

A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA DE DEMOCRACIA NO JUDICIÁRIO

THE MEDIATION AS ALTERNATIVE FOR DEMOCRACY IN JUDICIARY

Ana Paula Maria Araújo Gomes¹

José Ivan Calou de Araújo e Sá²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo conhecer a interface entre o Judiciário e a Democracia. Buscou-se uma percepção de cada instituto, como o conceito, as características e o seu desenvolvimento na sociedade brasileira. Foi utilizado como metodologia a pesquisa documental e bibliográfica. Observa-se tanto a necessidade da população participar ativamente nas tomadas de decisões públicas, quanto uma primordial transformação do Judiciário, onde esse Poder prime por desenvolver um exercício mais democrático em suas funções. Para alcançar esse intento sugere-se a Mediação como uma alternativa de solução a essa instituição, por apresentar preceitos democráticos em seu sistema de decisão e fornecer as partes o empoderamento de suas vidas.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia; Judiciário; Mediação.

ABSTRACT

This article aims to evaluate the interface between the judiciary and democracy. We sought a perception of each institute, as the concept, characteristics and their development in Brazilian society. Documentary and bibliographic research was used as a methodology. We observe both the need of the population to actively participate in public decision-making, as a major transformation of the judiciary, where this prime power for developing a more democratic exercise in its functions. To achieve this purpose it is suggested mediation as an alternative solution to this institution by presenting democratic principles in their decision-making system and parties the provide empowerment in their lives.

KEY-WORDS: Democracy; Judiciary; Mediation

¹ Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Público, Professora da Faculdade Católica Rainha do Sertão- FCRS em Quixadá/CE

² Especialista em Direito e Processo Tributário, Professor da Faculdade Católica Rainha do Sertão- FCRS em Quixadá/CE

INTRODUÇÃO

No Brasil vivencia-se um Estado Democrático de Direito, onde ocorre tanto uma participação indireta da comunidade através dos seus representantes votados regularmente por um processo eleitoral quanto por uma atuação direta, por exemplo o orçamento participativo. Nesse sistema quem é o detentor do poder é a população. Entretanto, ao analisar essa soberania popular, questiona-se o que seja democracia, quais suas características, ela estaria presente inclusive na função Judiciária?

Para tanto, foi necessário explorar rapidamente o que seja democracia e suas manifestações em períodos distintos da história. Atenas foi a cidade escolhida para uma breve análise por desenvolver a participação direta dos cidadãos nas tomadas de decisões para a cidade, eles refletiam acerca do coletivo e atuavam nas funções do Estado, seja legislativa ou judiciária. Contudo, não exerceu amplamente os preceitos democráticos, pois as participações dessas decisões eram limitadas aos cidadãos, aos homens atenienses.

Paulatinamente, notou-se uma mudança no regime democrático das nações, de uma atuação direta para uma indireta, dos valores a serem observados, tutelados pelos representantes da população.

Numa sociedade democrática, verifica-se a atuação do Estado pelas funções executiva, legislativa e judiciária. Essa última foi objeto de análise no presente ensaio, examinou-se como o Judiciário deliberou no Brasil em alguns períodos da história, atentando-se pela ampliação dos seus poderes quando alcançou independência e autonomia.

Para a realização do presente trabalho aplicou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, por meio da técnica de pesquisa indireta, como consulta a livros, periódicos e legislação vigente.

Em consonância com o exposto, o presente estudo buscará realizar uma análise da intercessão entre Democracia e Judiciário, verificando se é possível existir preceitos democráticos nesse Poder. Para responder a esse questionamento, debruçou-se um olhar na mediação como uma alternativa de atividade democrática no Judiciário e verificando se o mediador auxiliaria nessa construção de empoderamento na vida dos litigantes durante o processo.

1. BREVES COMENTÁRIOS À DEMOCRACIA

A Democracia³ é um regime de governo onde o povo detém o poder para deliberar acerca dos problemas sociais, das políticas públicas a serem concretizadas, da efetivação de direitos e deveres, tem suas práticas operacionalizadas através das decisões da sociedade acerca de assuntos coletivos, por exemplo: o orçamento participativo, as votações, as fiscalizações sobre as funções Executiva, Legislativa e Judiciária, as manifestações populares, como o recente movimento dos “anonymous”, dentre outros.

O berço da Democracia remonta ao período da Grécia Antiga, dentre suas cidades, Atenas destaca-se em virtude da participação direta dos cidadãos nos assuntos de interesse geral e coletivo da comunidade. As decisões ocorriam por meio de Assembleias, eram múltiplos os assuntos tratados, envolviam questões administrativa, legislativa e judiciária, nesse último, a condenação ou a absolvição dos crimes aconteciam por meio de votação dos jurados.

Era intensa a participação política, o cidadão tomava posse dos assuntos da sociedade, visualiza-se o Público sobrepondo ao Privado. No dizer de David Held (1985, p. 16 e 17):

Formalmente, os cidadãos não enfrentavam qualquer obstáculo ao envolvimento nos assuntos públicos com base em posição ou riqueza. O *demos* tinha poder soberano, ou seja, a autoridade suprema, para se envolver em funções legislativas e judiciárias. O conceito ateniense de “cidadania” implicava tomar parte nestas funções, participando diretamente dos assuntos do estado. Como diz Péricles: “não dizemos que um homem que não tem interesse na política é um homem que cuida de seus próprios afazeres: dizemos que ele não tem quaisquer afazeres aqui” A democracia ateniense foi marcada por um compromisso geral com o princípio da virtude cívica: dedicação à cidade-estado republicana e subordinação da vida privada aos assuntos públicos e ao bem comum(...) O princípio do governo era o princípio de uma forma de vida: a participação direta. (...) A lei do estado era a lei dos cidadãos. Perante a lei, todos eram iguais e, daí, como colocado por Péricles, “mantemos a lei”.

Os atenienses respiravam política, a legislação a ser seguida era discutida por todos, principalmente nos logradouros públicos como nas praças e nas Assembleias. Exercer a cidadania significava participar ativamente das decisões que afetavam a comunidade, refletia-se acerca da cidade como um todo, o importante era o público.

³ Nelson Saldanha (2003, p. 132) explica que ao tratar de democracia deverá ter como ponto central o povo, a uma maioria: “Mas a época democrática envolve centralmente a referência ao povo: o *demos* grego que deu origem ao termo democracia (...) Um ponto digno de nota é o fato de que a democracia, caracterizada desde o mundo antigo dentro de classificações fundadas sobre o critério numérico, sempre aparece como um tipo de governo onde prevalece o número: o grande número. Governo da maioria, ou “de todos”, correlato de um quantitativismo [...]”

Apesar de ser uma democracia direta, não era toda a sociedade que participava do governo, mas, somente os cidadãos. Suprimiam dos debates e votações os escravos, que ultrapassavam o número de homens livres, as mulheres, por serem consideradas inferiores, e os metecos, que eram os estrangeiros domiciliados em Atenas. Foram reputados como cidadãos apenas os homens atenienses com idade legal de dezoito anos, a esses eram concedidos o exercício da política da Cidade-Estado, o desempenho nas funções de governadores, tesoureiros, arcontes, conselheiros, comissários de polícia, dentre outros. A Constituição ateniense representa a integração e o compartilhamento dos cidadãos na organização, na execução e no funcionamento da própria Cidade, atuando nos poderes públicos, seja no deliberativo ou no judiciário (GOYARD-FABRE, 2003).

Nota-se uma participação ativa e direta dos atenienses nesse Regime de Governo, eles discutiam e votavam para implementar uma lei, para determinar ações a serem realizadas por todos e nos julgamentos de crimes⁴, demonstrando uma atividade intensa dos cidadãos. Entretanto, esses exercícios deliberativos eram restritos ao pequeno grupo, apenas a categoria dos homens nacionais daquela região podiam opinar e atuar no centro das decisões. Verificava-se uma democracia limitada, pois uma parcela da população decidia por toda a sociedade.

Com o cristianismo, ocorre uma redefinição no cenário das discussões políticas, a democracia deixa de ser o centro das preocupações de ética no mundo, os debates passam para a esfera privada, o homem é o agente captador da normatividade teológica transmitida por Deus. Na modernidade, com a burguesia e o capitalismo, enraíza-se o individualismo, esse novo critério domina as outras instâncias da normatividade social. (ALBUQUERQUE e AGUIAR)

O individualismo, o homem no centro do mundo, das decisões, passa a destacar-se, o Estado é visto por alguns estudiosos sob um caráter privatista.

⁴ Sobre o julgamento dos crimes M.I. Finley (1988, p. 133-134) alerta sobre a falta de profissionalismo nas decisões: “É também necessário atentar para o sistema jurídico ateniense, que não era idealizado como um braço independente do governo, mas como o povo atuando em uma função distinta da legislativa, e, portanto, através de órgãos diferentes, porém comparáveis; aquilo que, de acordo com a convenção, mas de forma bastante incorreta, chamamos de “júris” (...). Os procedimentos os tribunais careciam essencialmente de profissionalismo, ou seja, embora houvesse normas a seguir, bem como leis explícitas, a autoridade suprema no tribunal era um dos magistrados do Estado, cumprindo mandato anual e escolhido por sorteio. As partes deviam expor seu próprio caso, o que era sempre feito verbalmente- sendo que mesmo algum documento apresentado como prova era apenas lido em voz alta. Apesar disso, podia ser contratada a ajuda de defensores experimentados para a preparação do caso. O júri, por sua vez, chegava ao veredicto à vista de todos, sem discussão. O procedimento era basicamente o mesmo nos casos públicos e privados (...) Era dever de qualquer cidadão que optasse por assumir essa responsabilidade e que, então, conduzia a acusação exatamente como se estivesse entrando com uma ação particular em virtude de alguma violação de contrato.”

Rousseau destaca-se por publicizar o privado, isto é, fornece um caráter público ao contrato social desempenhado pelo Estado. Haverá um contrato legítimo quando este instrumento prevê uma vontade geral, há como fundamento o interesse comum, expressando a soberania popular. Essa aspiração não significa a soma de interesses particulares, mas sim a do coletivo. Sua posição democrática é apresentada ao afirmar que uma comunidade só é legítima se edificada sobre a soberania popular. Para ele, uma sociedade mercantil, apesar de não apresentar-se como capitalista, contribui para o fortalecimento dos interesses privados, considerando, inclusive, a existência de associações particulares como prejudiciais a sociedade, uma vez que ao estabelecerem seus objetivos, estarão imersos não no coletivo e sim em seus propósitos individuais (COUTINHO, 1996).

Rousseau colabora com a democracia, constatando que uma sociedade só é autêntica se o interesse público preponderar sobre o privado, deverá ser considerado soberano o coletivo e não o individual, para isso é necessário fortalecer o grupo social.

Na modernidade, a tradição de uma democracia representativa domina as nações, elegem-se representantes para decidirem pelo todo. Esse cenário continua na contemporaneidade, entretanto, há uma crescente prática de muitos brasileiros discutirem sobre o tema democracia apenas nos períodos eleitorais. Analisa-se as ações promovidas por seus representantes, verificam-se as que promoveram bons resultados sociais, as que trouxeram malefícios e as que tiveram uma execução inadequada, com omissões. Há a possibilidade de debaterem acerca das necessidades sociais, como saúde, educação, moradia, cultura, saneamento; e de quais os serviços ou atos são pertinentes de serem concretizados pelos próximos candidatos eleitos.

Na reflexão de Norberto Bobbio (2000) a democracia atual apresenta como regra a representatividade, excepcionalmente há uma complementação direta, o detentor da soberania não é o povo e sim todos os cidadãos, o ser humano é o alicerce da análise das decisões coletivas, as escolhas de determinados grupos são observadas através das preferências do indivíduo. Há como base na sociedade o pacto de não-agressão do unitário sobre o coletivo e o dever de sujeitar-se às decisões coletivas, garantidas por um poder comum, o Estado. Por fim, no regime democrático, a publicidade deverá pautar as tomadas de decisões do governo, havendo possibilidade de sigilo quando o interesse a ser tutelado tem previsão constitucional de ser mantido em segredo. A máxima da transparência nos poderes públicos deve-se como um recurso a população para fiscalizar e controlar os atos públicos.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição cidadã, representou uma conquista da sociedade, pois as constituições anteriores não apresentaram, de forma múltipla, um elenco de direitos a garantir o mínimo necessário para efetivar um bem estar social, para tutelar direitos fundamentais ao ser humano, bem como por incluir como fundamentos: a soberania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político; elementos imprescindíveis para uma sociedade democrática.

José Murilo de Carvalho (2001) atesta que a Constituição de 1988 apresenta como eixo central de proteção os direitos dos cidadãos. Ela propiciou aos analfabetos a possibilidade de votar, confirmou a universalidade do voto, promoveu a extinção da fidelidade partidária, cujo o deputado ou o senador não é mais compelido a continuar no partido sob pena de perder o mandato. Quanto as participações populares, destaca o Movimento dos Sem Terra (MST), por ser um grupo que contribuiu intensamente para as práticas democráticas ao valer-se do direito a organização e adentrar nas discussões políticas, pressionando o governo para deliberar quanto aos problemas agrários. Uma outra participação que merece destaque foi o movimento realizado pela população para pedir o impeachment do presidente Collor de Melo, essa ação provocou no Congresso Nacional a abertura do processo de impedimento, o qual teve como desfecho o afastamento do chefe do Executivo.

Por esses breves comentários acerca da Democracia, nota-se que ela propicia uma participação popular de forma direta ou indireta, através dos seus representantes, entretanto o viver democrático não foi exercido plenamente, Atenas conhecida mundialmente no cenário democrático por ter exercido a participação direta dos seus cidadãos em tempos pretéritos, não foi uma vivência integral na política, pois apenas os homens nativos da região tinham direito a manifestação, era um pequeno grupo deliberando acerca de problemas de toda a sociedade. Já no sistema da representatividade, segue o mesmo parâmetro, algumas pessoas decidem sobre o coletivo, entretanto, nota-se uma prevalência de interesses privados, de defesa de categorias e não de todos os problemas sociais englobando tanto o direito da maioria quanto o das minorias.

É fácil notar o exercício desse poder nas funções Executiva e Legislativa, mas e o Judiciário, será que em suas deliberações ele age democraticamente, ou antidemocraticamente?

2. O JUDICIÁRIO E SUAS DELIBERAÇÕES.

O Judiciário apresenta como funções típicas julgar, solucionar os conflitos de natureza resistida levados ao seu conhecimento e o ato de homologação aos interesses comum. O alcance e a efetividade de suas decisões é, atualmente, tema que comporta grande polêmica, debatido pelos juristas, principalmente, quando o assunto é o ativismo judicial.

Ao estudar o Judiciário, é imprescindível uma breve digressão acerca de alguns importantes marcos da história brasileira.

No período imperial, os juízes de direito eram designados pelo imperador, possuíam como garantia constitucional a vitaliciedade. O chefe da polícia desempenhava o comando da jurisdição criminal na província, assumia funções judiciais, era hierarquicamente superior aos juízes de direito e aos juízes municipais, determinava-lhes a realização de investigações, a instauração de processos e monitorava todas as atividades. Aos magistrados cabia o julgamento dos casos particulares, realizavam a interpretação literal da lei, não podiam afastar-se dessa prática, se agissem diversamente, estariam exercendo as funções do Poder Legislativo. Isso significa que na hipótese de uma lacuna na lei, o litígio não era julgado, entretanto, paradoxalmente, se o juiz não julgasse poderia ser responsabilizado (KOERNER, 1998).

Identifica-se um severo contrassenso, o magistrado tinha o dever de proferir o julgamento, cumprindo as previsões constantes na lei, entretanto caso não existisse uma previsão legal para resolver um litígio, onde seu julgamento estaria amparado? Não seria na equidade, e sim em alguma lei que fundamentasse seu julgamento, era a alternativa para não sofrer uma responsabilização pelo não veredicto.

Com a República, duas justiças passam a existir: a federal e a local, essa estruturada pelo Estado e aquela pela União. A proporção que são criadas garantias aos magistrados há uma progressão rumo a independência do poder judiciário, cessa a obrigação de subordinação aos governantes, como ocorria no período anterior, bem como há uma diminuição do vínculo existente entre os juízes temporários e os coronéis (LEAL, 1949).

Nesse período houve uma redefinição do papel do Judiciário, passaram a averiguar os atos do Poder Executivo, a constitucionalidade das leis, houve um reexame entre os limites das querelas de direito público e de direito privado. Nesse novo cenário, muitos juízes do Império são removidos ou afastados, retiraram a promoção aos postos superiores pelo critério de antiguidade. E assim tem-se a criação do Supremo Tribunal Federal, seguindo um modelo

inspirado na Suprema Corte norte-americana, seus ministros são nomeados dentre os bacharéis de direito, elegíveis para o Senado Federal, entre aqueles que possuíam relevante saber e respeitabilidade (KOERNER, 1999).

Na sociedade contemporânea, o Judiciário apresentou mudanças estruturais significativas, alcançou independência, seus julgados não estão subordinados as ordens do Legislativo e do Executivo, aos magistrados são reconhecidas garantias constitucionais⁵, uma maneira de assegurar decisões justas, imparciais e legítimas. As sentenças não mais permanecem adstritas a literalidade da lei, há os princípios, os costumes e a equidade para fundamentá-las, houve uma ruptura com o padrão tradicional.

O Poder Judiciário interfere diretamente na vida dos indivíduos, dos grupos sociais, dos partidos políticos, das políticas públicas e dos atos referente as funções Executiva e Legislativa. Há uma mudança de padrão, antes era limitado pelos outros Poderes, agora é o próprio Judiciário que interfere, por meio de suas decisões, sobre os outros Entes Públicos.

Nessa atmosfera, surge o ativismo judicial.

O ativismo judicial é comumente conceituado como uma forma de atuação ampla do Poder Judiciário, propondo em suas decisões uma concretização de valores constitucionais. Nessa prática há uma interferência sobre o Legislativo e o Executivo, por propor em sua maioria, práticas positivas. O juiz ultrapassa o âmbito do direito e ingressa no campo da política, sob a justificativa da omissão ou da não efetividade das outras funções estatais.

Cumprido desde já traçar uma distinção entre o ativismo e a judicialização, esta ocorre quando já existe previsão constitucional que ampara determinada matéria, ao Judiciário caberá apenas decidir sobre o problema levado ao seu conhecimento, o titular disporá do direito subjetivo de exigir a concretização da norma. Já o ativismo, não há previsão expressa, o juiz interpreta a Constituição, amplia o seu sentido, busca a efetivação de um ato, e assim, muitas vezes “interfere” nos outros Poderes. Um dos temas que sofre essa maior interferência são as políticas públicas. O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, prática da qual o Judiciário busca minimizar sua interferência nas ações dos outros Poderes. Assim o magistrado evitará impor diretamente a Constituição em ocorrências que não estejam no seu

⁵A Constituição Federal de 1988 garante direitos aos juízes, uma maneira de promover a independência nos julgados. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I

âmbito de incidência expressa, esperando a manifestação do Congresso Nacional. No que diz respeito as declarações de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos são utilizados fundamentos rígidos e conservadores, bem como nas políticas públicas evita-se uma interferência nos seus delineamentos (BARROSO⁶)

Em virtude da autonomia experimentada, da liberdade dos julgamentos, identifica-se uma ampliação dessa capacidade de julgar. Entretanto, ao exercer o ativismo ou a judicialização, não deveria ser negligenciada a importância de existir nos Tribunais um apoio técnico especializado de outros profissionais, por exemplo, profissionais da saúde, das ciências exatas, tecnológicas, humanas, isto é, uma equipe multidisciplinar para em caso de dúvida possa o magistrado buscar a esses especialistas e proferir sentenças mais equânimes.

Quando não existir norma expressa que regule determinada matéria e haja princípios em colisão, não poderá ser tolerado o aniquilamento de um em benefício do outro, mas sim, um juízo de valor, verificar-se-á quais os bens jurídicos que necessitam de proteção, quais são imprescindíveis de concretização, quais podem ser tutelados parcialmente, após o exame de necessidade, ponderação e proporcionalidade elege-se o bem jurídico a ser assegurado.

O magistrado em suas decisões deverá ser cauteloso, utilizando o tempo suficiente para manifestar-se, adotando como critérios de fundamentação os princípios constitucionais, acaso eles colidam, ao sopesá-los não poderá afastar-se das determinações constitucionais, assim esse ato jurídico será o mais justo, principalmente quando não houver normas que regulem o litígio em questão (PAGANELLI, 2011).

Na interação entre as funções Legislativa, Executiva e Judiciária há uma busca pela efetivação das previsões constitucionais, principalmente, quando os assuntos são os avanços conquistados pela sociedade, a efetivação e a promoção dos direitos fundamentais, surge a noção do dever de progressividade, em que o Poder Público em suas deliberações objetivará uma constante promoção e desenvolvimento para a sociedade, atendendo as suas necessidades, haja vista o dinamismo da sociedade.

Há também a proibição do retrocesso, isto é, não poderá as deliberações cessarem ou diminuir direitos já alcançados pela coletividade, nessa seara estão os direitos sociais, econômicos e culturais. O Judiciário em suas decisões não poderá tolerar a mitigação de

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 07 novembro 2013.

valores fundamentais, pelo contrário, deverá sanar o retrocesso oriundo de outras funções Estatais.

Quanto a essa matéria de proibição do retrocesso, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 409 e 410) correlaciona-o como base para uma existência digna:

[...] é necessário vincular o dever de desenvolvimento sustentável e a obrigação de uma progressiva realização (tutela e promoção) dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais à concepção de um constitucionalismo dirigente possível, já que somente neste contexto, como já frisado ao longo do texto, faz sentido insistir com uma proibição de retrocesso nesta seara (...) entre dever de progressividade e proibição de retrocesso se estabelece uma conexão dinâmica e dialógica, visto que se a proibição de retrocesso, em primeira linha, serve de instrumento para a proteção dos níveis de proteção social atingidos, atuando nesta perspectiva, como uma garantia para o “entrincheiramento” também é certo que da proibição de retrocesso decorrem efeitos de caráter prospectivo, já que tais posições sociais passam a ser blindadas com vistas a manutenção para o futuro, assegurando uma perspectiva concreta em termos de garantia jurídico-constitucional das bases para uma existência digna, assim como se sabe que também medidas de efeito prospectivo podem afetar e mesmo suprimir conquistas sociais e violar o núcleo essencial dos direitos sociais.

Com base nessa proibição do retrocesso, de não suprimir direitos já conquistados pela sociedade, questiona-se a possibilidade do Judiciário determinar atos que gerem efeitos de regresso, seja no âmbito dos direitos sociais, políticos, ambientais ou culturais, e caso assim o aja, poderia existir alguma Responsabilização para esse Poder?

Para tratar da Responsabilidade do Judiciário é importante constatar o dever do juiz de prestar contas, de exercer a função pública de julgar e para tanto, nosso sistema jurídico confere a essa última a independência e imunidades necessárias para o seu pleno exercício.

Agora, importante questão seria a de compreender as possíveis limitações à essa imunidade. Afinal, se todos os seus atos são válidos, se o julgar não possui qualquer restrição, estaríamos revivendo o período Absolutista em que o Estado na figura do Rei, como fonte de direito encontrava-se acima dos erros, “*the king can do no wrong*”. Atos dessa natureza de isenção de responsabilidade não mais persiste ou não é para subsistir.

Nesse sentido, oportuno enaltecer que Mauro Cappelletti (1989) enumera quatro tipos de responsabilidade: a política, a social, a jurídica do Estado e a jurídica do juiz.

A responsabilidade política, assume dois fundamentos, o primeiro relaciona-se com os órgãos políticos, Legislativo e Executivo, cuja a responsabilidade é apurada por procedimentos não jurisdicionais, já o segundo refere-se a violação de deveres de natureza privada, apreciada por critérios políticos. O Autor também alerta que haverá responsabilidade com contornos políticos na possibilidade de violação à Constituição quando o dever jurídico violado possui uma natureza política, mas sofrerá sanções constitucionais. Por exemplo, na

Inglaterra os juízes das cortes superiores podem ser removidos do seu mister por iniciativa da Coroa, nos Estados Unidos há *impeachment* de juízes federais.

A responsabilidade social envolve o dever de prestar contas a organismos, grupos sociais ou ao público em geral. Na responsabilidade jurídica do Estado há a violação do direito, em que o cidadão, seja parte do processo ou um terceiro, sofre um prejuízo em virtude de um ato do juiz, assim, o prejudicado buscará ressarcimento em face do Estado, que posteriormente, averiguará a responsabilidade do servidor. Trata-se não apenas de uma maneira de proteger a independência funcional e de sanar os danos sofridos pelas vítimas, mas também uma medida objetiva para amparar ao magistrado contra possíveis ações constrangedoras por parte dos litigantes descontentes.

Por fim, oportuno enaltecer também a existência de uma responsabilidade jurídica direcionada ao juiz. Essa experimenta distintos desdobramentos, como na seara criminal, quando o juiz comete um delito no exercício de suas funções, na civil, que possui natureza privada, onde o Estado após indenizar a vítima por um comportamento lesivo do juiz ingressa regressivamente em face dele e, por fim, na disciplinar, de caráter público, que se manifesta quando o magistrado, quanto funcionário público, não cumprir com seus deveres perante o Estado e a sociedade, caso em que poderá sofrer sanções disciplinares, como a censura, a aposentadoria forçada e a remoção.

3 . A DEMOCRACIA E O JUDICIÁRIO

Ao relacionar o judiciário e a democracia alguns questionamentos surgem, como a possibilidade das práticas dessa função gerarem efeitos políticos e se atos democráticos podem existir nessa atividade jurisdicional.

Em virtude da participação intensa dessa função Judiciária sobre o Executivo e o Legislativo, algumas decisões poderão propiciar efeitos políticos⁷, gerando obrigações. Há argumentos favoráveis sobre essa atuação, onde o Judiciário não age de ofício e sim mediante provocação, uma vez que os outros Poderes omitem-se na efetivação de direitos, como acontece com os direitos sociais. Ao Judiciário caberá suprimir a essa lacuna.

⁷ Para Felipe Braga Albuquerque (2013, p.95) uma decisão é política: “se afetar o Legislativo ou o Executivo e não um particular, salvo quando corrigir uma ofensa à constituição (como é o caso de aplicação direito dos direitos fundamentais às ações privadas), que é uma norma com influxo político.

Há quem assegure ser legítima essa atuação por garantir ao indivíduo o mínimo existencial, entretanto, não poderá substituir aos demais poderes e a suas funções democráticas⁸.

Alguns problemas ocorrem e necessitam ser demonstrados. Um deles é o enrijecimento do Judiciário, onde nas instâncias superiores ao proferirem o julgamento, poderão proporcionar uma vinculação tanto na esfera administrativa quanto na judiciária no cumprimento da decisão, como verifica-se com os efeitos da Súmula Vinculante.

No dizer de Newton de Menezes Albuquerque (1996):

O Poder napoleônico de nosso judiciário tornou-se francamente obsoleto face as novas conflituosidades emergentes. O individualismo possessivo que baliza a atuação de nossos magistrados, incapacita-os para uma adequada administração dos conflitos sociais, que requerem uma justiça de natureza distributiva e não simplesmente comutativa, como preferem os adeptos de uma visão formalista do direito. O apego exacerbado a fórmulas normativas, a falta de criatividade no manejo dos conhecimentos técnicos, fornecidos pela dogmática, e a rígida disciplina “castrense” decorrente de um modelo verticalizado de justiça, onde grande parte de nossos juízes submetem-se servilmente às determinações “superiores”, conformam um quadro desolador das instituições judiciárias superiores.

Na interação entre o juiz e a democracia Antoine Garapon (2001) constata que o juiz poderá numa democracia adotar a posição de um terceiro incluso, sendo exigido uma responsabilidade por suas decisões perante a sociedade política. É necessário atentar-se para um novo conceito de justiça, reconsiderando as disposições institucionais como um movimento de *checks and balances* aprimorado, independente de uma suspeita sem razão a respeito do juiz.

Conceber o judiciário, como a instituição em que um terceiro imparcial representando o Estado, no caso o juiz, proferindo uma decisão com base nas provas produzidas no processo e no seu livre convencimento, tendo a possibilidade de interferir sobre as outras funções estatais, como a questão das políticas públicas, é constatar uma instituição antidemocrática e autoritária.

⁸ Rogério Gesta Leal (2007, p.93) defende a atuação de um Judiciário que respeite aos outros poderes: “Se for verdade que, ao menos em grande parte dos países de modernidade tardia e economia dependente, como o Brasil, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas revelou-se importante para assegurar o mínimo existencial configurador da dignidade da pessoa humana, é igualmente verossímil que tal comportamento não pode ser tomado como fórmula substitutiva e mesmo emancipadora dos demais poderes instituídos e de suas decisões democráticas – inclusive no plano filosófico do seu significado- eis, que precisa ser cotejado no âmbito específico da ideia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente no sistema político Ocidental.”

Uma estratégia para alcançar uma democracia no Judiciário é a prática da mediação⁹ como uma das fases processuais. Comumente quando pessoas vivenciam um conflito, buscam o Judiciário para resolvê-lo, pois é mais fácil ou cômodo ter uma terceira pessoa pondo fim ao conflito sem a necessidade de reflexão pelos envolvidos, das causas antecedentes que ocasionaram o embate.

A mediação é um meio alternativo de solução de conflitos, em que os envolvidos participam de reuniões com o mediador objetivando um acordo entre as partes, há um diálogo acerca das adversidades que geraram a(s) contenda(s). Os litigantes encontram-se numa posição horizontal, não há privilégios, nem distinções, o mediador promoverá técnicas de comunicação para que ambas as partes manifestem-se durante os encontros. O ambiente onde ocorrerá as práticas de mediação deverá assemelhar-se a uma sala de estar, para que os participantes sintam-se a vontade.

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2012, p.42) conceitua mediação como:

[...] um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo. Cabe, portanto, ao mediador, com ou sem a ajuda de comediador colaborar com os mediantes para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns.

O mediador¹⁰ é um terceiro imparcial que conduzirá os trabalhos da mediação, deverá despertar a confiança nos mediantes para que eles possam revelar as convergências e as divergências de interesse acerca do conflito. Uma das peculiaridades de quem exerce essa função é ser paciente e observar o comportamento de todos que estejam no ambiente, pois a maneira como eles agem poderá fornecer material ao profissional para desenvolver questionamentos e reflexões acerca do objeto da disputa. Ele não resolve o problema e sim auxilia as partes para que elas voluntariamente solucionem a questão.

⁹ Luiz Antunes Caetano (2002) informa que a mediação originou-se nos Estados Unidos da América na década de 1970, sua utilização foi rapidamente incorporada ao sistema legal, sendo em alguns Estados uma prática obrigatória antes do procedimento judicial. Já na Inglaterra, chegou no final da década de 70, desenvolvendo no ano de 1989 a primeira associação civil para a solução alternativa de conflitos. Na Argentina, com a Lei nº 24.573 de 1995 tornou obrigatória a sua realização numa fase anterior ao Juízo.

¹⁰ Para José Luis Bolzan de Moraes (2003, p. 87) o mediador é um terceiro que auxilia as partes a negociar: “Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa facilitar a comunicação entre os envolvidos[...]

Esse profissional da pacificação social, na concepção de Petrônio Calmon (2008, p. 121) realiza um trabalho de modelador de ideias e deverá apresentar diversas qualidades para alcançar a confiança das partes:

O mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de ideias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes. Ele se vale de técnicas especiais e com habilidade escuta as partes, as interroga, apaga o problema, cria opções e tem como alvo que as partes cheguem à sua própria solução para o conflito (autocomposição). É fundamental que o mediador não expresse sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador, característica que diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam à obtenção da autocomposição.

Para desempenhar bem seu papel, o mediador há que se apresentar com neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor.

Para Fiorelli (2008), o mediador assume o papel de uma autoridade funcional durante a mediação, ele propicia às partes o papel de autoras da solução dos seus mal-entendidos. Satisfaz-se com a pacificação entre elas e realiza a sua tarefa de maneira sistêmica, com a inclinação para a observação e a escuta ativa.

Na mediação, a comunicação é a principal ferramenta de trabalho do mediador com os sujeitos do litígio, por meio dela debate-se as oposições, analisa-se o problema, as emoções presentes nos envolvidos. Há nesses diálogos uma busca pela origem do embate, descobrem-se outras contrariedades e situações bem mais subjetivas e de um aspecto mais profundo que a apresentada inicialmente ao mediador, por exemplo, quando o conflito envolver o não pagamento da pensão alimentícia pelo pai ao filho, poderá ser constatado que o descumprimento dessa obrigação ocorre em virtude de contrariedades entre os pais da criança.

Nota-se que esse sistema apresenta como personagens principais os envolvidos na disputa, serão eles que assumirão a responsabilidade dos próprios atos. Não há um tempo pré-determinado de quantidade de sessões para a mediação, serão realizadas as que forem necessárias. O mediador participará das reuniões como um facilitador da comunicação, utilizando-se de técnicas que forneçam a ambas as partes as mesmas oportunidades de se manifestarem, de refletirem sobre elas e acerca do problema.

Não há uma rígida formalidade acerca do procedimento da mediação. Lília Maia de Moraes Sales (2010) enumera seis fases além da pré-mediação. A pré-mediação é o momento de esclarecimento da mediação, há a averiguação se o conflito poderá ser resolvido por esse meio de autocomposição, são informados às partes a necessidade de respeito mútuo, elas

serão responsáveis por todo o processo, bem como será cientificado acerca da função do mediador. A primeira etapa é a ocasião em que o mediador explicará o processo de mediação, sanando as dúvidas das partes. Na segunda etapa inicia-se o diálogo dos mediados acerca do problema, cada um deverá expor sua concepção sobre a adversidade. Na terceira etapa o mediador fará um resumo de toda a comunicação realizada, utilizando inclusive frases ditas pelos presentes. Na quarta etapa é a fase onde após ouvirem a síntese do profissional, irão novamente se manifestarem, mas nesse curso do procedimento haverá um diálogo com uma maior profundidade. A quinta fase será o início das conclusões, haverá uma sinopse do que foi vivenciado e surgirão as possíveis soluções. A sexta etapa será o ato de redigir o acordo com a subsequente assinatura de todos.

É plenamente possível a existência de uma mediação anterior ao processo judicial, é uma forma de acesso à justiça e eficácia das decisões. O que for acordado pelos sujeitos no processo terá uma maior probabilidade de ser cumprido, em virtude da reflexão pormenorizada realizada por ambas as partes acerca do problema e da melhor maneira de solucioná-lo, nesse aspecto, verifica-se que não existe a figura do ganhador e perdedor e sim de ganhos para todos¹¹.

Corroborando com esse raciocínio, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7169/2014 que prevê a mediação judicial como uma das fases do processo. Se o juiz ao receber a petição inicial verificar que a controvérsia poderá ser solucionada por mediação, designará um mediador, pelo sistema da distribuição, o qual atuará no processo, conforme previsto no Artigo 24 e no Artigo 25 do referido Projeto de Lei.

Esse sistema objetiva inclusive uma mudança nos profissionais de direito, para também se proporem a uma cultura do não litígio. Os atuantes nessa área labutarão para que os participantes tornem-se responsáveis por seus problemas e busquem um resultado satisfatório para ambos. Ele deverá ser atencioso, explicará todo o procedimento da mediação, demonstrará que os principais personagens são os presentes no processo, escutará a todos de maneira imparcial, não permitindo que valores morais, religiosos ou políticos interfiram no seu exercício, facilitando o diálogo. Estará a serviço dos indivíduos e da comunidade para desenvolver no ser humano a prática do emponderamento, e assim poderão solucionar os futuros problemas, realizando a autocomposição (VEZZULLA, 2012).

¹¹ Nesse sentido João Baptista de Mello e Souza Neto (2000, p.53) aduz: ‘[...] A decisão obtida com a mediação judicial tem mais probabilidade de conseguir resultado eficiente com a chamada barganha de interesses, obtendo “soluções integrativas que satisfaçam o maior número possível das necessidades de ambas as partes”.’

A mediação judicial é uma alternativa para acelerar a prestação jurisdicional, beneficiando o ofício do Poder Judiciário:

A atuação dos conciliadores e mediadores contribui, e muito, para a agilização dos serviços, uma vez que a pauta dos juízes costuma estar preenchida com audiências já designadas por vários meses, o que faz com que muitos processos fiquem apenas aguardando a data designada para a audiência de conciliação, verdadeiro tempo morto no *iter* processual. Além disso, os juízes são, em geral, assoberbados de trabalho, o que faz com que não possam se dedicar de maneira mais detida às audiências de conciliação. Assim, a atuação do conciliador e do mediador pode não apenas agilizar a prestação jurisdicional, mas também melhorar a atividade do Poder Judiciário, que visa, sobretudo, à solução de conflitos. Isso porque o conciliador e o mediador dispõem de mais tempo que o juiz para se dedicar à tentativa de composição das partes e esta pode, assim, ser obtida com mais frequência e em melhores bases.

A atividade do conciliador/mediador poderá, ainda, contribuir para uma mudança de perspectiva dos operadores do direito, acostumados à obtenção de soluções apenas por meio de sentenças judiciais, **incentivando a cultura da pacificação**. (GRINOVER, WATANABE, LAGRASTA, 2008, p. 73).

A mediação é vivenciar uma cultura de paz e não de dominação, os participantes refletem sobre suas vidas, as escolhas, as consequências, acabam por cumprir com o que acordaram, pois analisam o problema, há o empoderamento em suas vidas. Apresenta-se como uma maneira de acesso à Justiça, por fornecer uma solução ao conflito com uma maior rapidez e senso humanitário. É uma forma de vivenciar uma democracia direta, por permitir aos interessados decidirem ativa e inteiramente o litígio.

CONCLUSÃO

Constata-se ser a Democracia um dos regimes de governo onde necessita da participação ativa dos cidadãos seja diretamente ou indiretamente através dos seus representantes. Essa participação ocorre não apenas pelo voto e sim pela fiscalização sobre o Estado, pela participação nas audiências públicas, pelas manifestações sociais, por refletir os problemas do coletivo e não da esfera particular, reviver o “espírito” ateniense de debates em praças, nas residências, de analisar o coletivo, o bem comum, das categorias de representações da sociedade.

Quando tratamos do Judiciário, verifica-se uma instituição que no contexto brasileiro, alterou consideravelmente sua atuação, pois em períodos pretéritos estava subordinado as funções Executiva e Legislativa, o juiz era um mero aplicador da lei, atualmente, ocorreu quase uma “troca de papéis”, onde o magistrado através dos processos delibera desde assuntos

particulares a coletivos. Na sentença cujo assunto é política pública, ele interfere significativamente sobre a Administração Pública, requisitando prestações positivas. Entretanto, apesar de conferir uma solução imediata ao problema, deverá ter cautela, ponderação, razoabilidade, proporcionalidade, pois poderá afetar a outras prestações públicas, por movimentar os orçamentos públicos.

Nota-se um Judiciário antidemocrático, com problemas significativos, de lentidão na solução dos litígios, enrijecimento de decisões em que os vereditos dos Tribunais são repetidos pelas instâncias ordinárias, o juiz tem o poder de decidir conforme sua conveniência. É necessário que essas manifestações sejam pautadas no princípio do progresso e na proibição de retrocesso de direitos já conquistados pela sociedade.

Uma maneira de ter um Judiciário com manifestações democráticas seria estabelecer a prática da mediação no início do processo, pois estaria propiciando às partes dialogarem, refletirem acerca dos problemas que as levaram a Justiça, essa ação permite que elas tenham autonomia de escolhas e um empoderamento de suas vidas. Caso o conflito não seja possível de sofrer uma negociação, o processo seguiria o rito comum, com a fase instrutória e após o proferimento da sentença.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política – Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Crise do Judiciário e sua democratização. **Revista Pensar**. Fortaleza. V.04.N.04. p. 151-170. Jan. 1996.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; AGUIAR, Marcus Pinto. A “Nova Democracia”: Rousseau, Marx e a superação da modernidade política. **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**.

BRASIL, Projeto de Lei nº 7169/2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5E583519FFF5C5E4D33114580B80DF51.proposicoesWeb1?codteor=1230584&filename=PL+7169/2014.

<Acesso em 25 de julho de 2014>.

- CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso 07 novembro 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política - a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Gen, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- COUTINHO, Carlos Néelson. **Gramsci. Marxismo e Política. A dualidade de Poderes e Outros Ensaios**. 2. ed.. São Paulo: Cortez, 1996.
- FINLEY, Michael. **Democracia antiga e moderna**. Ed. Graal, 1988.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS, Marcos Julio Olivé Junior. **Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia- o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação judicial: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1985.
- LEAL, Rogério Gesta. **O Estado- juiz na democracia contemporânea uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto- O Município e o Regime Representativo no Brasil**, 1ª ed., 1949.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise da Jurisdição e acesso à Justiça. In. SALES, Lilia Maia de Moraes (Org). **Estudos de Mediação e Arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias et al. **Ativismo Judicial – Paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia – sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVEIRA, João José Custódio. A mediação judicial. Vinculação ao Poder Judiciário? O gerenciamento do processo e os Centros de Resolução de Disputas. A cultura da paz. Política Pública e a necessidade de mudança de mentalidade. O Código de Ética do Mediador. In: TOLEDO, Armando Sergio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. São Paulo: Atlas, 2000.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

_____. **Habeas-Corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)**. IBCCrim, 1999.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. A transformação do Poder Judicial e sua relação com a mediação de conflitos. In. SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.