

# REPENSANDO O PAPEL DA MEDIAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Júlia Gabriela Soares Cunha

Roberta Cerqueira Reis

## 1. INTRODUÇÃO

O processo de abertura política ao final dos anos 1980 inaugurou no Brasil uma nova realidade jurídica e constitucional. Os vinte anos do regime militar que precederam a abertura democrática propiciaram a supressão de direitos individuais com incontáveis casos de tortura, desaparecimentos forçados e privações arbitrárias da liberdade<sup>1</sup>.

A transição lenta e gradual para a ordem democrática ocorreu em meio a um tormentoso cenário sociopolítico, em que a sociedade clamava pelos direitos civis e políticos no lema das “diretas já” sem saber muito bem, por falta de experiência, o que a bela palavra democracia significava. O Brasil vive um surto democrático, afirmam com ironia os cientistas políticos que sabem de ofício que a história

política nacional conheceu mais ditaduras que democracia.

O jovem Estado Democrático de Direito brasileiro se erigiu pela carta constitucional de 1988, um documento modelo, elaborado com maestria no que toca a proteção dos Direitos Humanos, contando com a consultoria de uma das maiores autoridades no assunto, Antônio Augusto Cançado Trindade (2007).

A proteção da dignidade humana foi alçada a fundamento da república e descrita logo no artigo primeiro da Carta Constitucional que viria inaugurar esse novo sonho de Brasil.

Os direitos individuais suprimidos com tanta violência no regime militar ganharam proteção expressiva na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, descrevendo um rol extenso e não exaustivo de garantias fundamentais.

A nova ordem constitucional trouxe ainda a proteção dos direitos sociais e difusos, garantindo o amparo de coletividades determinadas, determináveis ou indeterminadas, expandindo o escopo de proteção dos vulneráveis não apenas em nossa geração, mas também nas vindouras.

1 O Brasil inclusive foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos no período do Regime Militar. O desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia ensejou a instauração do caso conhecido como Gomes Lund e Outros que trouxe o questionamento da lei de anistia brasileira pela corte em Costa Rica.

Júlia Gabriela Soares Cunha

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Roberta Cerqueira Reis

Advogada e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

O espectro de direitos humanos constitucionalmente previstos em nossa Carta Magna é invejável. As possibilidades de proteção da pessoa humana tornaram-se o centro da ordem constitucional, o que se justifica pelo imenso temor de uma nova ditadura que pudesse voltar a suprimir direitos básicos da população.

Esta expansão da proteção dos direitos humanos, nos idos dos anos 1980 e 1990, se chocou com uma sociedade acostumada historicamente com uma estrutura patriarcal, autoritária e que notória por desempoderar os indivíduos em todos os níveis da esfera política<sup>2</sup>.

A democracia deve ser vivida e aprendida. Deve-se criar uma cultura democrática o que leva tempo e esforço consideráveis. A sociedade brasileira recém apresentada à nova realidade política vem descobrindo os inúmeros direitos constitucionalmente previstos e a obrigação estatal em tutelá-los.

Os indivíduos começam a perceber que devem assumir responsabilidades para com a coisa pública e que seu envolvimento com o Estado é um custo a se pagar por viver em um regime democrático. A passividade do sistema patriarcal vai sendo substituída por um agir participativo e consciente.

Neste cenário de aprendizado acerca da democracia e a participação ativa do cidadão na coisa pública, o poder judiciário adquire um papel central como porta de entrada das demandas que pedem a tutela dos recém descobertos direitos.

A necessidade de amparar os cidadãos

e garantir-lhes acesso a seus direitos torna-se ainda mais facilitada com a possibilidade de a parte poder ajuizar, desacompanhada de advogado, suas pretensões jurisdicionais perante a justiça trabalhista e os juizados especiais (sem mencionar o *habeas corpus*).

A expansão do número de demandas judiciais tem a feliz conotação de significar que o brasileiro está conhecendo seus direitos e tem formulado pretensões jurisdicionais para vê-los satisfeitos. Em certa medida, demonstra a força de nossas instituições democráticas e a confiabilidade delas perante a sociedade.

Contudo, o protagonismo do poder judiciário no Estado Democrático não foi avaliado com a devida atenção do ponto de vista pragmático. A realidade é que o nosso judiciário não tem estrutura física, financeira ou recursos humanos suficientes para lidar com o expressivo aumento da demanda de processos.

Os números do Conselho Nacional de Justiça são verdadeiramente alarmantes. O valor gasto com o poder judiciário em 2014 foi de R\$68,4 bilhões (1,2% do PIB nacional) e representou um aumento de 4,3% com relação ao ano de 2013. O estoque de processos no início de 2014 era de 70,8 milhões, o que tende a aumentar, pois o número de processos baixados é inferior ao número de processos que ingressam.

A taxa de congestionamento do judiciário, em 2014, foi 71,4% (setenta e um vírgula quatro por cento). Pela análise do CNJ com o fluxo de trabalho dos magistrados e demais servidores, caso não ingressasse nenhum novo processo, ainda assim, seriam necessários dois anos e meio de trabalho para zerar o estoque.

A instalação do sistema de processo judicial eletrônico (PJe) veio apresentar uma saída para

2 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000. 2v.

a redução de custos operacionais e dar maior celeridade e dinamismo aos processos judiciais. No entanto, a saída do celebrado PJe está muito distante de se apresentar como solução para o grande emperramento da máquina judicial.

Em um cenário de excesso de trabalho e congestionamento da máquina estatal, o Brasil não tem conseguido cumprir o direito fundamental, previsto no art. 5º LXXVIII da CR e também na Convenção Americana de Direitos Humanos, de entregar uma prestação jurisdicional em tempo razoável.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2007) ao defender uma visão do judiciário em prol dos direitos humanos é categórico em afirmar que uma justiça tardia não é justiça. Assim temos o impasse entre a necessidade de dar acesso à justiça a todos os cidadãos e a incapacidade de a máquina estatal em atender à demanda.

Em meio à conturbada realidade do judiciário surge a ferramenta da conciliação e a mediação, formas alternativas de solução de controvérsias, que tem sido percebidas como uma maneira de descongestionar o judiciário. Postura esta que tem confundido as ferramentas e não corresponde à sua real utilidade como veremos adiante.

## 2. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E JUDICIÁRIO

O processo judicial e a mediação se relacionam e se influenciam mutuamente, sendo observado em ambos o poder-dever do juiz de decidir questões controversas, que é suspenso enquanto há a aplicação da forma autocompositiva<sup>3</sup>.

A mediação se apresenta de forma mais flexível e interdisciplinar, utilizando-se da técnica autocompositiva, com a participação consensual das partes, aplicando-se a lógica ganhador e ganhador, rompendo com a ideia polarizada entre derrotado e vitorioso. A mediação propõe, portanto, um maior envolvimento das partes do conflito que juntas chegam a uma conclusão satisfatória a ambas.

O processo judicial, por sua vez, possui característica regulamentadora, heterocompositiva com a participação direta do Estado que, após uma longa busca pela verdade real dos fatos, apontará o ganhador e o perdedor, ou aquele que teve sucesso na demanda. Nesse cenário, não há composição entre as partes, apenas uma solução externa que, muitas vezes, pode significar uma piora do conflito humano envolvido na demanda<sup>4</sup>.

Do prisma da instrumentalidade das formas de solução de conflitos, a mediação e o processo judicial se apresentam em planos equivalentes, não significando, no entanto, a ruptura e a autonomia em relação ao direito material.

Infelizmente, a institucionalização da mediação no sistema judicial tem sido amplamente discutida no Brasil e no âmbito internacional, como uma solução para a crise do Judiciário. Percebe-se que há uma

.....  
e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/en.php>> Acesso em 26 jan 2016.

4 SPENGLER, Fabiana Marion. **O tempo do processo e o tempo da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. III. .8 v.8, 2011. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20823/15101>> Acesso em 26 jan 2016.

3 GABBAY. Daniela Monteiro. **Mediação**

estreita relação entre ela e a regulação processual, estabelecendo-se assim os rumos a serem tomados, com a finalidade de impedir polarizações que possam considerar a mediação como sendo uma justiça de segunda classe, ou como forma de contenção dos casos e correção das insuficiências que chegam ao Judiciário.

Conforme observado por Daniela Monteiro Gabbay, “o discurso de combate à morosidade processual pela mediação (...), não pode perder de vista que quando se abre uma nova porta aos conflitos, esta porta não é apenas de saída (...), mas também de entrada de novos conflitos”<sup>5</sup>.

Dessa forma, é indispensável o bom funcionamento do Judiciário, tendo em que vista que a mediação coexiste de maneira autônoma, desempenhando o papel de resolução de conflitos de forma diversa, e não como uma simples alternativa ao processo tradicional.

Nesse sentido, é importante observar que, na mediação, as partes participam de uma experiência relacional em que são protagonistas, sendo necessário que haja a cooperação e que as suas atuações se deem de forma proativa e colaborativa, podendo-se, assim, inferir que nem todas as relações são mediáveis e nem todos os conflitos humanos podem ser resolvidos de forma definitiva.

A Escola Transformativa da mediação dá ênfase no resultado, na transformação das partes, não objetivando o acordo, mas a transformação das pessoas e dos seus

sentimentos, conforme explica Luiz Warat<sup>6</sup>.

É importante ressaltar que a mediação é um meio eficaz na resolução dos conflitos, no entanto, não serve como um facilitador do acesso à justiça e nem como remédio para a ineficácia da administração pública<sup>7</sup>.

Nesse viés, tem-se que não cabe à mediação efetuar cortes temporais ou a busca pela verdade real, ela apenas colocará em contato os conflitantes e facilitará a comunicação entre eles, que deverão ser cooperativos e, juntos, buscarem a melhor solução para seu caso, sem que haja uma autoridade determinando o que devem ou não fazer.

Um grande obstáculo à universalização da mediação é justamente no que tange essa postura cooperativa das partes, que não imbuídas desse espírito colaborador, impossibilitam a mediação, devendo o mediador relatar a impossibilidade de uma solução consensual naquele momento.

Além do fato de que existem relações que simplesmente não podem ser resolvidas pela mediação, por falta de cooperação das partes, existe ainda um problema mais grave.

A utilização da mediação tem sido abordada como maneira de se concluir rapidamente processos, antes que eles venham a somar na já caótica estatística de acumulação

5 GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/en.php>> Acesso em 26 jan 2016.

6 WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

7 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de., ALVES, Tatiana Machado. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil: A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa**. Disponível em <[https://www.academia.edu/16597269/NOVOS\\_DESAFIOS\\_DA\\_MEDIAÇÃO\\_JUDICIAL\\_NO\\_BRASIL\\_A\\_PRESERVAÇÃO\\_DAS\\_GARANTIAS\\_CONSTITUCIONAIS\\_E\\_A\\_IMPLMENTAÇÃO\\_DA\\_ADVOCACIA\\_COLABORATIVA](https://www.academia.edu/16597269/NOVOS_DESAFIOS_DA_MEDIAÇÃO_JUDICIAL_NO_BRASIL_A_PRESERVAÇÃO_DAS_GARANTIAS_CONSTITUCIONAIS_E_A_IMPLMENTAÇÃO_DA_ADVOCACIA_COLABORATIVA)> Acesso em 27 jan. 2016.

judicial. No entanto, a mediação se baseia em uma ideia de construção da solução de modo cooperativo, através da interação das partes envolvidas, o que pode levar o processo a se delongar. A mediação se apresenta de forma incompatível ao estabelecimento de um limite temporal para a sua conclusão.

O princípio da mediação é que as partes atuem ativamente na construção da solução, o que pode ser bastante demorado e incompatível com a celeridade esperada se surgirem questões densas e complexas que demandem ainda mais tempo para serem resolvidas.

Além da duração razoável do processo, a mediação também se propõe a lidar com questões complexas de natureza emocional e familiar, o que demanda uma abordagem interdisciplinar e transdisciplinar com o envolvimento efetivo de profissionais de diversas áreas, como por exemplo, psicólogos, assistentes sociais e sociólogos, o que também pode vir a prolongar o tempo de duração dos processos e sua complexidade.

### 3. CONCLUSÃO

O tempo do processo e o tempo da mediação foram temas desenvolvidos ao longo deste breve artigo que buscou problematizar a utilização da mediação como forma alternativa de solucionar controvérsias apresentadas ao judiciário.

A necessidade de se consolidar um sistema judicial eficiente, que responda às demandas a ele trazidas é a base de um Estado Democrático. Não existe cidadania efetiva se os indivíduos não puderem exercer seus direitos de forma plena o que, em última instância significa recorrer ao poder judiciário.

O aumento das demandas ajuizadas demonstra que o brasileiro está, finalmente, assumindo um papel ativo na esfera pública, assumido responsabilidade pela sua felicidade e realização, sem aguardar passivamente que o Estado saia de sua inércia para atendê-lo. O cidadão está se tornando ativo, demandando seus direitos e, o mais importante, conhecendo-os.

Do ponto de vista de nossa democracia temos que o aumento das demandas judiciais pode sinalizar uma consolidação de nossas instituições e um amadurecimento de nossa população enquanto ator político. No entanto, a maneira como esta utilização tem sido feita, em muitos casos como forma de angariar vantagens por meio de abusos de direito, merece um questionamento futuro. Os abusos de direito e os demandantes compulsivos, no entanto, não desmerecem o valor que este aumento de acesso ao judiciário representa na consolidação de nossa jovem democracia.

O judiciário, por sua vez, se encontra em dificuldades logísticas e operacionais para atender a todas as demandas a ele apresentadas. Trata-se de um cálculo matemático simples: se o número de demandas novas é maior que o de processos baixados, haverá o travamento da máquina judicial. E foi o que ocorreu.

A saída pensada foi a de diminuir o número de demandas novas, ou tentar resolver as pendências antes que se tornem processos infundáveis. Louvável a iniciativa, mas, como tentamos demonstrar neste artigo, as relações humanas são complexas e nem sempre a solução matemática é a mais exata.

No caso da mediação, por exemplo, o tiro pode ter saído pela culatra. No afã de celeridade e redução da carga processual, nosso legislador

pode ter aberto mais uma porta para a entrada de demandas. Pois a mediação é paralela e complementar ao judiciário, com lógicas próprias. A existência de múltiplas formas de solução de conflitos não significa apenas a saída, mas também novas oportunidades de entradas.

Por sua vez, a própria ideia de mediação não é compatível com celeridade processual e nem se propõe a isso. O mediador pretende a composição, a construção de uma solução conjunta e que seja satisfatória a todos os envolvidos. Não se trata de simplesmente acelerar para que as partes entrem em um acordo e acabem com a demanda (ideia popularizada na conciliação), mas sim, de uma construção conjunta da solução que seria benéfica para todos.

Um processo complexo como o da mediação não pode ser apressado ou acelerado para cumprir prazos processuais. As partes devem estar dispostas a construir esta solução em conjunto, sem pressão de tempo como costuma ocorrer nas salas de conciliação em que existe uma fila de processos aguardando e as audiências devem ser breves.

Além disso, a construção de uma solução envolve não apenas um mediador, mas profissionais de inúmeras áreas que, juntos, devem contribuir para auxiliar as partes na busca de uma solução positiva em seu caso. A mediação pode, portanto, durar meses e demandar várias sessões.

Como se percebe, a mediação não é um instrumento para promover celeridade processual. Trata-se, portanto, de uma visão deturpada do instituto que massifica os conflitos e em nada se parece com a realidade de um Estado Democrático.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: esencia y trascendencia**. México: Editorial Porrúa, 2007

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000. 2v.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/en.php>> Acesso em 26 jan 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro**. V.11 n.11, 2013. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18068>> Acesso em 26 jan 2016

PINHO, Humberto Dalla Berbardina de., PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. **Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. XI, n.11, 2013. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18068/13322>> Acesso em 26 jan 2016

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de., ALVES, Tatiana Machado. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil: A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa**. Disponível em <[https://www.academia.edu/16597269/NOVOS\\_DESAFIOS\\_DA\\_MEDIAÇÃO\\_JUDICIAL\\_NO\\_BRASIL\\_A\\_PRESERVAÇÃO\\_DAS\\_GARANTIAS\\_CONSTITUCIONAIS\\_E\\_A\\_IMPLANTAÇÃO\\_DA\\_ADVOCACIA\\_COLABORATIVA](https://www.academia.edu/16597269/NOVOS_DESAFIOS_DA_MEDIAÇÃO_JUDICIAL_NO_BRASIL_A_PRESERVAÇÃO_DAS_GARANTIAS_CONSTITUCIONAIS_E_A_IMPLANTAÇÃO_DA_ADVOCACIA_COLABORATIVA)> Acesso em 27 jan. 2016.

SALLES, Carlos A. **Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada.** In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa (Org.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, 2006, p. 779-792.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O tempo do processo e o tempo da mediação.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. III. .8 v.8, 2011. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20823/15101>> Acesso em 26 jan 2016.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador,** v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.