



Rafael Pereira: Mediação e arbitragem como garantia constitucional

Até meados de 1945, imperava na Europa o modelo de supremacia do Poder Legislativo sobre os demais Poderes, semelhante ao modelo inglês em que se configura pela soberania do parlamento. No entanto, ao final da década de 40, surge então não apenas novas constituições, mas, ainda, um púbere modelo criado com base na experiência ianque de superioridade constitucional. Esse modelo trazia em seu bojo a constitucionalização dos direitos fundamentais, blindados contra os possíveis atos do modelo político vigente, transferindo a sua proteção ao Poder Judiciário, este assumindo, de certa forma, um papel heroico redentor (Barroso, 2011, p.263).

No Brasil, verifica-se atualmente que a constituição contemporânea, após esse período de reconstitucionalização, não se limitou a um simples documento escrito, suas características essenciais vão além de normas positivas, a qual organiza a sociedade em sua forma política estatal de um modo geral, principalmente no que se refere à tripartição dos poderes, o *modus operandi* de atuação do poder político no Estado, os direitos e garantias fundamentais, dentre outros pontos relevantes e organizacionais e supraconstitucionais de direitos humanos.

Desse modo, se analisarmos o Poder Judiciário sob a ótica político-ideológica e com base nas premissas de separação dos poderes, tornar-se possível observar, *a priori*, que a função típica do judiciário, especificamente na pessoa do magistrado, se refere à aplicação da lei, sendo sua função atípica a atuação legislativa. Ou seja, seu papel base funcional se restringe a uma atuação provocada, salvo os casos que se reportem às matérias de ordem pública, ou seja, se configuram como meros aplicadores das leis e solucionadores dos conflitos judiciais.

Ademais, tem-se que a missão do judiciário nos litígios que envolvem a Administração Pública se restringe à solução dos litígios de forma subsidiária, ou seja, o julgador deverá agir somente quando for necessário sua atuação no controle e reparação de ilegalidades, do contrário, incorreria em clara interferência e desequilíbrio nos Poderes constituídos, tendo em vista que a Administração Pública possui independência na elaboração, exclusão e manutenção de seus atos.

No entanto, surge então nos últimos anos uma corrente tendência à judicialização do direito, fenômeno que posiciona o judiciário como poder máximo do Estado e mediador de conflitos públicos e privados, personificando também o Judiciário como árbitro dos conflitos entre os próprios Poderes Federativos, quais sejam, o Legislativo, Executivo e Judiciário, o que justifica, atualmente, dentre outros fatores, o aumento desmedido das demandas judiciais nos Tribunais e a morosidade no Poder Judiciário na solução dos conflitos.

Dessa maneira, essas e outras características vão adquirindo habitualidade e formato concreto, contraindo formas típicas de atuações do Estado, e gerando, como resultado, diversas consequências positivas e negativas, com um único objetivo fim, garantir a supremacia constitucional e garantir a eficácia máxima às normas contidas na CRFB/1988.

Assim, tais tendências do constitucionalismo pós-positivista, reforçam a existência de um novo movimento constitucional, ou ao menos, uma derivação do próprio constitucionalismo pós segunda

guerra, conforme entendimento majoritário da doutrina contemporânea, denominado atualmente como *neoconstitucionalismo*, já para outros, não se trata de um novo movimento, mas sim, de instrumentos alternativos de reparação e de combate à própria ineficácia Estatal no cumprimento e execução das normas constitucionais.

Ocorre que, há hoje no Brasil um aumento significativo do número de processos judiciais pendentes de julgamento nos Tribunais pátrios. Isso porque, com o avanço tecnológico, o aumento populacional, o acesso à informação, o dever do Estado em promover a justiça e orquestrar a solução de conflitos, possibilitaram que a população obtivesse conhecimento de seus direitos e passassem a buscar formas legítimas de alcançar tais pretensões, seja mediante advogado particular, seja por meio da Defensoria Pública.

Entretanto, atualmente, em oposição ao que leciona os princípios constitucionais de “acesso à justiça” e “razoável duração do processo”, tais demandas hoje no Brasil terminam por se perpetuarem durante meses, anos e até décadas, encaixotados nas varas judiciárias dos Tribunais, sem qualquer análise ou decisões por parte do Magistrado, não por negligência ou ineficiência dos magistrados, mas por ser humanamente impossível, sozinho, decidir todas as demandas, em um tempo razoável sem o apoio e contratação de pessoal e apoio técnico específico em larga escala.

E assim, nesse contexto, passa a existir no cenário jurídico, a exemplo do artigo 3º, parágrafos 1º, 2º, 3º do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), e também da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), a necessidade de introduzir ao ordenamento jurídico brasileiro meios alternativos para resolução de conflitos, exemplo da conciliação, mediação e arbitragem, resgatando à sociedade os direitos estatuídos na Carta Magna de prestação jurisdicional em um tempo justo e razoável, a propósito:

Lei 13.105/2015

[...]

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...]

Lei 13.140/2015

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.[...]

Repisa-se, neste ponto, de acordo com o próprio texto acima supracitado que não se trata de uma negativa de prestação jurisdicional do Estado ou excusa do judiciário em cumprir com o devido processo legal, ao contrário, o impulso oficial se mantém na espécie, uma vez que tais procedimentos, na via



judicial, serão promovidos tanto na fase cognitiva quanto em todo o curso do processo judicial.

Sobre o tema, conforme leciona o jurista Rodrigues Júnior, este define mediação da seguinte maneira:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo. (Rodrigues Júnior, 2007, p. 50).

Já sobre as vantagens de utilização do método da arbitragem, tem-se nas palavras do jurista Asdrubal Nascimento Lima Júnior, a propósito:

Uma das características mais estimulantes da escolha da arbitragem pelas partes para a resolução de uma controvérsia é, sem dúvida, a celeridade do procedimento com a breve resolução do conflito.

É um dos elementos disponibilizados na lei para que se imprima a segurança de que o procedimento será mesmo célere, é autorizar as partes fixarem em qual prazo deve ser proferida a sentença arbitral (art. 23 da Lei de arbitragem), permitindo saber desde logo, quando começa e quando terminará o procedimento de arbitragem, trazendo as benesses de um cronograma e de um planejamento, característica muito valorizada no mundo dos negócios.

Assim, é patente que os métodos inovadores alternativos a serem aplicados no novo Código de Processo Civil projetarão ao ordenamento jurídico uma evidente celeridade na solução das controvérsias e, conseqüentemente, aproximará o cidadão do Poder Judiciário, restabelecido a confiança e segurança jurídica que se espera de tal Poder instituído.

Ora, isso não quer dizer que a aplicabilidade de tais medidas alternativas de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) ficarão adstritas ao âmbito judicial, mas também será estendida aos litígios extrajudiciais e administrativos, sendo tais medidas um meio mais ágil e pacífico de solução de conflitos, tendo por fundamento a promoção do diálogo entre as partes e o célere desenvolvimento e conclusão da controvérsia.

Para muitos juristas, tal inovação normativa, sob uma visão pessimista, limita-se a uma medida emergencial encontrada pelo Estado para reduzir a sua responsabilidade quanto ao cumprimento das normas constitucionais de prestação jurisdicional e demais princípios adjacentes.



E assim, termina por descaracterizar o regramento processual atual para eximir-se de utilizar a máquina estatal na solução de problemas particulares e sem qualquer repercussão jurídica, ou seja, ao mesmo tempo em que priva os cidadãos de acessarem as portas do judiciário, termina por reduzir investimentos quanto à necessidade de contratação de pessoal e investimentos no serviço judicial público.

Contudo, em oposição do entendimento acima exposto, bem como em observância às novas bases do universo jurídico contemporâneo, atentos à própria força atual ao Direitos Humanos que garante e protege os indivíduos e grupos contra atos que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana, temos que tais medidas alternativas terminam por alcançar e aproximar a sociedade do Poder Judiciário, garantindo um julgamento mais justo e digno e com um limite temporal razoável, em evidente efetividade às normas previstas na CRFB/1988 e à própria democracia.

Aliás, é de conhecimento público, ainda acerca da prestação jurisdicional, que fora durante a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que especificamente no artigo 6º.I expressa que todo ser humano tem o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável, tendo até mesmo como consequência, a reprovação e condenação dos Estados signatários a reparar os prejudicados pela tardança demasiada na prestação jurisdicional.

Além do mais, é possível observar no texto normativo do Pacto de São José da Costa Rica, na qual o Brasil é signatário, principalmente no que se refere aos termos do artigo 8º.I, a previsão legal de que todo e qualquer indivíduo possui a garantia fundamental da devida prestação jurisdicional condenando assim a morosidade morosidade indevida.

Ou seja, o Brasil implantou, em seu conteúdo máximo o princípio da garantia e razoável duração do processo, demonstrando sua clara preocupação em evitar que houvesse no cenário jurídico uma morosidade no regular andamento dos processos e precária movimentação e atuação do Poder Judiciário no país.

A propósito, nas palavras da ilustre doutrinadora Flávia Piovesan, esta entende que “se no Estado Democrático de Direito é o Judiciário que, enquanto poder desarmado, tem a última palavra, faz-se imperativa a busca por uma Justiça mais acessível, independente, efetiva e democrática, que exerça sua jurisdição inspirada na proteção dos direitos humanos”.

Dessa forma, tais medidas alternativas de resolução de conflitos trazem ao ordenamento jurídico uma efetividade das normas constitucionais e supraconstitucionais e segurança jurídica ao modelo constitucional atual, uma vez que amparam os cidadãos contra a própria morosidade da justiça e ineficiência estatal na solução dos conflitos, tendo em vista que, há muitos anos, vem sendo esta a causa da ampliação do abismo existente entre o judiciário e os cidadãos, que ao mesmo tempo em que os silencia, afasta-os do exercício e cumprimento dos direitos humanos, totalmente privados de acessar à própria justiça.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e



a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo, Saraiva 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm]. Acesso em 30/06/2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm]. Acesso em 25/06/2015.

LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento de. Manual de Arbitragem para Advogados – Sentença Arbitral. Colégio de Presidentes das Comissões de Mediação e Arbitragem das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil e Entidades Nacionais – Coprema. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

PIOVESAN, FLÁVIA. Entrevista disponível em: [<http://oglobo.globo.com/opiniao/aceso-justica-14257573#ixzz3g9j490Gr>]. Acesso em: 25/06/2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Date Created

16/09/2015