

MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO: UMA RESPOSTA À CRISE DO JUDICIÁRIO?

Lizana Leal Lima¹

Fabiana Marion Spengler²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conflito: um mal a ser curado?; 3 O Judiciário e a crise da Justiça; 4 O Juiz e a Ritualidade do Procedimento Judicial; 5 Meios Alternativos de Tratamento dos Conflitos: uma resposta a crise do Judiciário? 6 Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas

RESUMO

Olhando com atenção o problema do Judiciário brasileiro percebe-se que a reforma legislativa não foi suficiente para torná-lo mais rápido e democrático. Entre as causas da sua ineficiência pode-se citar a multiplicidade de recursos existentes, o apego excessivo à forma no procedimento judicial, a formação tradicional dos juízes e dos operadores do direito em geral. Nesse sentido entende-se que quando o aparelho estatal não consegue fazer frente em tempo oportuno e de maneira eficiente, eficaz e efetiva, às demandas por justiça, as soluções virão por outros meios de tratamento de conflito. Diante dessa realidade se faz necessário o estudo desses meios alternativos à jurisdição, em especial a mediação. Imprescindível observar que não se pretende com o presente estudo descartar a importância do processo judicial, o que se tenta é demonstrar outras possibilidades de tratamento dos conflitos que possa oferecer não só resultados quantitativamente mas também qualitativamente melhores ao cidadão, proporcionando assim uma maior satisfação social.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Meios Alternativos; Mediação.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS, especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA – RS, advogada.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, advogada.

RESUMEN

Mirando con atención el problema del Poder Judicial brasileño, se observa que la reforma legislativa no fue suficiente para volverlo más rápido y democrático. Entre las causas de su ineficiencia se puede citar la multiplicidad de recursos existentes, el apego excesivo a la forma en el procedimiento judicial, la formación tradicional de los jueces y de los operadores del derecho, en general. En este sentido se entiende que cuando el aparato estatal no logra hacer frente en tiempo oportuno y de manera eficiente, eficaz y efectiva, a las demandas por justicia, las soluciones vendrán por otros medios de tratamiento del conflicto. Frente a esa realidad se hace necesario el estudio de esos medios alternativos a la jurisdicción, en especial la mediación. Es imprescindible observar que no se pretende, con el presente estudio, desechar la importancia del proceso judicial, lo que se intenta es demostrar otras posibilidades de tratamiento de los conflictos que puedan ofrecer resultados no sólo cuantitativamente sino también cualitativamente mejores al ciudadano, proporcionando así una mayor satisfacción social.

PALABRAS CLAVE: Poder Judicial; Medios Alternativos; Mediación.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade social que se descortina no cenário brasileiro aponta para um crescimento significativo da conflituosidade que determina uma explosão de litigiosidade que bate às portas do Judiciário esperando que a tutela do Estado venha dizer quem é o ganhador da lide, enfim, quem possui mais direitos.

Entretanto o Judiciário já não dá conta de responder a toda essa demanda tornando-se imperativo a busca de outras estratégias que possam tratar³ o conflito de forma adequada quantitativa e qualitativamente e, principalmente, proporcionar meios com menos apego ao formalismo excessivo que contamina o procedimento jurisdicional.

³ Aqui, utilizar-se-á a expressão "tratamento" em vez de "resolução" de conflitos, justamente por entender que os conflitos sociais não são "solucionados" pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isso porque "a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser "resolvido")." (BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 228). Por conseguinte, a expressão "tratamento" torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfativa. Neste sentido ver também MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 9.

Desse modo, o presente trabalho pretende analisar os motivos da lentidão do Poder Judiciário bem como analisar as conseqüências que essa lentidão causa na sociedade, e estudar uma possível alternativa para amenizar essa crise, que poderá se dar através do procedimento de mediação.

A mediação como mecanismo alternativo⁴ de tratamento dos conflitos, possibilita reduzir a angústia do jurisdicionado que aguarda, morosamente, o desenlace para o seu problema.

Nestes termos, o texto organizou-se de maneira a abordar primeiramente o caráter sociológico dos conflitos. Em um segundo momento, será empreendida uma análise sobre a crise do Judiciário e os seus reflexos no tratamento dos conflitos especialmente quanto ao acúmulo de processos e o apego excessivo a forma no procedimento judicial. E, por fim, analisou-se os meios alternativos à jurisdição, com destaque para o procedimento de mediação.

Como base bibliográfica utilizou-se as obras: "Bem Julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário", de autoria de Antoine Garapon, e também o livro "A Rebelião da toga" do autor José Renato Nalini. O método de procedimento para a realização da pesquisa foi o comparativo, pois pretende investigar as formas alternativas à jurisdição, com foco principal para a mediação, defrontando-o com a jurisdição estatal em meio à democracia. Far-se-á uma abordagem sociológica, utilizando-se do método hermenêutico, reconhecendo a ocorrência e a influência de pré-conceitos.

Não houve a pretensão de exaurir a complexidade da matéria e sim proporcionar uma reflexão à comunidade acadêmica e aos operadores do direito, sobre a crise do Judiciário e a possibilidade de tratar os conflitos por meio de mediação.

⁴ Para fins de definir o que significa, nesse contexto, a palavra "alternativo": "Ainda que se possa reconhecer uma multivocidade de sentidos e toda uma gama de deslocamentos diversos, a dimensão do "alternativo" na inserção do "fenômeno jurídico" traduz uma variante de "juridicidade" distinta da que foi instituída como obrigatória e burocratizada, ou seja, outro procedimento normativo espontâneo distinguindo-se do introjetado e formalmente imposto pelo poder oficial dominante." (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 287).

2 CONFLITO: UM MAL A SER CURADO?

A palavra conflito deriva do latim e significa: choque, ação de chocar, de contrapor idéias, palavras, ideologias⁵. De forma geral, o conflito surge quando existe a necessidade de escolha entre situações que podem ser consideradas mutuamente excludentes.

Nestes termos, o conflito poderá ser definido como

[...] uma contenda a respeito de valores, ou por reivindicações de status, poder e recursos escassos, na qual os objetivos das partes conflitantes são não apenas obter os valores desejados, mas também neutralizar seus rivais, causar-lhes dano ou eliminá-los, o conflito pode ocorrer entre indivíduos ou entre coletividades. Esses conflitos intergrupos, bem como intragrupos, são aspectos perenes da vida social. São componentes essenciais da interação social em qualquer sociedade⁶.

É por isso que se pode afirmar que “um conflito existe quando atividades incompatíveis ocorrem”. Assim, essas atividades incompatíveis podem se “originar em uma pessoa, em uma coletividade ou em uma nação; tais conflitos chamam-se intrapessoais, intracoletivos ou intranacionais”. Nesse mesmo sentido, podem “refletir ações incompatíveis de uma ou mais pessoas, coletividades ou nações. Em resumo, uma “ação incompatível com outra impede, obstrui, interfere, danifica ou de alguma maneira torna a última menos provável ou menos efetiva⁷”.

O conflito, sempre fez parte da sociedade desde as épocas mais primitivas até os tempos atuais. Todos os seres humanos são diferentes, é intrínseco aos indivíduos divergirem entre si. O conflito, visto como um evento sociológico, tem sido objeto de estudos nas Ciências Sociais Aplicadas, em especial no Direito.

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁶ OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Traduzido por Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 120.

⁷ DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos*. Traduzido por Arth ur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. 3. Brasília: Unb, 2003.

Estes estudos visam demonstrar que a conflituosidade não é necessariamente um mal a ser curado, que deve ser encarado muitas vezes como um fenômeno sociológico positivo, como forma de evolução social.

Weber entende o conflito como inerente ao mundo social: perde o seu caráter "patológico" e transforma-se num conceito analítico aplicável a toda a sociedade e não concebe que algum dia possa vir a acabar⁸.

Na mesma linha de Weber, Simmel elabora a teoria sociológica do conflito. Para ele, o conflito constitui um processo de sociação⁹. Os fatores de dissociação como o ódio, a inveja, o desejo são suas causas. Este aparece por causa daqueles. O conflito tem por objetivo resolver esses dualismos divergentes; constitui uma maneira de reconstruir uma certa unidade. Nesse sentido, "todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistas pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito". [...] "É o conflito um fato *sui generis* e sua inclusão sob o conceito de unidade teria sido tão arbitrária quanto inútil, uma vez que o conflito significa a negação da unidade¹⁰".

Por conseguinte, do mesmo modo como o "universo precisa de 'amor e ódio', de forças de atração e de forças de repulsão para que tenha uma forma qualquer" a sociedade também precisa de "quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e de competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas discordâncias não são absolutamente meras deficiências sociológicas ou exemplos negativos". Porém, é preciso observar que "sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas nas forças sociais positivas [...]. A sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação (positivas e negativas), que se manifestam desse modo como inteiramente positivas¹¹".

⁸ WEBER, Max. *Economia y Sociedad:isbozo de sociología compresiva*. ed. 2. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

⁹ A palavra "sociação" deve ser aqui considerada como meio de interação humana. SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

¹⁰ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 123.

¹¹ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.p. 124.

Na mesma linha de raciocínio Morton Deutsch diz que o conflito “previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social.” Além disso, o conflito demarca grupos e, logo, auxilia a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo na maioria das vezes provoca coesão interna¹².

Também Lewis Coser aponta que o conflito é um dos meios de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode. As situações conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflitualidade¹³.

Importante elucidar que o fato do conflito ser salutar para a sociedade não significa dizer que não é necessário tratá-lo. Quando o conflito ultrapassa os limites da sociabilidade, ou seja, assume uma postura vingativa ou de prejuízo ao oponente ou até mesmo de violência física, então se faz necessário a intervenção do Estado através de mecanismos hábeis para tratá-lo¹⁴.

Desse modo, pode-se entender que aquilo que separa os litigantes, ou seja, o conflito é exatamente o que os aproxima, no sentido de que eles compartilham da mesma lide, se produz, assim, um intenso mundo de relações, onde se espera

¹² DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos*. Traduzido por Arth ur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. 3. Brasília: Unb, 2003. p. 34.

¹³ COSER, Lewis A. *Le funzioni Del conflitto sociale*. Milano: Feltrinelli, 1967.

¹⁴ De forma exemplificativa Morton Deutsch traz o seguinte: “Algum, tempo atrás, no jardim da casa de um amigo, meu filho de cinco anos e seu colega disputavam a posse de uma mangueira. Um queria usá-la antes do outro para aguar as flores. Cada um tentava arrancá-la do outro para si e ambos estavam chorando. Os dois estavam muito frustrados e nem um nem outro era capaz de usar a mangueira para regar as flores como desejavam. Depois de chegarem a um impasse nesse cabo-de-guerra, eles começaram a socar e a xingar um ao outro. A evolução do conflito para a violência física provocou a intervenção de uma poderosa terceira parte (um adulto), que propôs um jogo para determinar quem iria usar a mangueira antes do outro. Os meninos, um tanto quanto assustados pela violência da disputa, ficaram aliviados em concordar com a sugestão. Eles rapidamente ficaram envolvidos em tentar achar um pequeno objeto que eu tinha escondido e obediamente seguiram a regra de que o vencedor seria o primeiro a usar a mangueira por dois minutos. Logo eles se desinteressaram pela mangueira d'água e começaram a colher amoras silvestres, as- quais atiravam provocativamente em um menino de dez anos de idade que respondia aos inúteis ataques com uma tolerância impressionante”. (DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos*. Traduzido por Arth ur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. 3. Brasília: Unb, 2003. p. 29.)

que um terceiro apareça para dirimir o conflito, e se coloque como aliado ou inimigo¹⁵.

A sociedade, tradicionalmente, apela ao Judiciário com o intento de resolver seus conflitos. A complexidade das relações na atualidade tem gerado aumento expressivo do número de processos, sobrecarregando a instituição. Importante dizer que é dever do Estado planejar políticas públicas de acesso à justiça, promovendo outros meios de tratamento, dentre eles a negociação, conciliação e a mediação. Dessa forma, abordam-se a seguir alguns dos problemas enfrentados pelo Judiciário no tratamento satisfatório dos litígios.

3 O JUDICIÁRIO E A CRISE DA JUSTIÇA

Atualmente, o meio mais procurado pela sociedade como forma de resolver problemas (conflitos) que não alcançaram soluções aceitáveis é o Judiciário. Essa instituição nasceu com o intuito de fazer cessar a autotutela respondendo, satisfatoriamente, aos litígios que lhe são submetidos, oferecendo a todos uma justiça¹⁶ confiável e imparcial.

Com a difusão dos direitos dos cidadãos, o que antes eram meras declarações escritas passaram a ter efeitos práticos nos tribunais de todo País. Com a intensa procura pela prestação jurisdicional, o Poder Judiciário vê crescer desproporcionalmente o número de processos em relação à estrutura disponível para resolvê-los. Isso gera insatisfação dos jurisdicionados e diminui a credibilidade dessa Instituição frente à sociedade.

¹⁵ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Traduzido por Sandra Regina Martini Vial. Santa cruz do Sul; EDUNISC, 2004.

¹⁶ Para fins de definir o que significa, nesse contexto, a palavra "justiça": "Quando digo: "Eu quero justiça!", que coisa estarei querendo? – Estarei querendo que me seja dado ou feito algo que tenha *valor* igual ou proporcional ao *valor* do que dei, do que sofri, do que fiz ou do que sou (do que mereço). Eventualmente, estarei querendo que se faça algo de *valor* proporcional ao *valor* do que me foi arrebatado".(TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 301.).

Um dos problemas gerados pelo aumento do número de ações é a morosidade em tratar as demandas. Mesmo a parte que sai vencedora do litígio inúmeras vezes se sente lesada devido ao longo transcurso de tempo¹⁷.

A demora no tratamento de conflitos por parte do Judiciário pode trazer efeitos devastadores para as partes, como o aumento dos custos para os litigantes, a pressão econômica exercida à parte mais fraca financeiramente, levando-a a aceitar acordos desfavoráveis ou até mesmo a desistência da ação. Uma justiça tardia representa a própria negação da justiça¹⁸.

Nalini aponta como uma das causas da demora por parte do Judiciário em resolver as demandas propostas pelo cidadão, as quatro instâncias que este terá que vencer (o primeiro grau, o tribunal local, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal).¹⁹

Este autor explica que uma “[...] Constituição mais do que analítica, mas casuística e minuciosa, permite a qualquer bom operador do direito fazer chegar à Corte Suprema todas as demandas judiciais.” Em consequência disso, é o que ocorre com todas as pessoas que precisam recorrer à justiça para ver reconhecidos os seus direitos. A essa situação acrescenta ainda que o “subproduto nocivo de tal situação é o desprestígio das decisões iniciais nutrido por aqueles que sabem fazer chegar seus pleitos às instâncias superiores. Não é incomum ouvir-se o advogado afirmar que “a sentença de primeiro grau é irrelevante”.²⁰

Desse modo, pode-se dizer que a multiplicidade de recursos processuais existentes no mundo jurídico juntamente com as quatro instâncias do Poder Judiciário atuam mais para dilatar de modo indefinido os litígio do que para trazer segurança jurídica. Pode-se acrescentar a esses fatores o emperramento

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte: 2004.

¹⁸ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁹ NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008.

²⁰ Idem. p. 12.

da máquina judiciária: "máquina imersa em burocracia e submetida a praxes longevas".²¹

Humberto Theodoro Junior caracteriza o Poder Judiciário como "[...] o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais."²²

O que vêm ocorrendo são minirreformas na legislação, especialmente no processo civil, que por seu aspecto fragmentário, longe ficará de constituir uma solução para a morosidade da instituição judiciária. Para que se tenha um processo justo é preciso reformar a justiça como um todo²³. Neste contexto, Resta afirma que:

Os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficiência decorrente da falta de recursos; pedem-se, assim, aumentos consistentes de recursos, pensando que assim os conflitos podem ser diminuídos. Não somente a interferência causal resulta gratuita, mas nos coloca em uma lógica *remedial* que contribui, por si só, não somente a não resolver, mas inclusive a inflacionar o saldo de procura e oferta. Sem referir-se ao caráter culturalmente induzido da demanda por parte da oferta, que é um discurso possível e corroborado pelos dados quantitativos, o problema de *policy* que emerge é aquele de um sistema que investe no remédio sem incidir nas causas; assim aumentam os recursos do aparato Judiciário, mas continua somente a ilusão de que isto faça diminuir os conflitos²⁴.

Desse modo, na ânsia de dar uma resposta ao apelo social por uma justiça mais célere o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela Emenda

²¹ Idem. p. 14.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte: 2004. p. 11.

²³ AGRA, Walber de Mora (coord); STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁴ RESTA, ELIGIO. *O direito fraterno*. Traduzido por Sandra Regina Martini Vial. Santa cruz do Sul; EDUNISC, 2004.

Constitucional 45, cujas expectativas eram de proporcionar uma efetividade qualitativa/quantitativamente junto ao Judiciário nacional²⁵.

No entanto, a inclusão do inciso LXXIIIV²⁶ no art. 5º da CF/88 como conteúdo “novo”, não pode ficar relegado ao tratamento tradicional dado àquelas normas constitucionais que reconhecem direitos e, por isso, ficam com seu caráter eficaz dependente de ações legislativas posteriores, as quais não se apresentam ou tardam²⁷.

Portanto, constata-se cada vez mais presente, a necessidade de modificações profundas e radicais no sistema Judiciário brasileiro. Se a justiça não se ajustar aos tempos modernos, num exercício espinhoso para quem administra uma só dimensão do tempo: o passado²⁸ poder-se-á assistir ao declínio total dessa Instituição. Se exigirá reformas que ultrapassem o alcance das emendas, das alterações legislativas, que demandará a participação de todos, em especial os juízes que desempenham um papel importante nesse processo.

Desse modo, aborda-se a seguir o formalismo excessivo que contamina o processo e o papel do juiz frente à crise do Judiciário.

4 O JUIZ E A RITUALIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

Como foi dito anteriormente um dos problemas enfrentados pelos jurisdicionados em acessar à justiça é a lentidão com que ela se apresenta para tratar os conflitos. Um dos motivos disso ocorrer se deve ao fato da excessiva ritualidade enfrentada pelos juízes durante todo o processo.

²⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁶ a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (CF, art 5º, LXXVIII)

²⁷ Idem.

²⁸ “O legislativo foi concebido para agir contemplando o futuro – elaborar a normatividade aplicável a partir de sua edição e para o provir – eo Executivo para administrar o presente, o Judiciário é a função do passado”. (NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008. p. 25).

Para compreender a que se deve essa problemática, deve-se apontar que o rito é anterior ao surgimento do juiz. Nesse sentido Garapon diz que:

Antes de existirem leis, direitos, juízes e palácios da justiça, havia um ritual. O que é então um processo? É inicialmente, um ritual e, durante muito tempo – ou seja, enquanto o desenvolvimento do Estado foi insuficiente para lhe permitir formular corpos de normas processuais e regular a sua aplicação - , não passou disso mesmo. Um repertório de gestos, palavras, formulas e discursos, de tempos e locais consagrados, destinados a dar expressão ao conflito sem pôr em perigo a ordem e a sobrevivência do grupo. O processo primitivo não pressupõe de forma alguma a existência de um juiz, cujas função e autoridade seriam definidas anteriormente ao processo e igualmente respeitadas pelas artes... [...] ²⁹

Fazendo um comparativo entre a justiça e a religião pode-se dizer que aquela veio para ocupar o lugar desta, no que diz respeito ao ritual. Os processos convertem-se em grandes cerimônias. A justiça é atribuída a tutela das pessoas desorientadas, dos abandonados, pela falta de determinação moderna, em outras palavras, ela se encarrega daquilo que antes chamava-se de a salvação das pessoas. ³⁰

A analogia entre as novas atribuições da justiça e as que, em outros tempos, cabiam à religião é visivelmente clara. Ambas assumem a ligação: "entre o passado e o presente, a referência e a ação, a sanção e o consolo, o direito e o dever." As pessoas hoje encontram-se diante de um juiz para resolver seus problemas, quando antes consultavam os padres como conselheiros de consciência. ³¹

Desse modo entende-se que o juiz existe para corrigir injustiças. Por muito tempo acreditou-se que, ao aplicar a lei, estaria o juiz a atingir a possível concreção da justiça, mas muitas vezes a injustiça se realiza no apego excessivo à forma, na canseira que as partes enfrentam durante o processo judicial,

²⁹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Traduzido por Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

³⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Traduzido por Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan 1999.

³¹ Idem

equiparando-se a feição Kafkaniana³² se no outro lado do pólo da lide se encontrar o Estado.

Esse excesso na forma evidencia-se com mais fulgor devido ao mundo globalizado em que se vive, onde as informações são obtidas instantaneamente. Acelerou-se o ritmo dos cidadãos em alcançar decisões e a pressa e a velocidade são sinais identificadores do novo milênio. Portanto estar-se preso a um processo pelo excesso de rito não condiz mais com a realidade em que se vive hoje.

Importante observar que não se pretende aqui defender a extinção do ritual Judiciário, até porque se reconhece a importância do procedimento no decurso do processo, a observância das formas é garantia de um jogo civilizado na área judicial. O que se tenta explicar é que o formalismo excessivo é bastante prejudicial à eficiência da justiça e que outros meios de acesso à justiça existem e podem tornar-se uma saída para a lentidão do sistema judicial. O formalismo não é apenas causa de dilação dos litígios é também origem de desprestígio da justiça.

A exemplo disso pode-se citar os juizados especiais, que acreditava-se ser um procedimento livre de formalismo aos poucos se contaminam dos vícios do Judiciário convencional. Pautas longas, excesso de burocracia, esquece-se a simplicidade, a oralidade e a busca do justo em lugar da esquematização habitual.³³

Esse ritualismo também está ligado à formação tradicional dos juízes e dos operadores do direito em geral. Que cultivou os procedimentos a representação dos interesses em detrimento da efetividade, da participação e do justo concreto³⁴. Garapon, traz o seguinte entendimento:

Isso faz pensar em certos julgamentos, às vezes longos de muitas páginas, que terminam por constatar uma prescrição

³² Refere-se ao livro KAFKA, Franz. *O processo*. Traduzido por Modesto Carone. Porto Alegre: RBS Publicações, 2004.

³³ NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008.

³⁴ Idem

ou por rejeitar a ação depois de todos os seus tramites. Os juristas são constantemente tentados a aplicar o direito pelo direito, sem ter conta da realidade. Como o obcecado, eles são fascinados pela forma. Eles se deixam invadir por ela, ser devorados por um perfeccionismo que os empurra a um aperfeiçoamento cada vez maior. À força de precisões, por exemplo, as fórmulas jurídicas inflam até se tornarem totalmente incompreensíveis³⁵

Destas colocações entende-se que o juiz, mesmo acanhado pelas evidências de uma sociedade posta a flagrante injustiça social, "se restringe ao papel de afligido dos aflitos".³⁶

Nesse sentido entende-se que quando o aparelho estatal não consegue fazer frente em tempo oportuno e de maneira eficiente, eficaz e efetiva, às demandas por justiça, as soluções virão por outros meios de tratamento do conflito.

Como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão. É por isso que não basta apenas "garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um *acto de jurisdictio*".³⁷

Nessa seara, mesmo que a EC/45 alcance resultados significativos tornando célere o trâmite processual, aproximando a justiça do cidadão, especializando varas para o melhor tratamento de uma parcela de direitos até então pouco observados, valorizando as defensorias públicas (o que implica de forma direta ou indireta na diminuição de custos e na possibilidade de inclusão do cidadão hipossuficiente), deve-se recordar que os mecanismos de tratamento dos conflitos precisam ser revistos. Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos,

³⁵ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Traduzido por Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997. p. 210.

³⁶ NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008.

³⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 50-51.

LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. Meios alternativos à jurisdição: uma resposta à crise do judiciário?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas³⁸.

Enquanto a solução contenciosa freqüentemente não resolve de forma satisfatória o conflito entre os litigantes, o tratamento alternativo de conflitos ou conciliatório pode tratar e preservar relacionamentos que, naturalmente, devam ser duradouros.

A justiça consensual em suas várias formulações - na esteira dos ADR (Alternative Dispute Resolution) do direito anglo-americano apareceu como resposta ao mau funcionamento do modelo Judiciário. A essa experiência bem sucedida, o Estado brasileiro volta seus olhos como forma de celeridade e ausência ou diminuição de custos³⁹.

Abordam-se, a seguir, os métodos alternativos de tratamento dos conflitos, em especial a mediação, o qual pode vir a corroborar na "solução" da crise do Judiciário, em particular no que diz respeito à lentidão da justiça e ao excessivo apego ao formalismo.

5 MEIOS ALTERNATIVOS DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS: UMA RESPOSTA A CRISE DO JUDICIÁRIO?

Na busca pelo efetivo acesso à justiça muitos buscam corrigir o processo judicial, visando à fidelidade aos fundamentos democráticos. Nesse sentido Capeletti mostra que:

"O direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um

³⁸ Ibidem.

³⁹ AGRA, Walber de Mora (coord); MORAIS, José Luis Bolsan. *Comentários à reforma do poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. [...] O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, O ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica⁴⁰.

Nesse sentido, conforme já constatado, o Judiciário enfrenta grandes dificuldades no tratamento satisfatório dos conflitos, e uma alternativa para essa crise seria provocar os tribunais só depois que outros métodos de tratamento fossem antes acionados. Deve-se deixar claro que não se está aqui falando em direitos indisponíveis, estes continuariam sob a ótica jurisdicional.

Esse pensamento infere-se do fato de que se vive numa sociedade de cultura essencialmente litigiosa. Dessa forma, criar-se-ia uma fórmula renovadora no atual contexto social, e ainda assim restaria uma parcela considerável de litígios a serem resolvidos exclusivamente pelo Judiciário.

Entre os métodos alternativos de tratamento dos conflitos (mediação, arbitragem, negociação e conciliação) se dará especial atenção ao método da mediação. Essas medidas se referem, basicamente, à modernização da legislação processual, com o fim permanente de reduzir o sofrimento do jurisdicionado que aguarda, morosamente, o desenlace para o seu problema.⁴¹

O conceito de mediação pode ser entendido 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 [...].” Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar

⁴⁰ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-13.

⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

relacionamentos de uma maneira que diminua os custos e os danos psicológicos⁴².

Nesse ínterim, é importante também salientar que o mediador não tem o poder de decisão, tratando-se de um "terceiro que intermedia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age frequentemente é elemento determinante do êxito ou não do processo." Assim, o mediador se utiliza da "autoridade a ele conferida pelas partes", para "restabelecer a comunicação⁴³ entre estas". Possui como função principal a de facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações, seu papel é o de um "facilitador, educador e comunicador". Trata-se de um interventor que não impõe resultados⁴⁴.

Da autoridade que é conferida ao mediador necessário salientar que ele (o mediador) se arroga de poderes, reequilibrando as desigualdades, e reforçando as posições mais frágeis. Ele tenta conter as pretensões do mais forte, justamente pelo fato do conflito ser consequência de um desequilíbrio, de uma desigualdade entre as partes. O mediador está no meio do conflito envolvendo-se diretamente nele para que se chegue a uma solução justa adequada que satisfaça as partes⁴⁵.

⁴² MOORE, W. Christopher. O processo de mediação. Traduzido por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed: 1998 p.28.

⁴³ O desenvolvimento das práticas discursivas e narrativas da mediação de conflitos vem ao encontro do pensamento de Habermas, mas para quem "sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos". Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democrática, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. E mais: "uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da (autonomia) privada".(HABERMANS, Jürgen. *Direito e Democracia;entre e facticidade e validade*. 2. Ed. Traduzido por Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol II, p. 146.

⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 160.

⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Assim o mediador diferencia-se do juiz por não trabalhar com a idéia de imparcialidade e neutralidade⁴⁶. Enquanto as partes só litigam e vêem seu próprio ponto de vista, o mediador pode ver diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daí, atuando com o objetivo das partes retomarem o diálogo. O Judiciário no entanto, quando acionado, em muitas circunstâncias, acaba por distanciar ainda mais as pessoas envolvidas, pelo seu perfil de litigância. É dessa forma que o mediaodr torna-se meio para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar entre os conflitantes, nem acima, nem abaixo deles, mas no meio.⁴⁷

No entanto, por mais que o mediador e o juiz tenham atuação diferente, que apresentem procedimentos diversos e autônomos, não se pode ignorar que processo judicial e mediação se combinam em uma relação difícil de formalidade e informalidade. Não se pode apresentar a mediação como simples alternativa a crise do Judiciário, ou na extinção do processo jurisdicional pelo procedimento da mediação. O que se pretende é apresentar a mediação como espaço de exercício de interdisciplinariedade e da interpenetração de diferentes modalidades de regulação social.⁴⁸

O procedimento (ritual) mais tradicional de mediação é o Modelo de Harvard., basea-se na teoria e compreensão do conflito. Suas principais características são: a) diferenciar as pessoas do problema; b) direcionar focos nos interesses que estão ocultos por trás das posições; c)inventariar opções para benefício mútuo; d) criar critérios objetivos; e) eleger a melhor alternativa ao acordo feito⁴⁹.

⁴⁶ Sobre a discussão quanto a imparcialidade e a neutralidade do mediador é importante a leitura de RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

⁴⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jursidição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Deve-se lembrar que para os acordos firmados entre as partes no procedimento de mediação para que seja executável, este terá que ser homologado por juiz togado. Diante disso é que volta-se a afirmar que um procedimento não exclui o outro, e sim se complementam.

Dessa forma, compreende-se que é preciso ocorrer uma conscientização de que o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações sutis nos procedimentais. Resta então, a Instituição Jurídica dar maior destaque para estes meios.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se no presente trabalho trazer algumas considerações acerca da crise do Judiciário e abordar a mediação como meio alternativo de acesso à justiça.

Inicialmente, foi feito um estudo acerca do problema da morosidade do Judiciário no tratamento dos conflitos. Entende-se que esse problema ganhou, nas últimas décadas, proporções tais que somente o Estado através de uma política pública séria voltada para o problema poderá reverter essa situação.

Por conseguinte, analisou-se uma das causas da lentidão em tratar os conflitos, o excessivo apego a forma, que vem arrastando o procedimento judicial, e logo após, a necessidade de uma alternativa na qual os jurisdicionados possam ver suas demandas serem tratadas com a qualidade esperada.

Percebeu-se que a mediação vem a corroborar para o acesso à justiça visto que se trata de um procedimento mais simples em que o mediador se coloca no meio do conflito e junto com os litigantes procura tratar o conflito de forma a obter um resultado satisfatório para as partes.

Constatou que ao lado do processo judicial que é importante e não deve ser abolido, a mediação pode vir a colaborar para desafogar o poder Judiciário até que outras alternativas possam ser investigadas.

LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. Meios alternativos à jurisdição: uma resposta à crise do judiciário?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGRA, Walber de Mora (coord); MORAIS, José Luis Bolsan. *Comentários à reforma do poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOUDON, Raymond. *Tratado de Sociologia*. com a colaboração de J. Baechler... [e tal]; traduzido por Teresa Curvelo; revisão técnica de Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 256.

CALMON DE PASSOS, J. J. *O problema do acesso à Justiça no Brasil*. In: *Revista de Processo*, nº 39, julho – setembro de 1985.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORRÊA. Darcísio. *A construção da cidadania*. Ijuí: Unijui, 2006.

DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos*. Traduzido por Arth ur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

FAVRETO, Rogério. *Redes de Mediação: um novo paradigma à pacificação dos conflitos*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br> >. Acesso em 15 de junho de 2008.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Traduzido por Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Traduzido por Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan 1999.

HABERMANS, Jürgen. *Direito e Democracia; entre a facticidade e validade*. 2. Ed. Traduzido por Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC: 2007

HERMANY, Ricardo. *O Plano diretor e a participação social na esfera pública municipal*. In: REIS, Jorge Renato (org.); LEAL, Rogério Gesta (org). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra; Edit. Coimbra, 1993.

LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. Meios alternativos à jurisdição: uma resposta à crise do judiciário?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MOORE, W. Christopher. O processo de mediação. Traduzido por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed: 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008.

Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br> >. Acesso em 15 de junho de 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de Políticas Públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós - gerencialista*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.

SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TELLES JUNIOR, Golfredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 301.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte: 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas Restaurativas*. São Paulo; Método, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.