrapartida, há uma corrente que entende que a voluntariedade é uma característica essencial da mediação, por isso a “obrigatoriedade da mediação incidental não se ajusta ao instituto da mediação” (WAISBERG, 2004, p.259). Esse é o ponto de vista de Josiane Barbieri,⁴⁰ segundo o qual caso seja aprovada a questão da obrigatoriedade da mediação incidental, haveria grande dificuldade em razão de não se ter pessoas formadas e preparadas para exercer a mediação. Acrescenta que deve ser preservada a liberdade do cidadão de escolher livremente o método de resolver suas controvérsias.

Marcelo Girade⁴¹ sustenta que a questão da obrigatoriedade, a curto prazo, teria ter a vantagem de promover a sensibilização e divulgação do processo de mediação como forma alternativa de resolução de conflitos nos tribunais. Contudo, ela poderia

⁴⁰ Professora do Curso de Formação de Mediadores Judiciais do TJDFT, entrevistada em dezembro de 2007.

⁴¹ O Dr. Marcelo Girade é o Coordenador do Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos do TJDFT.

inviabilizar a Justiça, uma vez que para atender à demanda gerada pela obrigatoriedade haveria necessidade de centenas de mediadores nos tribunais, aliado ao fato de que a previsão de que as partes primeiramente façam a tentativa de mediação acrescentará mais uma etapa ao já moroso processo judicial.

A Comissão de Acompanhamento de Mediação e Arbitragem no Brasil da AMB, segundo André Azevedo, tem demonstrado preocupação com dois dispositivos do Projeto de Lei nº 4.847-C/98: o art. 34 e o parágrafo único do art. 42. Sustenta-se que o art. 34, que prevê a obrigatoriedade da mediação, em quase todos os processos cíveis, não é viável, devido à falta de estrutura dos tribunais nacionais para preparar mediadores suficientes para atuar em todos os feitos. Relativamente ao parágrafo único do art. 42, que fixa a obrigatoriedade de remuneração aos mediadores, mesmo em casos de assistência judiciária, que será feita às expensas dos tribunais, afirma-se que seria um fator importante de desequilíbrio financeiro.⁴²

Parece ser excessiva a preocupação da AMB, pois a obrigatoriedade da mediação não inviabilizará os Tribunais de Justiça, uma vez que foram implementados vários programas de mediação em diversos Estados-membros. Não há dúvida que se deve investir na formação de mediadores suficientes para suprir a demanda, a exemplo do que está sendo feito pelo TJDFT, conforme se verá adiante. Contudo, a questão da obrigatoriedade da remuneração dos mediadores, em caso de assistência judiciária, correndo as despesas por conta dos Tribunais de Justiça deve ser repensada, pois poderá acarretar dificuldades financeiras aos tribunais.

Enfim, a posição mais acertada parece ser a que defende a obrigatoriedade da mediação, ainda que por determinado prazo, para que seja definitivamente implantada a cultura da resolução não-adversarial de conflitos no Brasil. Deve ser salientado que a obrigatoriedade da mediação em relação às causas cíveis, com algumas exceções, não infringe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que trata do princípio da inafastabilidade de acesso aos tribunais.

Primeiramente, porque a obrigatoriedade é somente da mediação incidental, que ocorre após o ajuizamento de uma ação. Em segundo lugar, em razão das partes serem

⁴² AMB Informa, edição nº 93, 1º a 31 de maio de 2007.

obrigadas exclusivamente à tentativa de mediação e não a realizarem acordos. Em terceiro lugar, porquanto o mediador não decide a controvérsia, mas orienta as partes a encontrar soluções próprias para a resolução consensual dos conflitos. Por último, pelo fato de que a mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias e, não tendo sido realizado acordo, o processo retomará seu curso.

De outra parte, como já foi dito anteriormente, na Argentina declarou-se a constitucionalidade da Lei nº 24.573/95, que instituiu a mediação nesse país, embora seja prévia e obrigatória em todo juízo. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, que instituiu a arbitragem no Brasil. Portanto, em ambos os países já foram rejeitadas as arguições de inconstitucionalidade das leis que instituíram os supracitados mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Verifica-se que a mediação no Brasil tem algumas semelhanças com o instituto adotado na Argentina, que sem dúvida serviu de inspiração para o nosso legislador. Ambas as legislações tratam da obrigatoriedade da mediação, mas enquanto no Brasil haverá obrigatoriedade apenas da mediação incidental, naquele país a mediação prévia é obrigatória em todo juízo. As duas normas legais criaram exceções à obrigatoriedade: na Argentina é excepcionada a mediação nas causas em que o Estado ou suas entidades descentralizadas sejam partes (art. 2º nº 4, da Lei 24.573/95), enquanto no Brasil há ressalva quando for parte pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis (art. 34, inc. II, do Projeto de Lei nº 4.827/98). Assim, a mediação será obrigatória quando estejam envolvidas pessoas jurídicas de direito público, mas a controvérsia tratar de direitos disponíveis.

De outra parte, para ser mediador judicial, no Brasil, é preciso: ser advogado com pelo menos três anos de exercício profissional, ser capacitado, selecionado e inscrito no Registro de Mediadores (art. 11). Na Argentina, também se exige que seja advogado e tenha capacitação, além da inscrição no Registro de Mediadores, para a qual é necessário o exercício da advocacia por três anos (art. 16 da Lei 24.573/95 c/c art. 16 do Dec. 91/98). No Brasil, havendo acordo na mediação incidental, após verificação do cumprimento das formalidades legais, será homologado pelo juiz (art. 40 do Projeto de Lei nº 4827/98). Contudo, na Argentina somente há necessidade de homologação judicial se houver interesses de incapazes (art. 12 do Dec. 94/98).

Finalmente, no art. 43 das Disposições Finais, o Projeto de Lei supracitado altera a redação do art. 331 do Código de Processo Civil, visando introduzir outros mecanismos de pacificação, na audiência preliminar e em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Com isso, a audiência preliminar ganha um novo formato, abrindo ao juiz um leque de opções, o que configura um “fórum de múltiplas portas.” Os mecanismos mencionados são: a conciliação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. Esta última caracteriza-se por ser sigilosa, inclusive para o juiz, e não vinculante para as partes, tendo como objetivo orientá-las na tentativa de composição consensual do conflito.

3.7.2 a experiência da mediação no Brasil

No Brasil, existem alguns projetos públicos e privados, que realizam a mediação comunitária, tendo se espalhado por vários Estados. O Plano Nacional de Direitos Humanos – PNDH II, instituído em 2002 pelo Ministério da Justiça, tem como objetivo modificar a sociedade mediante uma procura contínua por justiça e condições de vida mais favoráveis por meio da execução de projetos que realizem de forma efetiva os direitos humanos. O PNDH incentiva o desenvolvimento de programas relativos à preparação de agentes comunitários e à mediação de conflitos (SALES, 2004).

No Rio Grande do Sul, a ONG Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, instituída em 1993, promove um trabalho de capacitação legal de mulheres líderes comunitárias em questões legais e de direitos humanos. Essas líderes comunitárias atuam mediando os conflitos das comunidades, conscientizando os habitantes de seus direitos e na prevenção de conflitos em geral (SALES, 2004).

No Rio de Janeiro, funciona um Balcão de Direitos, surgido no final da década de 1990, que é uma entidade privada, vinculada à ONG Viva Rio, tendo por objetivos atender a diversas favelas, proporcionando assessoria jurídica gratuita e de formação em noções em direito, cidadania e mediação de controvérsias (SALES, 2004).

No Ceará há um programa idealizado pelo governo estadual, mediante a antiga Ouvidoria Geral vinculada à Secretaria de Justiça, hoje estruturada na Secretaria da Ouvidoria Geral e do Meio Ambiente – SOMA, visando a implantação de casas de mediação comunitária, sendo que a primeira unidade foi instalada em Fortaleza, em 27 de setembro de 1999, tendo realizado um trabalho que serve de exemplo a todo o país (SALES, 2004).

Em Florianópolis, a partir de maio de 2001, a organização não-governamental Moradia e Cidadania começou a prestar serviços de mediação de conflitos para os habitantes da grande Florianópolis. Essa organização iniciou por mediar conflitos relacionados a questões de família, vizinhos e da comunidade em geral. As atividades são feitas pelos mediadores em parceria com a comunidade. O projeto tem como objetivos a solução e prevenção dos conflitos, além da conscientização dos cidadãos sobre os seus direitos e a pacificação social (SALES, 2004).

Ainda em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça implementou o projeto Casa da Cidadania, como forma de popularizar o Judiciário. As atividades são realizadas por “juízes leigos” extraídos da comunidade: associações de moradores, igrejas, etc. O Tribunal realiza os cursos de capacitação, que incluem noções de Direito, técnica de conciliação e mediação de conflitos, sendo as pessoas atendidas em sua própria comunidade (SALES, 2004).

Em Minas Gerais, a prefeitura de Belo Horizonte criou um projeto de atendimento jurídico-social para habitantes de vilas e favelas, enfatizando a conciliação e a mediação de conflitos. A exigência é que os conflitos sejam oriundos de pessoas que residem no município, sendo o atendimento gratuito. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também instituiu um programa Justiça Comunitária, designando pessoas da comunidade para serem mediadores, sendo 20 (vinte) mediadores atendendo a periferia de Campo Grande. Em São Paulo, a Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania iniciou um curso, para formar multiplicadores de mediação e mediadores, com aulas práticas e teóricas (SALES, 2004).

O Tribunal de Justiça do Acre implementou o programa Justiça Comunitária Itinerante, em 2002, no início em convênio com o Ministério da Justiça e, mais tarde, com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. O objetivo do Projeto é prestar orientações jurídicas às comunidades carentes, conscientizar a população carente sobre seus direitos e deveres e, sobretudo, promover a resolução de controvérsias de forma consensual. No ano de 2006, o programa contabilizou 2.360 (dois mil e trezentos) atendimentos, sendo realizadas 607 (seiscentos e sete) mediações de conflitos e realizados 511 (quinhentos e onze) acordos.⁴³

⁴³ AMB Informa, de 1º a 30 de abril de 2007.

O Projeto Balcão de Justiça e Cidadania, do Tribunal de Justiça da Bahia – TJBA,⁴⁴ iniciado em 2003, foi reformulado em 2006, por meio da Resolução nº 5, do TJBA, sendo que sua execução foi retomada a partir de 2007. O Projeto destina-se a oferecer orientação e assistência jurídica, conciliação e mediação de conflitos de menor complexidade em matéria cível e nos casos de separação judicial, divórcio, alimentos, regulamentação de visitas e união estável. Os serviços são destinados à população carente, sendo que as unidades são instaladas em bairros populares. A coordenação judiciária do Projeto é exercida por um juiz, um secretário, dois digitadores e dois estagiários. Cada Balcão conta com um advogado e dois acadêmicos de Direito. Enfim, os objetivos fundamentais são: promover maior integração do Judiciário com a comunidade, garantindo um acesso amplo, fácil e gratuito à Justiça, promovendo o exercício da cidadania e criando medidas educativas para a redução dos conflitos sociais.

De outra parte, há também a experiência de mediação paraprocessual. Segundo Targa (2004), em Porto Alegre, criou-se um projeto piloto, visando melhorar a tramitação dos feitos em Varas de Família e Sucessões, tendo funcionado de 8 de novembro a 9 de dezembro de 1993, na 7ª Vara de Família e Sucessão. Mediante o aconselhamento das famílias em disputa buscava-se uma solução mais rápida dos processos.

Com base nessa experiência, surgiu o Projeto Conciliação, instalado no Fórum Central, autorizado pelo Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 10 de novembro de 1994. Recebidos os processos nas Varas de Família, são eles encaminhados à Secretaria do Projeto, para tentativa de conciliação das partes antes da instalação do contraditório. Dois Juízes Substitutos são designados para atuar como mediadores, os quais realizam em média 30 (trinta) audiências por dia, tendo alcançado 55 a 60% (cinquenta e cinco a sessenta por cento) de acordos (TARGA, 2004).

Destarte, a mediação familiar, que teve origem nos Estados Unidos, na década de 1970, objetivando a prevenção de danos causados aos filhos em consequência dos divórcios, vem se destacando na resolução de conflitos nas Varas de Família por todo o Brasil, devendo ser sempre uma opção colocada à disposição dos interessados. Segundo Medina (2004, p. 60) embora não exista legislação sobre o assunto, nada obsta a mediação

⁴⁴ O projeto Balcão de Justiça e Cidadania, de autoria de Benito Alcântara de Figueiredo, foi incluído no Guia das Melhores Práticas na Gestão Judiciária, publicado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, elaborado em 2007 por ocasião do III Encontro Nacional dos Juízes Estaduais (ENAJE).

familiar, “visto serem enunciados do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, tanto a harmonia social quanto a solução pacífica das controvérsias.”

Os conflitos familiares abalam seriamente a sociedade, uma vez que causam a desestruturação das famílias. Daí a importância da mediação nessa área, pois é fundamental que, mesmo após o divórcio ou a separação judicial, se preserve a relação co-parental. No processo judicial tradicional, além do problema da separação do casal, há paralelamente a questão da guarda das crianças, do direito de visitas e da pensão alimentícia, que geram normalmente inúmeras e infundáveis ações, abarrotando as Varas de Famílias e os Tribunais. Além disso, com o processo de mediação busca-se a preservação do vínculo parental, por meio do diálogo entre as partes, fazendo com que venha à tona as causas dos conflitos, sendo restabelecida a paz social.

Por último, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco⁴⁵ – TJPE, mediante a Resolução nº 222, de 2007, instituiu as Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, que fazem parte de um projeto maior do Tribunal que são as Centrais Jurisdicionais, cuja finalidade é promover conciliações, mediações e arbitragens, judiciais ou extrajudiciais, referentes a direitos patrimoniais disponíveis. Criou-se um sistema tridimensional de solução de controvérsias, no qual o Judiciário ocupa a posição de órgão central, sendo composto por um subsistema contencioso (arbitragem) e por outro consensual (conciliação e mediação).

Em síntese, a mediação no Brasil está se expandindo rapidamente, tendo sido implementada em vários Estados-membros, nas modalidades de mediação comunitária ou paraprocessual, sendo que em alguns locais os programas foram realizados pelo setor público e outros pelo setor privado. Todos esses programas têm como objetivos fundamentais: desafogar o Judiciário da grande quantidade de processos, garantindo uma melhor prestação jurisdicional e um amplo acesso à Justiça; promover o fortalecimento da consciência de cidadania, desenvolvendo a capacidade nas pessoas de resolverem seus próprios conflitos; e, principalmente, promover a pacificação social. É indubitável que a partir da aprovação e da publicação da lei de mediação, o instituto da mediação terá possibilidade de se desenvolver

⁴⁵ O Projeto Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem, de autoria de Ruy Trezena Patu Júnior, foi incluído no Guia das Melhores Práticas na Gestão Judiciária, publicado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, elaborado em 2007 por ocasião do III Encontro Nacional dos Juizes Estaduais (ENAJE).

plenamente, estabelecendo de uma vez por todas a cultura de resolução consensual de conflitos.

3.8 Experiência da Mediação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios criou o Projeto Justiça Comunitária⁴⁶, em 18 de outubro de 2000, por iniciativa desse Tribunal de Justiça, em parceria com o Ministério Público do DF, a Defensoria Pública do DF, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção DF e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, em convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos, tendo como objetivo estimular a comunidade a desenvolver mecanismos próprios de resolução de litígios, por meio da atividade dos mediadores. A seguir, a Portaria nº 739, de 31 de outubro de 2000 (publicada no DJ de 08/11/2000), dispôs sobre a composição do Conselho Consultivo.

Os Agentes Comunitários de Justiça e Cidadania são selecionados entre os membros da comunidade que apresentem um perfil adequado para o desempenho da função. Devem ter no mínimo dezoito anos, segundo grau completo e experiência em trabalhos comunitários. Os selecionados deverão cursar a Escola de Justiça e Cidadania do TJDF onde são orientados a respeito dos direitos dos cidadãos, da prática da mediação e da promoção de caminhos voltados à auto-sustentabilidade da comunidade. O Projeto atende aos conflitos nas seguintes áreas do Direito: Família, Moradia, Consumidor e Tolerância às Diferenças.

Por último, a Resolução nº 003, de 03 de julho de 2006 (publicada no DJ de 06/07/2006), da Presidência do Tribunal de Justiça, instituiu o Programa Justiça Comunitária, com o objetivo de democratizar a realização da justiça, incentivando a comunidade a desenvolver métodos próprios de solução de controvérsias, através do diálogo, da participação da comunidade e da efetivação dos direitos. Segundo a citada Resolução, a relação entre o Tribunal e o agente comunitário rege-se pela Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o serviço voluntário, sendo o agente ressarcido das despesas que realizar no desempenho de suas atividades.

⁴⁶ Todas as informações pertinentes ao Programa Justiça Comunitária estão no site http://www.tjdft.jus.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/comunitaria.htm

Com grande inovação, o Tribunal de Justiça implementou a mediação forense. Com base na Resolução nº 02, de 22 de março de 2002, foi instituído o Programa de Estímulo à Mediação, que se constitui em uma ação específica para a implantação e utilização de métodos alternativos de resolução de disputa no processo judicial. Por meio da Portaria Conjunta nº 52, de 27 de dezembro de 2002, foi criado o Serviço de Mediação Forense – SEMFOR, responsável pela coordenação do Projeto Piloto de mediação forense na Circunscrição Judiciária de Taguatinga-DF.

O Tribunal de Justiça, ao criar o Programa de Estímulo à Mediação, levou em consideração o crescente volume de processos em tramitação, em razão do aumento da litigiosidade e da consciência dos direitos, bem como a necessidade de ampliação do direito de acesso à Justiça, compreendendo que os meios alternativos de resolução de conflitos podem ser uma solução complementar ao processo judicial tradicional, pois permitem atender os anseios da sociedade por uma prestação jurisdicional célere e satisfatória.

Os objetivos pretendidos com o Programa de Estímulo à Mediação são: (1) aumentar o poder de decisão das partes sobre as possíveis soluções para seus próprios conflitos; (2) incentivar e introduzir a utilização da técnica da mediação nos processos judiciais, adotando novas formas de resolução de conflitos que conduzam à pacificação social; (3) diminuir significativamente o tempo de tramitação dos processos e (4) reduzir o volume de processos em tramitação nas Varas de Família e Cíveis.⁴⁷

De acordo com a Resolução nº 2, de 22 de março de 2002, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Serviço de Mediação Forense tem atribuições de coordenar, planejar, executar e avaliar as atividades integrantes do Programa de Estímulo à Mediação, principalmente a seleção e a formação de mediadores (art. 3º). Esse Serviço é acionado a critério do Juiz, sendo designado um mediador, data e local para a realização da sessão de mediação. Nas sessões de mediação, as partes deverão comparecer pessoalmente, sendo facultativa a presença dos seus advogados. A participação das partes nas sessões de mediação é voluntária, sendo que o não-comparecimento de uma ou de ambas as partes acarreta o término da mediação, exceto se houver ocorrido caso fortuito ou motivo de força maior (art. 4º e parágrafos).

⁴⁷ Informações fornecidas pelo Serviço de Mediação Forense – SEMFOR.

Prescreve ainda que os mediadores serão recrutados entre servidores do Tribunal com formação superior na área das Ciências Humanas, preferencialmente em Direito e que possuam vocação e aptidão para a mediação de conflitos (inciso II do art. 2º). Eles têm as seguintes atribuições: abrir e conduzir a sessão de mediação; aplicar técnicas e procedimentos que auxiliem as partes a identificar seus interesses e possibilitar que elas mesmas resolvam os conflitos; redigir os termos do acordo, quando obtido, submetendo-o à homologação do Juiz de Direito competente (art. 5º).

Os procedimentos adotados pelo Serviço de Mediação Forense - SEMFOR, segundo Marcelo Girade,⁴⁸ são: (1) Os processos têm sido encaminhado ao SEMFOR pelas Varas Cíveis e de Família da Circunscrição Judiciária de Taguatinga. (2) Não há um momento processual específico para o encaminhamento, alguns processos chegaram antes da citação, enquanto outros são encaminhados pouco antes de serem sentenciados. (3) Com o advento do CRNC, pretende-se instaurar em cada circunscrição uma estrutura de atendimento chamada Serviço de Mediação Forense, expandindo-se a oferta da mediação para todos os fóruns do TJDFT.

Finalmente, foi criado o Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos – CRNC, mediante a Portaria GPR nº 406, de 15 de junho de 2007, da Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, havendo previsão de inauguração das instalações físicas em fevereiro de 2008. O CRNC tem competência para coordenar todas as ações relativas ao processo de mediação judicial no âmbito do Tribunal, inclusive as relativas ao Programa de Estímulo à Mediação, previstas na Resolução nº 02, de 22 de março de 2002, passam a ser da responsabilidade do CRNC.

O Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Lécio Resende da Silva, apresentou as seguintes considerações que justificaram a criação do CRNC: o sucesso de iniciativas que usam métodos não-adversariais de resolução de conflitos, como o SEMFOR e o Programa Justiça Comunitária; o aumento do número de casos, que surge a cada ano e a carência de recursos humanos e financeiros; a iminência de aprovação do projeto de lei de mediação, que prescreve a mediação judicial e extrajudicial, acarretando novas

⁴⁸ Trata-se do coordenador do Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos – CRNC do TJDFT. Essa entrevista foi realizada em outubro de 2007, tendo sido utilizadas perguntas abertas e fechadas. As perguntas abertas permitem que o entrevistado compartilhe o máximo de informações que ele deseje, enquanto as fechadas são as que requerem um sim ou não ou uma declaração específica.

responsabilidades aos tribunais; a necessidade de realizar mediações de acordo com o número de casos apresentados, sem a perda de qualidade; bem como o dever do Tribunal de Justiça de “proporcionar à sociedade o acesso à Justiça e à resolução de conflitos, por meio de um atendimento de qualidade, promovendo a paz social.”

Ciente da necessidade de capacitar pessoas para serem bons mediadores, o CRNC está realizando o terceiro Curso de Formadores de Mediações Judiciais. Estão sendo preparados 36 (trinta e seis) alunos, sendo o curso dividido em 3 etapas e a previsão de duração é de 120 horas, a serem realizadas entre os meses de setembro de 2007 a junho de 2008⁴⁹. Na aula inaugural do citado Curso de Formadores, em 11 de setembro de 2007, a Min. Fátima Nancy Andrighi⁵⁰ ressaltou a importância da instituição do Centro pelo TJDF, bem como do curso para formação de mediadores. Ao final, alertou para a necessidade de haver uma “reforma íntima dos juizes”, que, segundo ela, “não devem recear dividir poderes, pois quando dividimos os poderes multiplicamos os resultados.”

O Curso de Formação de Mediadores contém uma parte teórica e uma parte prática. A parte teórica é composta de três módulos. O primeiro módulo é subdividido na introdução ao estudo da resolução de conflitos e da mediação, ministrado por Marcelo Girade; e no estudo dos fundamentos da negociação, que é a base da mediação, cujas aulas foram dadas por Walter E. Ribeiro. O segundo módulo trata da figura do mediador, estudando o ser humano frente ao conflito, do ponto de vista da psicologia, sob a orientação de Josiane Barbieri. O terceiro módulo fornece a técnica e o instrumental para o exercício da mediação, sendo ministrado conjuntamente por Marcelo Girade e Josiane Barbieri.

A parte prática consiste em simulações de mediação, baseadas em casos já solucionados pelo SEMFOR, com a participação de todos os alunos. Além disso, a partir de fevereiro todos os participantes deverão iniciar as mediações semanalmente, onde serão colocados em prática os ensinamentos teóricos. Ao final do Curso de Formação de Mediadores Judiciais, será apresentada uma monografia, baseada em um caso concreto no qual o aluno atuou como mediador ou co-mediador.

⁴⁹ Segundo informação do Dr. Marcelo Girade - Coordenador do CRNC.

⁵⁰ Ministra do Superior Tribunal de Justiça, que proferiu palestra na aula inaugural do Curso de Formação de Mediadores, em 11/09/ 2007, no Palácio da Justiça do TJDF.

No Tribunal de Justiça, adotou-se o modelo proposto por Moore (1998) já analisado anteriormente, com algumas variações. Há a fase de pré-mediação, que é realizada em sessões privadas com cada uma das partes e seus advogados, composta de três estágios. Na fase de mediação propriamente dita há seis estágios, normalmente realizam-se sessões conjuntas com as partes e seus advogados, sendo que cada sessão de mediação pode durar até duas horas, podendo ser realizada mais de uma sessão de acordo com a necessidade.

No primeiro estágio de cada uma das fases, há uma declaração de abertura por parte do mediador. Nessa ocasião, as partes são esclarecidas sobre a definição da mediação, o papel do mediador, sua neutralidade e imparcialidade, a confidencialidade e a voluntariedade do processo, as diretrizes comportamentais, bem como sobre as reuniões privadas, que podem ser solicitadas tanto pelo mediador quanto pelas partes, por exemplo, quando houver grandes dificuldades de relacionamento entre os participantes. Por fim, busca-se um comprometimento dos participantes para ser iniciada a mediação.

A seguir, serão analisados os resultados alcançados com o Programa Justiça Comunitária e o Programa de Estímulo à Mediação, bem como serão examinadas as pesquisas de opinião realizadas no âmbito do TJDFT, visando conhecer a aceitação das partes e dos advogados relativamente à implantação e desenvolvimento dos supracitados projetos.

3.8.1 Programa Justiça Comunitária

O Tribunal de Justiça implementou o Programa Justiça Comunitária, nas Circunscrições Judiciárias de Taguatinga e Ceilândia, no Distrito Federal. O Projeto apresentou, até julho de 2007⁵¹, em 48 (quarenta e oito meses) de atuação, os seguintes resultados:

CEILÂNDIA	MEDIAÇÕES	ACORDOS	% ACORDOS	NÃO ACORDOS	% NÃO ACORDOS
TOTAL	306	253	82,68%	53	17,32%

TAGUATINGA	MEDIAÇÕES	ACORDOS	% ACORDOS	NÃO ACORDOS	% NÃO ACORDOS
TOTAL	122	115	94,26%	7	5,74%

Além das mediações realizadas, foram atendidas 2.471 (dois mil quatrocentos e setenta e uma) pessoas para fornecer orientação jurídica, sendo 1.837 (hum mil oitocentos e trinta e sete) em Ceilândia e 634 (seiscentos e trinta e quatro) em Taguatinga. Considerando as mediações realizadas e as orientações jurídicas, houve um total de 2.899 (dois mil, oitocentos e noventa e nove) casos atendidos. De outra parte, o programa também atende diretamente a população para distribuição de cartilhas durante as apresentações e divulgações do projeto junto à comunidade.

Segundo Vera Soares, foram muitas as dificuldades enfrentadas durante a implementação do projeto, tendo ocorrido interrupções dos convênios e falta de voluntários

⁵¹ Esses dados foram fornecidos pela coordenadora do Projeto Justiça Comunitária, Dra. Vera Soares, em 17 de outubro de 2007. Esclareceu que, embora o programa esteja em funcionamento desde 2001, foram considerados 48 meses de atuação, devido a várias interrupções nos convênios e o Programa ter ficado sem atuação dos voluntários nesses períodos.

em alguns períodos. Aliás, o grande desafio do programa é assegurar a permanência dos agentes comunitários, devido à natureza voluntária de suas atividades. Até julho de 2007, o número de agentes comunitários era ao todo 26 (vinte e seis), sendo 10 (dez) agentes em Taguatinga e 16 (dezesesseis) em Ceilândia. Recentemente, foram selecionadas 105 pessoas, mas em razão de desistências, há no momento 80 (oitenta) agentes comunitários.

Destarte, como se verifica nos gráficos acima, foram realizadas 428 (quatrocentos e vinte e oito) mediações ao todo, em Taguatinga e Ceilândia, o que é um resultado bastante razoável, considerando que havia somente 26 agentes comunitárias na época. Deve ser ressaltado que o percentual de acordos foi muito elevado: 94,26% e 82,68%, em Taguatinga em Ceilândia, respectivamente.

Não se pode esquecer, contudo, que a avaliação de um programa não pode ser baseada no critério puramente quantitativo, pois para se avaliar o impacto causado com a implementação da mediação “os critérios simplesmente quantitativos, como o número de casos de mediação, são insuficientes; os aspectos mais qualitativos como o surgimento de novos atores ou o trabalho sobre si próprio que exige a prática da mediação são muito mais importantes.” (BONAFÉ-SCHMITT, 2002, p. 53, tradução nossa).

Sintetizando, o Programa Justiça Comunitária é bastante reconhecido em todo país, uma vez que mediante a orientação jurídica e a mediação, os cidadãos estão sendo educados para se conscientizarem a respeito de seus direitos, bem como para tentarem solucionar seus conflitos de forma consensual e participativa, funcionando os agentes comunitários como verdadeiros promotores de uma rede de cidadania.

3.8.2 Programa de Estímulo à Mediação

O Programa de Estímulo à Mediação implementado em Taguatinga-DF, no período de 2002 a 2007 obteve os seguintes resultados:

ANO	2002	2003	2004	2005	2006	2007
PROCESSOS	2	48	106	91	138	74
MEDIAÇÕES	2	30	46	61	77	45
ACORDOS	1	13	19	23	50	17
% ACORDOS	50%	43%	41%	37,7%	65%	38%
NÃO ACORDOS	1	17	27	38	27	28
% NÃO ACORDOS	50%	57%	59%	62,3%	35%	62%
ACORDOS CANCELADOS	0	18	60	30	61	29

Para melhor compreensão dos dados apresentados, é importante ressaltar que o Serviço de Mediação Forense teve início em dezembro de 2002. Nos primeiros anos, foram enfrentados os percalços naturais na implementação de um novo mecanismo de solução de controvérsias, sendo elaborados estudos a respeito de quais seriam as espécies de processos ideais a serem levados à mediação, bem como foram feitas capacitações de pessoas para serem mediadores, o que demanda bastante tempo. Segundo Marcelo Girade, os processos que obtiveram um maior número de acordos são os relativos às ações de alimentos nas Varas de Família e às ações monitórias nas Varas Cíveis. Até outubro de 2007, o SEMFOR estava funcionando com 7 (sete) mediadores regulares e 4 (quatro) eventuais.

Analisando-se o gráfico supra, verifica-se que houve um crescimento do número de casos encaminhados para o SEMFOR, atingindo o ápice em 2006 com a remessa de 138 (cento e trinta e oito) casos. Isso significa que os juízes, os advogados e as partes estão reconhecendo as vantagens da mediação. Além disso, ao todo foram realizadas 261 (duzentos e sessenta e uma) mediações, sendo que o percentual de acordos de modo geral foi satisfatório, atingindo um resultado muito acima da média no ano de 2006 (65%).

Deve-se considerar que os acordos obtidos com a mediação fazem com que muitos conflitos deixem de ocupar a pauta do Judiciário, reduzindo a carga excessiva dos magistrados. De outra parte, como as pessoas são estimuladas pelos mediadores a encontrar soluções para seus próprios litígios, o nível de satisfação é muito maior, aumentando a possibilidade de cumprimento dos acordos pelas partes.

Destarte, a partir do próximo ano, sem sombra de dúvida, haverá um resultado muito superior, uma vez que estão sendo preparados muitos mediadores judiciais. Além disso, será instaurado em cada circunscrição judiciária, inclusive no Plano Piloto, um Serviço de Mediação Forense, expandindo-se a oferta da mediação para todos os fóruns do TJDF, o que possibilitará o atendimento de um maior número de pessoas, propiciando um acesso efetivo das partes à Justiça.

Concluindo, os resultados obtidos com a implementação do Programa de Estímulo à Mediação têm sido bastante satisfatórios, considerando que, além do fato da mediação ser um mecanismo novo de resolução de conflitos, o número de mediadores era muito reduzido. De qualquer sorte, é preciso frisar que, ainda que não haja acordos, não se pode dizer que a mediação foi inútil. Isso porque há sempre um crescimento das partes no sentido de aprenderem a solucionar seus conflitos de forma consensual, o que, sem dúvida alguma, é importante na medida em que elas evoluem como pessoas e como cidadãs.

3.8.3 Pesquisas de Opinião realizadas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

O Serviço de Mediação Forense - SEMFOR, em 2006, realizou pesquisa de opinião junto às partes e advogados⁵². Indagada sobre o atendimento prestado, a grande

⁵² Os advogados questionados foram somente os que participaram de mediações junto ao SEMFOR.

maioria respondeu ser excelente (23% bom; 77% excelente). Perguntada sobre a iniciativa do TJDFT em implantar o Programa de Estímulo à Mediação, novamente, respondeu ser excelente (25% boa; 1% ruim; 3% razoável e 71% excelente). Indagados sobre a imparcialidade dos mediadores, quase todos responderam que eles são imparciais (5% razoavelmente imparciais; 1% parciais; 1% muito parciais e 93% imparciais).

Questionadas as partes sobre a existência de pressão para chegar ou fechar um acordo, quase todas responderam que não há esse tipo de pressão (3% sim; 2% sim, em parte; 1% não sei responder e 94% não). Perguntadas as partes que não obtiveram acordo se acharam válida a tentativa da mediação, a maioria afirmou que sim (4% não; 11% sim, em parte e 85% sim). Indagados os advogados se aconselhariam seus clientes a participarem de uma sessão de mediação para resolverem seus litígios, mais uma vez quase todos responderam que sim (2% não; 2% sim, em parte; 2% não sei responder e 94% sim).

Por fim, perguntados os advogados se consideraram válida a tentativa de mediação, mesmo sem ter obtido acordo, todos afirmaram que sim (96% sim e 4% em parte). Indagados se mesmo sem obter acordo ao final da mediação entendiam que houve contribuição para facilitar a solução da lide, a grande maioria respondeu afirmativamente (56% sim, 24% sim, em parte, 12% não e 8% não sei responder).

Sem dúvida alguma, essas pesquisas são muito importantes para retratar a aceitação da mediação pelas partes e advogados que participaram desse método alternativo de resolução de conflitos. Verifica-se que a grande maioria dos entrevistados entende que foi excelente a iniciativa do TJDFT de criar o Programa, bem como o atendimento prestado pelo SEMFOR. Mais de 90% (noventa por cento) das partes e advogados julgaram que os mediadores foram imparciais, o que é essencial no processo de mediação.

Por outro lado, as partes não se sentiram pressionadas para realizar o acordo (94%) e mesmo as que não obtiveram acordo reputaram válida a tentativa de resolver o conflito por meio da mediação (85%). Quase a totalidade dos advogados (94%) disse que aconselharia seus clientes a participar da mediação, e mesmo nos casos em que não houve acordo, reputou válida a tentativa (96%). Por fim, mais da metade dos advogados (56%), ainda que não tenha havido acordo, avaliaram que houve contribuição para facilitar a solução da lide por forma diversa de resolução de conflitos.

Recentemente, Bárbara Diniz realizou uma pesquisa, solicitada pelo TJDFT ao PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento,⁵³ visando fornecer informações sobre os advogados, que são um dos sujeitos envolvidos na mediação (mediador, partes e advogados), com a finalidade de se desenvolver estratégias adequadas para promover a aceitação do processo de mediação. Os aspectos abordados nas pesquisas foram: (1) Nível de conhecimento do processo de mediação; (2) Aceitabilidade da mediação como meio de resolução de disputas; (3) Contexto ideal para a aceitação da mediação; e (4) Mensuração da litigiosidade potencial.

No que diz respeito ao quesito “conhecimento sobre o tema”, a pesquisa apresentou os seguintes resultados: 89% afirmaram que possuem algum conhecimento (43% bom, 39% pouco e 7% avançado). Os demais desconhecem o tema (9% nenhum, 2% em branco). Indagados sobre a origem do conhecimento, responderam: 39% por meio de pesquisa por conta própria (*internet*, livros, etc.), 12% participação em palestras, 7% participação em seminários, 11% realização de algum curso na área, 18% informações em outras fontes (conversa com amigos, vivência prática etc.) e 13% em branco. Ao ser questionada sobre a experiência em mediação, a grande maioria afirmou que não a possui (78% não participou, 21% já participou e 1% em branco). Perguntada sobre o interesse em conhecer, a maioria respondeu que sim (67% sim, 20% não e 13% em branco).

Relativamente ao quesito “Litigiosidade potencial”, os entrevistados foram indagados sobre a ordem de importância quanto ao método utilizado para a resolução de conflitos: adjudicação ou processo judicial (82%), conciliação (52%), negociação (27%), mediação (8%), arbitragem (4%) em branco (4%). Quanto ao procedimento mais oneroso para os advogados, a grande maioria afirmou que é a adjudicação (73% adjudicação, 8% arbitragem, 7% mediação, 7% branco, 4% conciliação e 1% negociação). Perguntada sobre o procedimento mais oneroso para o cliente, a grande maioria novamente respondeu que é a adjudicação (79% adjudicação, 7% em branco, 5% conciliação, 3% mediação e 2% negociação).

⁵³ Trata-se de convênio realizado com o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, que é um órgão da Organização das Nações Unidas – ONU. A pesquisa foi realizada pela Dra. Bárbara Diniz, entre 18 de setembro a 05 de outubro de 2007, sendo que o público-alvo é constituído por uma amostragem de advogados de Brasília-DF, que atuam especialmente nas áreas cíveis e de família do TJDFT. Foram entrevistados 135 advogados, formado principalmente por homens, entre 31 e 50 anos de idade, com mais de 5 anos de experiência como advogados.

No que se refere à questão da “Aceitabilidade da mediação pelo Advogado, foi perguntado se indicaria a mediação a um cliente, mais da metade respondeu que sim (59% sim, 33% não e 8% em branco). Entre os advogados que indicariam a mediação, foram considerados os fatores tempo, por ser um procedimento mais célere, bem como os resultados que o processo de mediação pode trazer, pois “aumenta a chance de acordo mútuo e satisfatório” e “desafoga o judiciário.”

Questionados sobre as vantagens da mediação para o advogado, mais da metade respondeu rapidez (54% rapidez e celeridade, 17% informalidade, 16% satisfação do cliente e 13% não sabe). Indagado sobre as desvantagens para o advogado, um terço afirmou ser a redução do valor dos honorários (33% redução do valor dos honorários e possibilidade de arrependimento dos clientes, 20% falta de preparo do mediador e parcialidade, 20% o cliente prescinde de advogado e 27% não sabe). Perguntada sobre as vantagens da mediação para o cliente, a maioria respondeu rapidez (64% celeridade e rapidez, 25% custos mais baixos e 11% não sabe). Questionada sobre as desvantagens da mediação para o cliente, quase a metade não soube responder (46% não sabe, 28% despreparo do mediador e 26% perda de direitos).

Por fim, no quesito “Contexto ideal de atuação”, foi indagado sobre o contexto ideal para atuação do advogado junto à mediação, um terço respondeu ser a capacitação (33% capacitação, 29% divulgação, 28% estímulos e 10% estrutura física). Como se vê, o fator mais recorrente foi o de capacitação, que se refere tanto aos advogados quanto aos mediadores, obtendo respostas como: “mais campanhas de formação”, “palestras”, cursos e pós-graduação”, etc. Outro importante fator foi a divulgação do instituto da mediação, sendo solicitado ao TJDFT mais publicidade ao tema. Apontou-se também a questão do estímulo à atuação do advogado junto ao processo de mediação, que todavia independe de ação única do TJDFT, mas de uma ação conjunta de diversas entidades ou por uma política pública de estímulo à mediação. Em relação à questão da estrutura física, os advogados entendem que a mediação deve funcionar em prédio próprio ou em um local exclusivo, mas deve representar “uma extensão do próprio TJDFT.”

Em síntese, verifica-se que o nível de conhecimento dos advogados em geral sobre a mediação é básico e informal, sem qualquer aprofundamento sobre o assunto. A cultura da litigiosidade é bastante arraigada, pois a adjudicação é reconhecida como a

principal forma de resolução de conflitos, embora paradoxalmente se entenda que é a forma mais onerosa tanto para o advogado quanto para seu cliente. As grandes preocupações são relativas aos prejuízos financeiros dos advogados e à capacitação dos mediadores. Contudo, a informação de que têm pesquisado por conta própria sobre o instituto de mediação, bem como que estariam dispostos a indicá-la a seus clientes, além de considerá-la um processo mais célere, informal e que traz maiores satisfações aos clientes, revelam dados positivos que devem pautar as políticas de incentivo e divulgação dos métodos autocompositivos de resolução de disputa, principalmente a mediação.

Concluindo, a mediação já tem uma boa aceitação tanto entre as partes quanto entre os advogados no Distrito Federal, que a consideram vantajosa devido à celeridade e informalidade. Com a criação do CRNC e sua instalação em prédio próprio em Brasília, bem como a perspectiva de implementação do projeto nas cidades-satélites, a exemplo do que já ocorre em Taguatinga, além da realização do supracitado curso para preparação de novos mediadores, propiciará ao Programa de Estímulo à Mediação atender a um número muito maior de pessoas. Isso permitirá a divulgação da cultura de resolução de conflitos de forma consensual, sem a litigiosidade do processo jurídico tradicional.

CONCLUSÃO

Com as grandes mudanças ocorridas no mundo contemporâneo, houve uma enorme transformação do papel do Estado, que evoluiu do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social. Essa modificação interferiu de forma direta no Poder Judiciário. De acordo com a concepção clássica, o Judiciário não passava de simples aplicador das leis. A função do juiz era de neutralidade no Estado Liberal burguês, seja em decorrência do excessivo rigor do princípio da legalidade, seja em consequência do princípio da subsunção racional. Assim, a atuação política era exclusiva do Legislativo e do Executivo.

Com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, os antigos Poderes passaram a exercer funções diversas. Houve um crescimento exacerbado do Executivo, devido à implantação de políticas públicas, o que acarretou uma alteração do papel exercido pelo Judiciário. Isso porque os direitos sociais, em razão de sua indefinição e indeterminação, além de serem prospectivos, têm como consequência o aumento da discricionariedade dos juízes. Assim, ocorreu um fenômeno mundial denominado “politização da justiça” ou “justicialização da política.”

No Brasil, a partir da Carta de 1988, ocorreu uma nova dimensão do papel do Judiciário, que passou a exercer funções outrora pertencentes aos outros poderes. Assumiu o novo papel de definição das políticas públicas, assegurando os direitos fundamentais do cidadão. Além da função tradicional de resolver os conflitos individuais entre as partes, o Judiciário vem decidindo questões de grande repercussão para os cidadãos, como as relativas à abertura de vagas em escolas e à concessão gratuita de medicamentos. Destarte, apenas o futuro irá demonstrar se as novas funções assumidas trarão mais benefícios que desvantagens à sociedade e à democracia, mas, sem dúvida alguma, o Judiciário saiu de sua concha e passou a assumir maiores responsabilidades sociais.

A crise do Estado contemporâneo decorre principalmente do enorme custo do Estado Social, cujas intervenções nas áreas econômicas e sociais geraram um *déficit* público considerável, repercutindo de forma direta no Judiciário. Os obstáculos enfrentados pelo Poder Judiciário dificultam ou mesmo impedem o acesso à Justiça, na medida em que o cidadão deixa confiar na Justiça, pois não acredita que esta possa resolver seus problemas, o

que acarreta um aumento sensível dos conflitos sociais, podendo gerar inclusive uma majoração do índice de criminalidade.

Não há dúvida que as pessoas que têm grandes recursos financeiros têm mais vantagens para ajuizar ou contestar ação. Além disso, as diferenças em relação à educação e ao *status* do indivíduo são de grande importância para um acesso efetivo à Justiça, pois determinada faixa da população desconhece inclusive quais são os seus direitos juridicamente exigíveis.

O direito de acesso à Justiça é considerado um direito social básico, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal. Em consequência das transformações advindas com o Estado do Bem-Estar social, o direito de acesso à Justiça passou a ser concebido como um direito material, enquanto que no Estado Liberal burguês havia apenas uma garantia puramente formal de acesso ao Judiciário, sem que se criassem condições para o exercício efetivo de postular em juízo, deixando de atender a um dos direitos básicos da democracia, que é a proteção dos direitos individuais e coletivos.

A Constituição prescreve no art. 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. É sabido que a democracia pressupõe a participação da maioria nas decisões políticas em relação às minorias, sendo inconcebível em um regime democrático que algumas pessoas sejam excluídas da sociedade, em razão do princípio da igualdade material, sendo totalmente injustas as desigualdades sociais e econômicas.

Considerando que o Estado exerce o monopólio da Jurisdição, substituindo a vontade das partes na resolução dos conflitos de interesses, não há dúvida de que os governantes devem elaborar, com a máxima urgência, políticas públicas objetivando resolver de uma vez por todas a denominada crise do Judiciário. Deve ser ressaltado que a morosidade da prestação jurisdicional, as custas judiciais excessivas, a sobrecarga de processos nos Tribunais, além do número insuficiente de juizes, obstam ou mesmo impedem o acesso ao Judiciário, que deixa de cumprir sua primordial finalidade que é a pacificação social, segundo corrente inovadora do Direito.

As deficiências do sistema jurídico vigente, assim como uma cultura de maior participação dos cidadãos na procura de solução para os litígios por meio do diálogo e do consenso, têm propiciado o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de disputas ou as ADR do sistema norte-americano. Embora haja crítica de que se pretende a privatização da Justiça, entende-se que não se busca a eliminação da justiça estatal, mas sim uma forma rápida, eficaz, econômica e que atenda às mutações sociais e tecnológicas das sociedades modernas. Por fim, não há dúvida de que a diminuição do número de processos em curso na Justiça permitiria seu melhor funcionamento.

Os mecanismos alternativos de solução de controvérsias constituem relevantes instrumentos de cidadania para a consolidação do Estado Democrático de Direito, possibilitando um efetivo acesso do cidadão à Justiça, uma vez que têm custos baixos, são mais céleres, além do fato de que a execução dos acordos ser mais cumprida do que nos processos tradicionais. Os meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem têm obtido grande êxito em países como a França, os Estados Unidos da América e a Argentina.

Dessa forma, o Judiciário poderá se ocupar das causas mais complexas, como, por exemplo, as que se referem aos direitos indisponíveis ou em que haja forte desequilíbrio entre as partes sob o ponto de vista econômico, agindo com maior eficiência e prontidão e tornando mais viável o acesso à Justiça. Enfim, realizando o direito de cidadania de forma efetiva.

No Brasil, é inegável o avanço dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. A partir da instituição dos Juizados Especiais deu-se grande relevo ao instituto da conciliação. A arbitragem, por sua vez, passou a ter bastante utilização com a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Por fim, a mediação tem sido implementada mediante vários projetos públicos e privados. Os Tribunais de Justiça estaduais têm implantado programas de mediação comunitária e paraprocessual ou forense, cujos resultados são bastante satisfatórios.

Embora não exista legislação específica sobre a mediação, há em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998, com o substitutivo apresentado pelo Senado Federal, que institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza cível, na modalidade prévia ou incidental, quanto ao momento de sua instauração e

judicial ou extrajudicial, de acordo com a qualidade dos mediadores. A mediação incidental será obrigatória nos processos de conhecimento, com as ressalvas previstas no referido projeto de lei. Sustenta-se que, a exemplo do que ocorreu com a Lei de Arbitragem, julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a instituição da mediação no Brasil não contraria o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Afigura-se possível viabilizar a superação dos conflitos, por vias alternativas, na própria estrutura do Judiciário, como foi feito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que implementou o Programa Justiça Comunitária, em 18 de outubro de 2000, e o Serviço de Mediação Forense, em 22 de março de 2002. Finalmente, instituiu o Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos – CRNC, em 15 de junho de 2007.

Analisando as estatísticas do Programa Justiça Comunitária e do Programa de Estímulo à Mediação, é possível concluir que os resultados superaram as expectativas, considerando as dificuldades inerentes à implementação de um novo paradigma de resolução de conflitos. Deve ser ressaltado que de acordo com as pesquisas de opinião apresentadas pelo SEMFOR e pelo PNUD, os advogados e as partes estão tendo grande aceitabilidade do instituto de mediação.

A mediação é um processo no qual um terceiro imparcial, denominado mediador, facilita a comunicação e a negociação entre as partes, auxiliando-as a encontrar suas próprias soluções para a controvérsia. Baseia-se em diálogos transformadores, que dão ênfase à criatividade, buscando gerar soluções conciliatórias, ao invés da discussão e da disputa. Surge uma cultura positiva do conflito, entendendo-se que as divergências entre as partes podem promover um crescimento pessoal.

Por fim, o instituto da mediação é democrático, uma vez que propicia uma inclusão social, na medida em que orienta e conscientiza os indivíduos sobre seus direitos constitucionais e faculta às partes a resolução dos conflitos por elas mesmas através do diálogo. Concluindo, em razão de sua informalidade, dos baixos custos, da ênfase dada à comunicação e ao diálogo entre as partes em conflito, fazendo com que não apenas se resolva a controvérsia, mas haja uma pacificação social, promovendo a realização da cidadania e a autonomia da comunidade, a mediação pode ser considerada um modo efetivo e emancipador de acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elias. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupo de pesquisa, 2003. p. 151-172.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BANCO MUNDIAL. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe. Disponível em: <www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>. Acesso em: 20/08/2007.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília jurídica, 2003.

_____. Cláusula arbitral: história e confecção. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BASTARD, Benoît. L'institutionnalisation de la médiation en débat. **Problèmes politiques et sociaux**, Paris, n. 872, p. 3-77, 29 mar. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva 1989.

BERKANI, Véronique. La Médiation de quartier: des conflits réappropriés. **Problèmes politiques et sociaux**, Paris, n. 872, p. 3-77, 29 de mar. 2002.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paulo. **Derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 1982.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. Avant-Propos. **Problèmes politiques et sociaux**, Paris, n. 872, p. 3-77, 29 mar. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Reforma do judiciário: aspectos relevantes. **Revista da escola nacional da magistratura – ENM**, v. 2, n. 3, p. 89-99, abr. 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e mediação. In: **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. OLIVEIRA, Ângela. (Coord.). São Paulo: LTR, 1999. p. 93-101.

BRASIL. **Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e suas alterações)**. Brasília: Senado Federal, 1986.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4827-C de 1998. Disponível em:
<www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>. Acesso em 11/12/2007.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abocacia moderna**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista Forense**, v. 326, n. 90, p.121-130, abr. / jun.1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARRASCO, Marta Blanco. **Mediación y consumidores**. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2005.

CHENAIL, Ronald J.; ITKIN Perry S. Gerenciamento das Mudanças Lingüísticas na Mediação de Divórcio. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 225-242.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem**: teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONIMA. Disponível em: <www.conima.org.br>. Acesso em 18/12/2007.

CORNU, Gerard. Les modes alternatifs de règlement des conflits. **Revue internationale de droit comparé**, p.312-407, avril / juin 1997.

DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. In: **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: CEJ, 2003. p.23-33.

DALLARI, Dalmo. **O Poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: CEJ. 2003. p. 11-19.

_____. A arbitragem: direito processual da cidadania. In: **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias nº 1. OLIVEIRA, Ângela.(Coord.). São Paulo: LTR, 1999. p. 17-38.

_____. Aspectos polêmicos dos juizados especiais federais. **Justilex**, São Paulo, v.1, n. 2, fev. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

EISENBERG, José. Pragmatismo. Direito reflexivo e judicialização da política. In: **A democracia e os três poderes no Brasil**. VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 43-61.

EISENMANN, Charles. L'Esprit des Lois et la separation des pouvoirs. **Cahiers de Philosophie Politique**, Grécia, n. 2-3, p. 3-66, 1985.

EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats. **Revue internationale de droit comparé**, p.312-407, avril-juin 1997.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias do Welfare State. **Lua Nova - Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 24, p. 84-116. set. 1991.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais: o modelo europeu de justiça constitucional**. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista trimestral de direito público**, São Paulo n. 9, p. 40-48, jan. /mar. 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM: negociação de acordos sem concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. Carlos Alberto Salles. Trad. Daniel Porto G. da Silva e Melina M. Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GANANCIA, Danièle. Les enjeux de la médiation. **Problèmes politiques et sociaux**, Paris, n. 872, p. 3-77, 29 de mar. 2002.

GORCHS, Béatrice. La médiation dans le procès civil: sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit e du litige. **RTD Civ.** n. 3, p. 409-425, juillet / septembre 2003.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **Los jueces y la política: poder judicial y democracia**. Madrid: Taurus, 1999.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. **La Médiation**. 4. ed., Paris: Presses Universitaires de France – PUF, Que sais-je?, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

INAMA. Disponível em: <www.inama.org.br>. Acesso em 18/12/2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEMES, Selma Ferreira. Oito anos da Lei de arbitragem. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004. p. 19-26.

_____. Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 45-61.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. **Do poder judiciário: direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LINDEPERG, Michele. La médiation, entre renouveau et inflation. **Problèmes politiques et sociaux**, Paris, n. 872, ,p. 3-77, 29 mar.2002.

LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. (Org). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 209-223.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. , 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A administração da justiça no estado social. In: BONAVIDES, Paulo. (Coord.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363-393.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. In: **Revista do tribunal superior do trabalho**, Porto Alegre, v. 65, n.1, p. 85-114, out./dez. 1999.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança: ação popular...** 30. ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Manuel Palácios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. Notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 63-89.

MEUDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse Comparative. In: **Revue internationale de droit comparé**, p.313-407, Avril-Juin 1997.

MONTESQUIEU. **De L'Esprit des lois**. Tome Premier. Paris: Garnier Frères, Classiques Garnier, 1956.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

OLIVEIRA, Ângela. Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias nº 1. Coordenação: Ângela Oliveira. São Paulo: LTR, 1999. p. 135-143.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p.18-27.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SERVERIN, Evelyne. Le médiateur civil et le service public de la justice. In: **RTDciv.**, n. 2, p. 229-246, avril/juin 2003.

SHAILOR, Jonathan G. Desenvolvendo uma abordagem transformacional à prática da mediação: considerações teóricas e práticas. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p.71-84.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 43-70, jul. / set.1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradutoras: Águida A. Barbosa, Eliana R. Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIKEU, Karl.A. **No final das contas**: um manual prático ara a mediação de conflitos. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

_____ **Consenso e tipos de estado no Ocidente**. Porto Alegre: Luzzatto, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br/institucional/notas>. Acesso em 08 Ago. 2007.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. In: **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 721-733.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTR. 2004.

TASSE, Adel El. **A crise no poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. In: **Revista síntese de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 19-37, jul./ago.2005.

VALLINDER, Torbjorn. When the Courts go marching. In: **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 13-26.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação: o mediador, a justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.) **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias nº 1. São Paulo: LTR, 1999. p. 113-120.

VIANNA, Luiz Weneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAISBERG, Ivo. Anteprojeto de lei de mediação no processo civil. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 1 n. 2, maio / ago. 2004.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CEJ. 2003. p. 51-60.