
A PAZ SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO COMO PORTA DE ACESSO À MEDIAÇÃO

*Fátima Nancy Andrichi**

1. Função, valor e eficácia do preâmbulo das constituições

Muito embora nem todas as Constituições do mundo possuam preâmbulo, jamais uma Constituição brasileira deixou de tê-lo (PINTO FERREIRA, 2002, p. 72).

Jorge Miranda (2000, p. 236) nele reconhece “um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social”, cujo caráter “depende dessas circunstâncias e dessas intenções, bem como da ideologia a que apela o legislador constituinte”, sendo que

a sua forma e a sua extensão aparecem extremamente variáveis: desde as sínteses lapidares de estilo literário aos longos arrazoados à laia de relatórios preliminares ou exposições de motivos; desde a invocação do nome de Deus ou do título de legitimidade do poder constituinte ao conspecto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosófico-políticos à prescrição de determinados objectivos programáticos.

Como exemplo, tome-se uma comparação entre os preâmbulos das Constituições brasileiras de 1946 e de 1988 – ambas promulgadas por Assembleias Constituintes que tiveram como tarefa a restauração da ordem democrática momentaneamente rompida nos períodos históricos imediatamente precedentes. O preâmbulo da Constituição de 1946 diz, analiticamente, que “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos sob a proteção de Deus, em Assembleia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil”. Nesse texto, destacam-se: (i) a preocupação em ressaltar a legitimidade dos constituintes, pois representantes do povo que é soberano e não usurpadores do poder; (ii) a menção à democracia, essencial não só pelo que esta significa em si, mas também em face do momento histórico vivido; e (iii) o acolhimento expresso do federalismo como elemento orgânico básico do Estado.

* FÁTIMA NANCY ANDRIGHI é Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Pós-Graduada pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS/RS), pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) e pela Universidade Católica de Brasília. É Ministra do Superior Tribunal de Justiça desde 1999.

Já o preâmbulo da Constituição de 1988, não por acaso, repete esses mesmos elementos, mas também acrescenta uma enorme ênfase ao caráter programático de grande parte das normas constitucionais ali previstas e ao perfil nitidamente dirigente do texto, ao afirmar que

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Aliás, Celso Bastos ressalta que existiria uma constante entre a legitimidade do trabalho constituinte e a extensão do preâmbulo, de forma que estes “são tão mais longos quanto as Constituições carecem de legitimidade”, pois “na medida em que os Textos brotem de autênticas Assembleias Constituintes, reunidas sob a estrita observância dos cânones democráticos, mais elas podem ser dispensadoras de qualquer reforço de legitimação” (BASTOS, 2001, p. 453-454).

Nessa perspectiva, o preâmbulo da Constituição de 1988 “não foi tão enxuto e sucinto quanto uma autêntica Assembleia Constituinte o seria” (idem, p. 454), o que pode ser interpretado, para além da opção pelo caráter programático do texto, como resultado das imensas dificuldades no equacionamento das fortes pressões exercidas por diversos grupos sociais, pressões essas que estavam reprimidas e que eram muitas vezes contrastantes, naquele período de retomada da normalidade democrática.

Com base em tais considerações, resta evidente, de plano, que o preâmbulo possui necessariamente *um forte caráter emocional*, pois ele traduz anseios, perspectivas e dificuldades vivenciadas no momento histórico em que discutida a Constituição, e que pautaram, em grande parte, o trabalho daqueles que tiveram o dever de traduzir em uma nova ordem constitucional as expectativas – nem sempre uniformes – da sociedade.

Porém, seria apenas este o alcance de tal enunciação? Em outras palavras, haveria também um conteúdo jurídico a ser extraído do preâmbulo, para além da carga simbólica?

Sobre tal pergunta,

a doutrina distribui-se por três posições: a tese da irrelevância jurídica; a tese da eficácia idêntica à de quaisquer disposições constitucionais; entre as duas, a tese da relevância jurídica específica ou indirecta, não confundindo preâmbulo e preceituado constitucional. De acordo com a primeira tese, o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, situa-se no domínio da política ou da história; de acordo com a segunda, ele acaba por ser também um conjunto de preceitos; de acordo com a terceira, o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas sem se confundir com o articulado. (MIRANDA, 2000, pág. 241)

José Afonso da Silva (2003, p. 203) repercute a controvérsia, citando ao menos um grande constitucionalista para cada posicionamento possível. Assim, Kelsen entendia que o preâmbulo não carregava “conteúdo juridicamente importante”; porém, Carl Friedrich, Burdeau, Carl Schmitt e Garcia-Pelayo reforçaram, cada um a seu modo, a importância do preâmbulo em mais de um aspecto da interpretação constitucional, enquanto Vedel igualou o valor jurídico do preâmbulo à das próprias normas subsequentes.

Certamente, a possibilidade de variabilidade do conteúdo e da forma dos preâmbulos alimenta a controvérsia. A par das considerações de Celso Bastos acima referidas, Cretella Júnior por sua vez informa que “na França, a discussão é importante, porque, por exemplo, nas Constituições de 1946 e 1958, os Preâmbulos, longos, se fundamentam nos princípios das Declarações de Direitos” (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 76-77); com efeito, na Constituição Francesa de 1946 era o preâmbulo que determinava a incorporação integral àquela Constituição da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como, aliás, também o faz a Constituição Francesa de 1958.

Nessa situação, é natural que se supere a teoria que confere ao preâmbulo um sentido de simples simbolismo, pois o interesse do constituinte francês, nesse caso, parece ser exatamente contrário à transformação do monumento legislativo de 1789 em um documento meramente histórico, apesar das alterações realizadas na ordem constitucional. Por isso, a jurisprudência francesa identifica no preâmbulo da sua respectiva Constituição uma espécie de lei supletiva (SILVA, 2003, p. 204).

Deixando de lado a postura francesa, porém, dentro da nossa tradição o preâmbulo é considerado um importante vetor de interpretação, surgido da condensação de certos princípios ali contidos, sendo parte da Constituição formal, pois sujeita inclusive à votação como o restante do texto (BASTOS, 2001, p. 455), muito embora não partilhe da força normativa das regras constantes deste.

Interpretação e integração¹, portanto, representam as potenciais aplicações do preâmbulo na atual Constituição brasileira. Jorge Miranda, em considerações que se aplicam inteiramente à hipótese brasileira, afirma que

o preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional); e, do mesmo modo, não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto a se; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados na Constituição. (...) Os

¹ Nesse sentido, cf. Celso Bastos (2001, p. 455), fazendo referência aos ensinamentos de Canotilho.

preceitos constitucionais poderão, em certos casos, consumir todas as afirmações nele contidas; o preâmbulo como que as unifica e as liga global e dialecticamente. Ainda que, no plano dos conceitos, se admita que nada lhes acrescenta, no plano dos valores, da sua impulsão orientadora, do seu estímulo crítico, a diferença parece nítida. (MIRANDA, 2000, p. 241)

Para ilustrar esse entendimento, façamos uso de um interessante exemplo relacionado ao preâmbulo da Constituição de 1988. Como visto acima, há neste a referência à “proteção de Deus” que sacramentou os trabalhos constituintes – referência essa que não deixou de ser alvo de fina ironia por Celso Bastos, que comentou não saber “a partir de que indícios os constituintes se consideraram certos de estarem sob a proteção divina” (BASTOS, 2001, p. 456).

De qualquer forma, estando presente tal declaração no preâmbulo, qual seria então o sentido a ser extraído de tal afirmação? Ora, os Estados podem ser laicos ou confessionais, sendo que estes adotam uma religião oficial ligada ao poder político, enquanto que a neutralidade religiosa é a característica daqueles. Atualmente, o Brasil é laico, como indica o art. 19, I, da CF, ao contrário do que ocorria na vigência da CF de 1824, quando havia liberdade de crença, mas não de culto, pois o Império era vinculado à Igreja Católica (a título de complemento, existe, ainda, uma terceira categoria, a dos Estados teocráticos, quando o chefe de Estado é, também, líder religioso).

No caso da Constituição de 1988, a invocação ao nome de Deus no preâmbulo não significa uma contradição com os termos do mencionado art. 19, I, ou seja, com o caráter laico do Estado brasileiro, pois se trata de uma reverência genérica e não uma invocação ao Deus do Cristianismo.

Porém, é possível dizer que, com tal referência no preâmbulo, o Estado brasileiro, apesar de não assumir para si uma religião, admite a crença em um Deus. Disso decorre, por exemplo, a possibilidade de que as notas de Real sejam impressas com a inscrição “Deus seja louvado”.

O objetivo deste curto trabalho é fazer uso de outros conteúdos valorativos constantes do preâmbulo da Constituição de 1988 – quais sejam a “Justiça como valor supremo de uma sociedade fraterna”, a “harmonia social” e a “solução pacífica das controvérsias” – para sugerir uma visão complementar do acesso à Justiça, em face das dificuldades que o Poder Judiciário vem enfrentando para fazer valer não só este, mas também outros princípios constitucionais correlatos.

2. O Poder Judiciário como sede adequada para a solução das controvérsias

Ao elevar a República Federativa do Brasil à condição de “Estado Democrático de Direito”, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 tornou indispensável a efetivação, entre outros direitos fundamentais, do pleno acesso à Justiça.

O processo judicial passou, definitivamente, a transcender questões eminentemente formais, como ação, jurisdição, competência e execução, para alcançar patamar material, de acesso à Justiça. Conforme anota José Rogério Cruz e Tucci, “os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja a imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização de Justiça” (CRUZ; TUCCI, 1997, p. 39).

Realmente, a democracia não comporta um Poder Judiciário centralizado, burocrático, alheio à população. Não basta assegurar o direito ao exercício da ação, a um processo, a uma decisão; deve-se garantir que esse procedimento ofereça à sociedade a Justiça em sua plenitude, o que compreende também a resolução célere e menos onerosa dos processos.

Nesse contexto, não se pode deixar de consignar que, desde a instituição da Justiça pública pelos Romanos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 26), que no Estado moderno firmou-se como um de seus Poderes, o contínuo crescimento da consciência de cidadania no seio da sociedade conduziu, entre outros fatores, ao exponencial aumento da demanda pelo direito de acesso à Justiça pública.

Nosso aparelhamento estatal, contudo, não conseguiu acompanhar de maneira eficaz esse acréscimo de demanda, tendo sucumbido diante do volume de processos, propiciando a institucionalização de uma prestação jurisdicional tardia e ineficiente.

Atualmente, detectam-se diversas deficiências que contribuem para o assoberbamento do Poder Judiciário, entre as quais vale destacar a carência de recursos materiais; o número deficiente de juízes, promotores e defensores públicos; o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais e, sobretudo, o elevado número de recursos à disposição das partes, gerando a eternização do processo no âmbito do Judiciário.

A falta de recursos materiais, apesar de não atingir o Poder Judiciário como um todo, constitui a realidade de muitos Tribunais, especialmente em regiões menos favorecidas do País e, de uma forma geral, no primeiro grau de jurisdição. Rui Stoco bem anota que

o caráter de independência e autonomia dos tribunais brasileiros – ainda que de fundamental importância para o bom funcionamento da Justiça – acabou por conformar situações absolutamente díspares e, em muitos casos, insustentáveis e injustas em termos de financiamento das atividades do Poder Judiciário nos Estados da Federação. De sorte que os meios para a adequada distribuição de Justiça não são os mesmos, nem há igualdade. (STOCO, 2008)

A escassez de juízes, promotores e defensores públicos, por sua vez, afeta de maneira generalizada todo o País. Recente relatório divulgado pela Comissão Nacional de Justiça sobre os indicadores do Poder Judiciário revela que a média brasileira é de seis juízes a cada cem mil habitantes, enquanto em países europeus essa mesma média é cinco vezes maior, ultrapassando os trinta juízes pelo mesmo padrão populacional.²

O rigorismo formal do processo judicial brasileiro também contribui de maneira significativa para a morosidade da prestação jurisdicional. Apesar de determinadas áreas – como a Justiça do Trabalho e os Juizados Especiais – prestigiarem a informalidade, bem como da maior ênfase que vem sendo dada ao princípio da instrumentalidade das formas, ainda é alarmante o número de ações em que a discussão central é relegada a um segundo plano, dando espaço a questões de ordem processual que, se não redundam na extinção do feito sem apreciação do mérito propriamente dito, ao menos prolongam sobremaneira a duração do processo.

Finalmente, o excesso de recursos, talvez o maior responsável pela procrastinação da Justiça, envolve a banalização da impugnação às decisões judiciais e a distorção da estrutura piramidal na qual repousa o Poder Judiciário, fazendo com que processos simples sejam conhecidos e julgados por muito mais do que um duplo grau de jurisdição. Apesar das constantes iniciativas visando a reduzir a enorme quantidade de recursos – como as alterações impostas pela Lei nº 11.187/05, conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento³; pela Lei nº 11.418/06, acrescentando ao CPC os arts. 543-A e 543-B, que regulamentam a demonstração da repercussão geral da

² Dados obtidos em reportagem veiculada no sítio da Ordem dos Advogados do Brasil na Internet (<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=6467>), intitulada “PB é o 11º Estado com menor número de juízes por habitante”.

³ Art. 522, CPC: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

questão constitucional versada nos recursos extraordinários⁴; e, mais recentemente, pela Lei nº 11.672/08, acrescentando ao CPC o art. 543-C, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ⁵ – nem mesmo a criatividade de nossos legisladores tem se mostrado suficiente para desafogar o Poder Judiciário.

⁴ Art. 543-A, CPC: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

Art. 543-B, CPC: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”.

⁵ Art. 543-C, CPC: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

Essas carências conduzem à desproporção cada vez maior entre a crescente demanda por ações e a aptidão da Justiça para atendê-las com a eficiência e agilidade necessárias, resultando, como reflexo, na extrema morosidade que atualmente assola o Poder Judiciário, a qual contrasta com a garantia constitucional de razoável duração do processo insculpida no art. 5º, LXXVIII, da CF.⁶

Mesmo as inovações criadas no âmbito do Poder Judiciário, notadamente os Juizados Especiais, não foram capazes de dar uma resposta efetiva a esse problema, pois estes se encontram, hoje em dia, igualmente sobrecarregados, alguns com designação de audiência para daqui há mais de ano.

Diante disso, denota-se inequívoca tendência à revalorização de meios não-estatais e extrajudiciais de solução dos conflitos, tais como a medição, a arbitragem, a conciliação e a negociação, como formas alternativas de se alcançar a pacificação social.

Esta, sem sombra de dúvida, é a grande inclinação do direito moderno, pois a Justiça restauradora do Estado Democrático de Direito não pode admitir que a sociedade fique adstrita a uma jurisdição estatal ineficiente. Como bem lembrava Rui Barbosa, “Justiça tardia é inJustiça”.

Encerro este tópico com a reflexão de Giovanni Verde, de que

a experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador seja um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a Justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes (VERDE, 1985, p. 168).

3. Formas alternativas de solução de conflitos

Como visto, o Estado não tem conseguido multiplicar os órgãos estatais e o número de juízes, além dos recursos materiais, em quantidade suficiente para atender à demanda social. Com isso, o sistema se torna cada vez mais moroso e oneroso.

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

⁶ Art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Diante desse panorama, ganham relevo os meios alternativos de solução de conflitos, os quais suprem as deficiências do Estado na administração da Justiça.

Vale, nesse ponto, trazer a lume a lição de Cappelletti e Garth, para quem o direito fundamental de acesso à Justiça deve ser avaliado sob duas perspectivas: acesso formal e acesso material. Este último consiste na realização da Justiça propriamente dita, ou seja, a contraposição dos fatos tendo por base a verdade e a igualdade, para que cada um obtenha o que lhe é assegurado pelo Direito. O acesso formal, por sua vez, implica na possibilidade de ver seu problema efetivamente apreciado pelo Poder Judiciário, por intermédio de uma ação judicial. O acesso material, isto é, o acesso à Justiça, pode ser alcançado pela via judicial, como também por intermédio de outras formas de solução de conflitos, como a negociação, a conciliação, a arbitragem, a mediação, entre outras (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40).

3.1. Negociação

A negociação, instituição velha como a própria vida em sociedade, pode ser conceituada como o ajuste entre duas ou mais pessoas, diretamente entre si, para um acerto ou para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente. A evolução do instituto fez surgir, inclusive, a figura do negociador profissional, a ser contratado por pessoas físicas ou jurídicas defender os interesses destas em determinada situação, litigiosa ou não.

3.2. Conciliação e mediação

Juan Vezzulla define a mediação como “uma técnica de resolução de conflitos, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham” (VEZZULLA, 1995) e a conciliação como técnica que

exige um profissional que domine a investigação, a escuta e mantenha sua imparcialidade para que, sem forçar as vontades, as convença das vantagens de alcançarem um acordo que, mesmo não sendo totalmente satisfatório, poupe-as de complicações futuras onde ambas perderão tempo e dinheiro (VEZZULLA, 2001).

Como se vê, os conceitos são bastante próximos, havendo inclusive quem os considere um único instituto. Para Amom Pires haveria verdadeira “invalidade teórico-prática de uma diferenciação (...), e a conseqüente adequação do termo mediação como gênero comum, isto é, como processo de negociação facilitado por um terceiro neutro e imparcial”. Para ele, só há sentido em estabelecer uma distinção em termos de “gênero comum e gênero processual-legal”,

sendo a conciliação o “nome específico que a mediação, como gênero comum, recebe uma vez inserida no âmbito processual-legal” (PIRES, 2002, p. 132).

Admitida tal premissa, a conciliação, enquanto espécie do gênero mediação, ficaria excluída das formas alternativas (leia-se, não judiciais) de resolução de conflitos, referindo-se tão-somente às hipóteses previstas em lei, como no CPC, na CLT ou na Lei nº 9.099/95.

Boa parte da doutrina⁷, porém, trata conciliação e mediação como institutos totalmente diversos, ressaltando que, na conciliação, a postura é intervencionista, e as motivações que levaram aos conflitos não são investigadas, como ocorre na mediação. Na conciliação, o acordo seria a finalidade, cabendo ao conciliador sugerir alternativas, enquanto que na mediação o acordo seria uma consequência possível e o mediador atuaria apenas como um facilitador da comunicação, sem propor diretamente uma solução às partes.

Luiz Caetano não estabelece clara distinção entre os dois institutos, mas ressalva a diferença entre o que ele denomina “conciliação institucional”, disposta em lei, em que as partes “têm um conciliador que desconhecem, e diante do Poder Judiciário estão em posição de subordinação, além de já estarem impregnadas de adversalidade”; e a “conciliação não adversarial”, na qual “as partes a querem e escolhem ou atribuem a um terceiro experiente a condução da solução do conflito” (CAETANO, 2002, p. 100).

Seja como for, não são devidas maiores digressões sobre o tema nestas breves considerações, cumprindo apenas deixar consignado que, no âmbito extrajudicial, caracteriza-se por ser um processo por meio do qual um terceiro, imparcial, colabora com as partes na resolução de um conflito, mas sem impor soluções.

Ao se submeterem ao procedimento da mediação, as partes são naturalmente deslocadas de suas posições antagônicas, enfrentando o problema sob uma ótica não competitiva, mas colaborativa, passando a discutir e desenvolver suas diferenças na busca por vontades convergentes, de modo a encontrar uma solução que se mostre satisfatória para ambas.

3.3. Arbitragem

A arbitragem é mais um mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual uma ou mais pessoas recebem poderes das partes, via convenção particular e, com base nela,

⁷ Alexandre Freitas Câmara (1997, p. 128-129), por exemplo, afirma que a mediação consiste em técnica de solução de conflitos através da qual um terceiro exerce função de aproximar as partes a fim de que os próprios litigantes ponham termo ao seu conflito, direta e pessoalmente; enquanto na conciliação o terceiro realiza atividade de comando da negociação, aparando as arestas existentes entre os litigantes, para que cheguem a uma solução de consenso.

impõem sua decisão, a qual deverá ser cumprida, assumindo, portanto, a mesma eficácia de uma sentença judicial.

Conforme ensina Carlos Alberto Carmona, esta característica impositiva da sentença arbitral,

meio heterocompositivo de solução de controvérsia, a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes). (CARMONA, 2004, pp. 51-52)

De fato, ao árbitro foi outorgada uma parcela da função jurisdicional, restrita ao poder de declarar o direito aplicável ao caso concreto, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário. Contudo, essa jurisdicionalidade é parcial, por estar limitada ao processo de conhecimento, não compreendendo poderes para execução das suas decisões, os quais permanecem sob o monopólio do Estado.

Caminha-se, em verdade, para uma concepção plural da jurisdição quanto à sua fonte, permanecendo, todavia, uma noção unitária desta quanto aos seus efeitos.

Finalmente, vale acrescentar que, de uma maneira geral, os meios alternativos de solução de conflitos são, por natureza: (i) ágeis, já que podem ser facilmente provocados; (ii) informais, pois suas regras e burocracias são muito menores do que aquelas presentes no processo judicial; (iii) céleres, visto que seu tempo de tramitação é substancialmente menor; (iv) sigilosos, porque a manifestação das partes e sua solução são confidenciais; e (v) econômicos, por terem baixo custo.

4. A mediação e a Constituição Federal de 1988 à luz dos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário e da autonomia privada

A doutrina clássica nacional sempre considerou a jurisdição como monopólio do Estado. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito”.

No entanto, a interpretação dos princípios constitucionais – refletidos de forma muito particular no preâmbulo constitucional – deve ser realizada com desvelo, a fim de não lhes conferir sentido não vislumbrado pelo legislador e, em última análise, pela própria sociedade.

Pois bem. A partir de uma análise teleológica, constata-se que o escopo nodal do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é evitar a autotutela, forma primitiva de solução de conflitos pelo exercício arbitrário das próprias razões.

A partir do mencionado dispositivo constitucional, porém, não se pode inferir que todo cidadão lesionado ou ameaçado em seus direitos esteja obrigado a ingressar em juízo. Estabelece, tão-somente, que todo aquele que deseje obter a tutela jurisdicional do Estado não será impedido de fazê-lo. Não obsta, porém, que nos limites da disponibilidade de seus direitos violados, as partes alcancem solução autônoma para sua controvérsia, independentemente da supervisão do Estado, de forma a buscarem por conta própria a “harmonia social” e a “solução pacífica das controvérsias”.

Com efeito, se de acordo com a própria Constituição, art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a ausência de proibição legal haverá de ser sempre interpretada como permissão.

Extraí-se, daí, o princípio da autonomia privada, segundo o qual a própria ordem jurídica reserva espaço às liberdades individuais, não apenas como fonte geradora do direito, mas também como determinação da forma de superação de determinados conflitos de interesses. Conforme observa Antônio Gomes de Vasconcelos, essa liberdade, decorrente da livre manifestação da vontade individual como requisito essencial aos atos jurídicos, é absoluta no que concerne aos direitos patrimoniais disponíveis, estando inclusive prevista no nosso ordenamento, que reconhece a transação, a renúncia e a submissão de direito como formas autônomas de solução dos conflitos. Conclui o referido autor que a disponibilidade do direito envolvido enseja a disponibilidade dos meios oficiais de composição das lides vicejadas em torno dele (VASCONCELOS, s/d).

Indubitável, pois, que nosso ordenamento jurídico outorga às partes autonomia implícita para adotar a via judicial ou extrajudicial na solução de conflitos emergentes de suas relações jurídicas. Diante disso, a exclusão da jurisdição estatal pelas partes, nos limites autorizados em lei, não caracteriza ofensa à Constituição. Afinal, se é dado à parte dispor do direito de ação material, também lhe deve ser permitido dispor sobre a forma como pretende exercê-lo.

A questão, aliás, foi definitivamente suplantada pelo STF, no julgamento do agravo regimental em sentença estrangeira nº 5.206/EP, tendo ficado decidido que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF”⁸. Ainda que se refira especificamente ao compromisso arbitral previsto na Lei nº 9.307/96, a decisão alcança as demais formas de

⁸ STF, SE-AgR 5.206/EP, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.04.2004.

solução extrajudicial de conflitos, evidenciando a legitimidade na eleição de alternativas visando à pacificação social.

Na realidade, somente um pequeno percentual das controvérsias, não superadas pela boa vontade e bom senso dos próprios cidadãos em conflito, chega ao Poder Judiciário. No cotidiano, inúmeras são as pendências resolvidas pelo entendimento e concessões mútuas, fazendo-se uso da autonomia privada, sem necessidade do chamamento do Estado. Às vezes o simples conselho, informal, de outros cidadãos mais ou menos experientes, detentores da confiança de uma ou de ambas as partes, é suficiente para lograr a solução amigável de boa parte desses conflitos.

É justamente neste contexto que se insere a mediação, que assume importante papel no resgate da participação das pessoas em conflito na efetiva solução de seus problemas, sempre por meio do diálogo. Inicia-se a busca da comunicação e atuação concreta em prol do reconhecimento da responsabilidade de cada um por suas atitudes e consequentes mudanças de comportamento de forma consciente. As pessoas que vivenciam a controvérsia são as responsáveis por sua administração, até porque o poder de decisão é das partes e não do mediador.

5. A harmonia social e a busca da solução pacífica dos conflitos como objetivo superior e orientador da Constituição Federal de 1988

O que há de mais significativo numa Constituição é o fato de ela reservar para si a função de nomear valores. A sobrevivência das Constituições depende, no entanto, da sua adequação à realidade social. Essa continuidade jurídico-política se expressa graças a uma relação melodiosa entre a força normativa e a realidade social, alcançada pela constante interpretação do texto constitucional, um sistema de normas aberto, imperfeito e incompleto que se encontra sujeito a integrações e alargamentos de sentido.

A atual situação em que se encontra o Poder Judiciário propicia uma reflexão acerca do seu papel efetivo na sociedade, justamente com vistas à manutenção desta relação harmônica entre o texto constitucional e a realidade.

Nesse encadeamento de ideias, deve-se interpretar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em perspectiva teleológica e sistemática com o preâmbulo da Constituição Federal, sobretudo os desígnios de “harmonia social”, de “Justiça como valor supremo de uma sociedade fraterna” e de “solução pacífica das controvérsias”. A partir daí, e tendo por base as considerações tecidas nos itens anteriores, infere-se que devemos, cada vez mais, fazer uso de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, deixando para o Poder Judiciário a análise de questões de maior repercussão e complexidade.

Seria fantasioso imaginar que o Estado-juiz teria condições de assumir para si a solução de todos os litígios que afligem a vida em sociedade. A própria estagnação atual do Poder Judiciário evidencia sua incapacidade para lidar de maneira satisfatória com todas as lides que lhe são submetidas.

O problema, contudo, não se esgota na ineficiência da jurisdição estatal. Estas são apenas as consequências diretas da crise do Poder Judiciário. O que verdadeiramente preocupa é seu efeito indireto, qual seja a limitação do acesso à Justiça.

Em oposição à morosidade da Justiça, a evolução social exige cada vez mais rapidez e agilidade na solução dos conflitos sociais. Avulta a percepção de que o que realmente importa é a pacificação social, sendo irrelevante se alcançada por meio da ação do poder público ou por meios alternativos. Conforme anotam Cintra, Grinover e Dinamarco (1990, p. 29-30),

abrem-se os olhos agora, para todas essas modalidades de soluções não-jurispcionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios - desde que eficientes.

Com efeito, a busca por formas alternativas de solução de conflitos tem significação e grandeza muito maiores do que o simples desembaraço do Poder Judiciário. Seu real condão é a concretização de um dos cânones do Estado Democrático de Direito, consistente na garantia de pleno acesso à Justiça, como um conceito mais filosófico do que simplesmente a prolação de uma sentença dentro de um tempo razoável de duração do processo.

Ademais, a adoção dessas soluções alternativas traz três grandes benefícios fundamentais: desoprime o Poder Judiciário, reduzindo sua intervenção em milhares de conflitos; possibilita um maior acesso das pessoas à Justiça, seja pela via judicial ou extrajudicial; e, ao decompor a tarefa de resolução de controvérsias, assegura, em tese, maior qualidade das decisões proferidas em cada processo individualmente considerado.

Quanto a este último ponto, o estudo dos institutos da negociação, da conciliação, da mediação, da arbitragem, entre outros, revelam sua capacidade de aproximar as partes em conflito, desarmando-as do espírito belicoso, no sentido de que esse ou aquele conflito não interessa à coletividade, no seu sentido mais amplo, conscientizando-as de que levar certos conflitos ao Poder Judiciário resulta, a rigor, em diminuir a efetiva realização da Justiça.

Por derradeiro, lembrando que a Constituição nada mais é do que o reflexo dos próprios anseios sociais, acredito ser oportuno concluir essas sucintas considerações com a indagação formulada por César Fiúza (1995, p. 35): “se a sociedade se organiza e descobre alternativas pacíficas e eficazes de resolver seus litígios, por que proibi-las?”.

Referências Bibliográficas

- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil – 1º Volume*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*. São Paulo: Atlas, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem, Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988 - Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e o processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FIÚZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – tomo II*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PINTO FERREIRA. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PIRES, Amom Albernaz. *Mediação e conciliação, breves considerações para uma conceituação adequada*. In: *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 131-152.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STOCO, Rui. *Reaparelhamento dos tribunais*. Artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, na coluna “Opinião”, em 09.04.2008.
- VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *A arbitragem nos dissídios individuais e coletivos do trabalho: constitucionalidade e adequação aos princípios laborais*. Artigo apresentado durante o *1º Fórum Nacional do Tribunal Arbitral de São Paulo: A viabilidade da arbitragem nos conflitos trabalhistas*.
- VERDE, Giovanni. *Arbitrato e giurisdizione*. In: *L'arbitrato secondo la legge 28/83*. Napoli: Jovene Editore, 1985, p. 161-182.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.
- _____. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Camboriú: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.