

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A MEDIAÇÃO COMO PADRÃO DE ATUAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS

Débora Dias Thomé

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Cursando Pós-Graduação em Direito e Jurisdição na Escola Superior de Magistratura do Distrito Federal. Advogada.

Resumo: A ausência de uma prestação jurisdicional justa, célere e adequada demanda uma nova atitude e mentalidade do Estado-Juiz quando do julgamento do processo coletivo, sob pena de se perpetuar a inefetividade deste tipo de tutela jurisdicional ou, até mesmo, torná-la inconveniente para a sociedade. Ante o exposto, o presente artigo pretende contribuir tanto para o incremento da eficácia das ações coletivas como para a legitimidade das decisões judiciais neste âmbito. Para tanto, a proposta é flexibilizar os procedimentos tradicionais aplicáveis no processo individual, assumindo no processo coletivo uma postura pautada na interação entre juiz e partes, facilitada pela adoção das técnicas da mediação.

Abstract: The absence of fair, prompt and appropriate jurisdictional providing requires a new attitude and mentality of the trial judge in the collective process, lest we perpetuate the ineffectiveness of judicial protection, or even make this protection inconvenient to society. Based on the foregoing, this article aims to contribute both to increase the effectiveness of class actions as for to the recognize the legitimacy of judicial decisions in this area. For this, the proposal is to make flexible the traditional procedures applied in the individual process, assuming a position, in the collective process guided by the interaction between the judge and parties, facilitated by adopting the techniques of mediation.

Palavras Chave: Processo Coletivo; Políticas Públicas; Flexibilização Procedimental; Mediação.

Keywords: Class Actions; Public Policy; Procedural Flexibility; Mediation.

Sumário. 1. Considerações iniciais; 2. Relação entre direitos sociais, políticas públicas e processo coletivo; 3. Uma nova função exige uma postura adequada; 4. As características da mediação; 5. Solução consensual e direitos indisponíveis; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

1. Considerações Iniciais

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) de 1988 adotou um Estado Social que vinha-se solidificando no seio da sociedade brasileira. As ideias liberais vinham sendo superadas e a vontade da nação de fazer valer a igualdade substancial assumia papel principal no cenário nacional. Destarte, ante os reclames sociais em exigir do Estado uma postura ativa, fundada nos valores e garantias constitucionais, ganham força as noções de garantia do mínimo existencial e de bem-estar social. A sociedade exige do Governo prestações positivas em prol do bem comum, o respeito à dignidade humana e às minorias, a proteção aos direitos humanos, a redução das desigualdades sociais, a preocupação com o meio ambiente, a garantia da liberdade e da segurança pública dentre outras aspirações de ampla extensão social. Eis que se concretiza, então, a pretensão de tutela efetiva dos direitos coletivos.

A fim de atender essas novas demandas da sociedade moderna, houve uma série de significativas mudanças, tanto nas concepções de justiça e de direito, como nos órgãos estatais. Assim, já não bastava apenas possibilitar ao jurisdicionado o acesso aos órgãos da justiça, mas era preciso proporcionar o efetivo acesso ao direito⁷¹, ao processo justo e com duração razoável.

Os postulados clássicos da separação de poderes deixaram de ter uma correspondência na realidade, em decorrência do reconhecimento do "poder" judiciário como parte integrante do Estado e como função estatal. Isto porque a comunidade jurídica atentou-se para o fato de que a jurisdição resulta, em verdade, da soberania do Estado e, junto com as funções administrativa e legislativa, compõe as funções estatais típicas⁷². Como pronunciou André Copetti, foi preciso repensar a distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação entre os poderes para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população⁷³. Logo, as

⁷¹ O acesso ao direito, como afirma Leonardo Greco em sua obra "*O acesso ao Direito e à Justiça*", mostra-se como um direito muito além do simples acesso à justiça. Afirmo o douto estudioso no referido trabalho que "antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo dos seus direitos". Ver artigo publicado no Mundo Jurídico em 31.01.2003, disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 3 de setembro de 2010.

⁷² É o que expõe Humberto Dalla Bernardina de PINHO no Capítulo 06 de sua obra "*Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁷³ COPETTI, Andre. *A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível no site <http://www.ihj.org.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

três funções estatais têm, agora, uma finalidade única, a saber, a concretização dos valores públicos constitucionais, e devem trabalhar em conjunto para atingi-la ⁷⁴.

Com a mudança da concepção de Estado, também os Tribunais passaram a atuar de forma distinta, acompanhando a evolução dos litígios decorrentes da época e assumindo um gradativo incremento na participação política. Isso porque, a fim de conferir efetividade aos valores constitucionais, o judiciário foi obrigado a pronunciar-se a respeito dos pedidos da sociedade pela efetivação de direitos coletivos. Houve, então, uma extensão das suas funções tradicionais para além da resolução de conflitos individuais. Assim, ao mesmo tempo em que a concepção de um Estado Providência trazia intrínseca a ideia de bem-estar social, de atuação positiva e de redução das desigualdades sociais, também os Tribunais ganharam posição de destaque, ao tratarem de temas revestidos de cunho social, ligados, em boa parte, a uma obrigação de fazer estatal.

Entretanto, junto com as novas funções assumidas pelo judiciário, vieram também muitas questões acerca da legitimidade e dos limites do mesmo no exercício destas novas funções quando do julgamento dos processos coletivos. Dentre os debates surgidos, passa a ser questionado o poder do judiciário de avançar no âmbito de atribuições dos outros poderes (especialmente do executivo), e, desta forma, realizar ações que seriam, em princípio, de competência exclusiva de um deles, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais. Isso porque a efetivação de direitos sociais por meio de processos coletivos, ao veicularem-se pretensões que atingem uma grande extensão, tanto subjetiva quanto objetiva, acaba por estabelecer uma relação direta com o planejamento e execução de políticas públicas.

As novidades foram tantas e tão significativas que, em verdade, o judiciário não tem sido capaz de acompanhar as transformações culturais e sociais. Prova disso é a falta de eficácia e de eficiência da tutela coletiva no Brasil. A despeito de todas as mudanças advindas com o Estado Social, a sociedade ainda não tem seus direitos sociais respeitados. Menos de 10% das ações coletivas ajuizadas no Brasil recebem uma decisão de mérito e, dentre essas, pouquíssimas são executadas ⁷⁵. A situação mostra-se ainda pior quando se

⁷⁴ Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. Todavia, no arranjo institucional em vigor não se pode ignorar o fato de que em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. É o que entende Luis Roberto Barroso. Vide BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Artigo disponível em <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

⁷⁵ Números conforme pesquisa sobre ações coletivas realizada por pesquisadores da UERJ cujo resultado final está publicado na seguinte obra: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense: 1999.

constata que a concretização de algumas dessas causas produz, ao contrário do que se pretendia, um impacto social negativo, porquanto interfere de forma equivocada nos planos do governo relativos às políticas públicas.

Ante à ausência de uma prestação jurisdicional justa, célere e adequada, é preciso estudar uma nova atitude e mentalidade do Estado-Juiz quando do julgamento do processo coletivo, sob pena de perpetuar a inefetividade da tutela jurisdicional ou, até mesmo, tornar esta tutela inconveniente para a sociedade. E esta é a proposta deste trabalho, reforçar o debate e a necessidade preeminente de trabalhar estes conceitos.

Desse modo, o presente texto pretende trazer a lume a necessidade de combater esta falta de efetividade no que tange aos processos coletivos e, por conseguinte, oportunizar uma real concretização dos direitos sociais, direitos estes considerados fundamentais. Urge encontrar um meio de se obter maior eficácia nas decisões em processos coletivos, e tal caminho deve também conferir legitimidade ao julgador no exercício dessa nova tarefa. Pois o papel do judiciário é conferir eficácia à Constituição, fazendo-o por meio da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, especialmente dos direitos referentes à sociedade como um todo, como o são os direitos coletivos.

Ora, o Estado-juiz deve desvendar maneiras de exercer seu papel com eficiência e eficácia, e não se furtar ao seu cumprimento. Afinal, o mundo muda, e é preciso adaptar-se às novidades. Mudamos de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade de organizações, e o processo judicial não se deve iniciar com indiferença ou ignorância em relação aos valores públicos, mas deve, sim, direcionar todos os esforços para atingir sua finalidade única: a realização da justiça.

Portanto, o que se deseja propor são novas condições teóricas e práticas capazes de possibilitar ao magistrado a alteração dos seus padrões tradicionais de atuação (uma vez que, atualmente, são apropriados apenas para os processos individuais), assumindo novas posturas, ativas, quando da efetivação de políticas públicas por meio de decisões judiciais em processos coletivos.

2. Relação entre direitos sociais, políticas públicas e processo coletivo

A premissa deste estudo perpassa pela constatação de que a efetivação de direitos transindividuais - principalmente dos sociais - por meio de ações coletivas estabelece relação direta com o planejamento e a execução de políticas públicas. A interferência direta

das decisões judiciais nas políticas públicas ocorre porque as ações coletivas veiculam pretensões que atingem uma grande extensão, tanto subjetiva quanto objetiva, sendo característica inerente dos processos coletivos cuidar de direitos de grande amplitude e relevância social ⁷⁶.

Não tem como ser diferente ante os efeitos da coisa julgada que se operam nas ações coletivas em geral, porquanto a coisa julgada material é *secundum eventum litis*, isto é, a depender do resultado da decisão judicial, seus efeitos afetarão a esfera jurídica de sujeitos que nem assumiram a posição de partes (em sentido processual) na demanda ⁷⁷. Ora, é justamente esta a finalidade que se pretende atingir com a criação das tutelas coletivas. Ao contrário do que ocorre nas ações individuais, limitadas pelo efeito subjetivo da coisa julgada material, o processo coletivo se perfaz como um instrumento que abarca, a um só tempo, grandes parcelas da sociedade.

Assim, há uma relação direta entre os direitos coletivos e as políticas públicas, demonstrando que, na verdade, a tutela coletiva nada mais é que uma prestação do legislador destinada a viabilizar a participação direta da sociedade na reivindicação dos direitos fundamentais sociais.

As políticas públicas são programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados ⁷⁸. Considerando que as políticas públicas se perfazem a partir da resposta governamental a demandas sociais, é de se concluir que elas têm que ser baseadas em valores comuns à sociedade, ou seja, devem representar a vontade de concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

As políticas públicas são 'metas coletivas conscientes' e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. São processo de “escolha racional e coletiva de

⁷⁶ Conforme exposição da Dra. Aline Araújo Passos, em artigo publicado in *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Salvador: Podivm, 2010, intitulado "Ações Coletivas e implementação de Políticas Públicas para a tutela de Direitos Fundamentais", é através do processo coletivo que se possibilita a concessão de um único provimento que venha repercutir favoravelmente na esfera jurídica de muitas pessoas, de modo a garantir aos conflitos de massa uma resolução adequada do ponto de vista material e uniforme, evitando-se resultados contraditórios e a multiplicação excessiva de ações em juízo.

⁷⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁷⁸ Conceito extraído da obra de Fabiana de Menezes Soares intitulada "*Direito Administrativo de Participação – cidadania, Direito, Estado e Município*". Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”⁷⁹. Por isto mesmo, devem ser o resultado de um processo democrático.

Esse processo democrático que as origina deve ocorrer nos três principais órgãos estatais, isto é, deve se dar quando da criação da legislação que as elabora, quando de sua efetivação pelo poder executivo e, também, quando da discussão de sua correta aplicação e funcionamento no seio de um processo judicial coletivo. Isso porque a Constituição trouxe consigo a obrigatoriedade de cumprimento e de controle das prestações positivas por parte de todos os órgãos estatais, no sentido de concretizar a igualdade substancial de oportunidades (tutela essencialmente coletiva) e a dignidade humana (tutela essencialmente individual).

Como se vê, existem várias formas de concretizar o processo democrático, e uma delas é a discussão das políticas públicas nos autos de um processo judicial, sendo o Estado-Juiz agente legítimo para conduzir tais debates. Esta realidade não poderia ser diferente. Afinal, as ações coletivas foram criadas justamente para veicular pretensões, que atingem muitas pessoas a um só tempo e tratam de uma gama de direitos que se inter-relacionam. Com efeito, é característica inerente dos processos coletivos tratar de direitos de grande amplitude e relevância. Frise-se que é mesmo com esta finalidade que se criaram instrumentos capazes de, a um só tempo, abarcar grandes parcelas da sociedade. Neste sentido, a tutela coletiva se mostra como uma prestação do legislador destinada a viabilizar a participação na reivindicação dos direitos fundamentais sociais.

Com o desenvolvimento das ações coletivas, mais e mais as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados e, principalmente, perante os demais "poderes" do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que, sob esse aspecto, vai aproximando os produtos do legislativo, do executivo e do judiciário. A vontade do legislador e do administrador se vê submetida à vontade do povo, ou melhor, da Constituição e dos direitos fundamentais.

E, quando o pleito do processo coletivo disser respeito à concretização de um direito social, inevitavelmente haverá interferência direta das decisões judiciais no planejamento e execução de políticas públicas, porquanto a efetivação de um direito social

⁷⁹ DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 264.

pretende atingir objetivos socialmente relevantes (e não fins individualizados) e depende da movimentação da máquina estatal, bem como de verbas públicas destinadas para tanto.

Como visto, nos amplos contextos em que se insere a decisão judicial em processos coletivos, especialmente aquela decisão em desfavor do poder público, ocorre, necessariamente, uma interferência (ainda que mínima) em uma política pública. Ora, a decisão judicial importará obrigatoriamente na alocação de mais recursos ou na alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situações equivalentes. Destarte, o poder judiciário se mostra legítimo e competente para intervir em políticas públicas, caso instado para isso por meio do ajuizamento de um processo coletivo.

Outra conclusão não pode ser tirada quando se percebe que a função do processo é a de ser um instrumento político de participação democrática. O raciocínio é simples. O direito estabelecido apenas ganha legitimidade na medida em que pode ser modificado conforme as alterações dos valores da sociedade que regula. E este processo de modificação deve ter a participação de todos, ou seja, deve ser democrático.

Todavia, saliente-se que uma democracia em sentido meramente formal não é capaz de promover a justiça social pretendida. É preciso uma democracia material que, por sua natureza, pressupõe uma constante mutação, uma vez que sua estrutura é elaborada justamente para permitir a ruptura das correntes teóricas centrais e majoritárias⁸⁰. E é esta a concepção verdadeira de democracia, na qual não se apregoa a submissão de todos à vontade da maioria, mas sim o respeito a todos os seus participantes, principalmente no que tange ao mínimo existencial previsto constitucionalmente.

Assim, a democracia substancial não compreende somente um processo de decisão marcado pela existência de decisões periódicas e pela regra da maioria. Ela não é uma regra fixa que sempre prefere uma maioria simples em oposição a uma minoria, mas envolve um conceito de decisão e de discussão. Somente com a discussão é possível realizar uma democracia deliberativa. Esta noção de democracia deliberativa não é outra coisa senão uma tentativa de institucionalizar o discurso como um instrumento para produção de decisões políticas. E onde o discurso se faz mais presente que não no processo judicial?

⁸⁰ BOBBIO Norberto. *O Futuro de Democracia*. 9ª Ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Nesse passo, as demandas coletivas assumem um papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional. Com efeito, colocar em risco o princípio democrático é justamente impedir que a sociedade participe das escolhas políticas, principalmente aquelas que a afetam diretamente, como ocorre no caso das políticas públicas quando discutidas em processos coletivos.

A democracia não se faz de direitos supostamente pré-existentes, nem se faz do que dita o Estado, nem se faz do trabalho do judiciário, mas se faz com a inserção de todos no espaço processual de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei. A positivação dos direitos fundamentais na Constituição apenas confere certeza e liquidez aos direitos fundamentais ⁸¹.

Por derradeiro, a despeito de ser inevitável não interferir em políticas públicas quando se julgam ações coletivas cujo objeto seja a efetivação de direitos sociais, há quem defenda que algumas decisões em processos coletivos esbarrariam diretamente nas funções do executivo, e que, por isso, não seriam de competência do judiciário. Dentre os debates surgidos, passa a ser questionado se o judiciário tem poder de, efetivamente, avançar no âmbito de atribuições dos outros órgãos do Estado, e, desta forma, realizar ações que seriam, em princípio, de competência exclusiva do executivo, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais.

A legitimidade de o judiciário intervir em políticas públicas através de decisões em processos coletivos ainda é questão de desacordos, a começar pela resistência na aceitação de tais decisões por parte do próprio judiciário, resistência esta que deve ser superada a bem dos valores constitucionais, como se verá nos itens seguintes. Mas o que se deve ter em mente é que o campo das políticas públicas traz uma série de debates capazes de evidenciar uma verdadeira releitura na atuação do Estado-Juiz.

3. Uma nova função exige uma postura adequada

A jurisdição é exercida por meio do processo. Em consequência, as questões processuais devem ser solucionadas a partir da identificação do modo peculiar pelo qual se desenvolve a jurisdição. Portanto, assim como doutrina OWEN FISS em sua "teoria do

⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

modelo da reforma estrutural da jurisdição", é preciso acreditar na necessidade de abrir um novo caminho, diferente do tradicional modelo individualista de jurisdição, quando do julgamento dos processos coletivos⁸².

Com a evolução da sociedade e a partir do desenvolvimento dos processos coletivos, foi acrescentada uma *nova função* àquela tradicional, que apenas pretende ofertar ao jurisdicionado o direito material: a de dar concreção dos valores públicos contidos na Constituição, realizando a justiça e a equidade social. Para Owen Fiss, o Direito nada mais é do que a incorporação concreta dos valores públicos⁸³ e, por isso, assumem tamanha importância, devendo ser resguardados pelo judiciário.

Esses valores públicos citados por Fiss, que conferem à sociedade identidade e coerência interna, sua moralidade pública característica⁸⁴, em uma leitura adequada à nossa realidade, são o que entendemos por direitos sociais. Por conseguinte, na sociedade moderna, cabe ao juiz compreender os direitos sociais incorporados no ordenamento jurídico e dar significado a eles, fazendo-o por meio da concretização de decisões judiciais em processos coletivos.

Inclusive, alguns Tribunais pátrios, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, já se tem posicionado no sentido de dar aplicação imediata às normas relativas aos direitos sociais à luz da teoria do mínimo existencial atrelado à dignidade humana. Os exemplos atuais envolvem, sobretudo, normas sobre saúde e educação presentes na Constituição, a exemplo do RE n. 410.715 de relatoria do Ministro Celso de Mello. Neste mesmo sentido relata Luís Roberto Barroso:

"Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde"⁸⁵

⁸² FISS, Owen (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁸³ FISS, Owen. Ob. cit.

⁸⁴ Consoante o que doutrina Owen Fiss, estas são as funções dos valores públicos para a sociedade. Ver ob. cit.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Texto publicado no Informativo Migalhas, disponível em www.migalhas.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

A vontade de efetivar os valores insculpidos na Constituição passa a ser, então, a linha condutora do processo, principalmente do coletivo. O Direito não é mais reduzido à lei, como ocorria no positivismo clássico. Como mesmo ressalta Luiz Guilherme Marinoni, a legitimidade e a validade da lei não advém mais somente da autoridade que dela emana⁸⁶. Prossegue o autor, afirmando que, além de legitimidade formal, a lei precisa conformar-se substancialmente com os direitos positivados na Constituição.

Diante do pluralismo de fonte e do pluralismo da formação da lei, surge esta necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração princípios de justiça. A lei precisa ser controlada, pois leis formalmente perfeitas podem mostrar-se brutalmente discriminativas e arbitrárias. Ora, se a lei valesse em razão da autoridade que a edita, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não haveria como direcionar a produção dos direitos aos reais valores da sociedade.

Essas novas concepções de jurisdição e de Direito conferiram ao juiz uma função produtiva, não mais ficando ele restrito a dizer o direito. O jurista agora tem uma tarefa de construção, e não mais de revelação⁸⁷. O magistrado não pode simplesmente aplicar a lei. Ele deve buscar sua substância e, concomitantemente, encontrar formas de limitar e conformar a lei aos princípios da justiça. No mesmo sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional, quando afirma que "o juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso, deve interpretar a regra processual de acordo"⁸⁸.

Todos os setores do Direito passaram a enxergar sua própria realidade com uma mesma lente, a lente da Constituição. Esta constitucionalização é ainda mais presente no Direito Processual, uma vez que este ramo regulamenta o exercício da função jurisdicional.

O fenômeno da "constitucionalização" dos direitos e garantias processuais ressalta o caráter publicístico do processo. Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social⁸⁹.

Toda essa realidade suscita mudanças no papel do julgador quando da condução do processo. Por isso, ao juiz é vedado deixar-se levar por esquemas procedimentais voltados exclusivamente a pretensões individuais. "É preciso resistir à sedução de soluções individualistas. (...) Nessa sedução, sucumbem, também, aquelas medidas procedimentais que, a bem de uma exagerada proteção de direitos individuais, inviabilizam uma solução coletiva"⁹⁰. Neste sentido:

"Seria um erro concluir, a partir desta análise, que devemos renunciar ao poder jurisdicional, como se tivéssemos outra maneira de proteger nossos valores públicos e por em xeque os poderes políticos do Estado intervencionista. Há, em vez disso, duas outras possibilidades. Uma é reexaminar nossos ideais individualistas e as formas de autoridade as quais eles dão origem; (...). A alternativa mais realista consiste em implementar pequenas mudanças na estrutura institucional que possam capacitar uma percepção mais completas dos ideais individualistas dentro de um mundo de caráter inteiramente diferente"⁹¹

Os valores previstos constitucionalmente transcendem os fins privados inerentes ao modelo tradicional de jurisdição baseado na solução de controvérsias, informando e limitando a função do Estado. Assim, o processo judicial não se deve iniciar com indiferença ou ignorância em relação aos valores públicos. É por isso que a doutrina em peso defende que o processo não pode mais ser entendido sem considerar sua duração razoável, o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana.

O acesso à justiça depende não só de envidar esforços para garantir a todos o acesso aos órgãos jurisdicionais. O acesso à ordem jurídica justa depende de um processo efetivo. A acessibilidade já foi garantida com os primeiros movimentos de acesso à justiça. Entretanto, o judiciário ainda deve buscar caminhos, a fim de trazer utilidade e eficiência à prestação jurisdicional, uma vez que o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito de receber, da forma mais rápida e proveitosa, garantindo, contudo, o menor sacrifício para o vencido.

Para tanto, é preciso conferir operosidade aos institutos processuais previstos. Isso significa que todos os envolvidos na atividade judicial devem atuar de forma a obter o máximo de sua produção, para que se atinja o efetivo acesso à justiça. Este princípio aplica-se, no campo subjetivo, a partir de uma atuação ética de todos os sujeitos do

⁸⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. In Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site <http://www.panoptica.org>. Acesso em 14 de setembro de 2010, p.47.

⁹⁰ FISS, Owen. Ob. cit. p.12

⁹¹ FISS, Owen. Ob. cit. p. 202

processo, os quais devem sempre zelar pela efetividade da atividade processual; e, no campo objetivo, ele pode ser instrumentalizado através da utilização correta dos meios processuais e dos seus procedimentos.

Ora, o Estado-Juiz deve desvendar maneiras de exercer seu papel com eficiência e eficácia, e não se furtar ao seu cumprimento. Afinal, o mundo muda. Mudamos de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade de organizações. Não devemos viver e trabalhar com um mundo não mais existente e que não podemos trazer de volta. Como afirma Humberto Dalla Bernardina de Pinho, "entre todos os sujeitos processuais, é o juiz aquele que mais necessita modificar sua mentalidade, a fim de adequá-la às necessidades do mundo globalizado"⁹². Esta também é a posição de outros estudiosos do tema, como mesmo demonstra Dierle Nunes e Alexandre Bahia no seguinte trecho:

O próprio papel do Poder Judiciário necessita ser revisitado em face do aumento de sua participação em esferas políticas e da necessária contraposição entre vertentes ativistas e minimalistas (de auto-restrição) na aplicação do direito, porque tanto umas quanto outras não promovem adequadamente os direitos fundamentais porque partem ora das virtudes diferenciadas (e pessoais) dos magistrados, ora acreditam numa neutralidade judicial mediante a objetivação dos conteúdos a serem aplicados⁹³.

Desse modo, um novo modelo de jurisdição deve ser criado, de forma a adaptar a forma tradicional do processo individual à realidade social em transformação. É por isso que o novo papel social do judiciário demanda uma nova postura de condução do processo. Assim, a preocupação com o modo de atuação do magistrado nas demandas coletivas mostra-se, indiscutivelmente, se não a primeira medida, o instrumento mais seguro e viável no combate às incertezas advindas do exercício das atribuições recém-desveladas do judiciário.

4. As características da Mediação

O salto qualitativo que deve dar a Justiça como serviço público essencial talvez ainda não esteja ao alcance dos meios de que, para esse fim, pode dispor o Estado, num país não tão desenvolvido como o Brasil. O judiciário se viu abarrotado de ações e não

⁹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 282.

⁹³ NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo melo Franco. *Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010, p. 5.

possui estrutura e nem funcionários suficientes para o exercício da função jurisdicional em tempo razoável. Por isso, mais do que em países ricos, o acesso à Justiça dependerá, em grande parte, da estruturação e fortalecimento de várias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada, como, por exemplo, os meios alternativos de solução de conflitos.

E, para que a tutela diferenciada se consolide, é necessário que, além da confiabilidade das decisões, ela apresente vantagens acentuadas em relação à jurisdição comum, quanto à rapidez, informalidade e ao custo. E é nestes pontos que a técnica da mediação leva vantagem. Isto porque ela tem como características a economia de tempo e recursos financeiros, a informalidade (oralidade e ambiente descontraído), a autonomia das decisões (não exige homologação futura) e o equilíbrio entre as partes.

O trabalho de mediação tem demonstrado, nas ultimas décadas, uma diversidade de aplicação. O processo tem-se revelado eficaz em várias áreas. Não há limites para o uso da mediação, exceto os legais. As disputas industriais e do trabalho e as disputas de família são as que mais têm usado o instituto no Brasil.

Não é à toa que a mediação é o meio alternativo que mais cresce na América. Nos Estados Unidos, por exemplo, ela opera em dois contextos: a mediação determinada ou adotada pelo tribunal, utilizando servidores da justiça habilitados e mantidos pelos tribunais; a mediação realizada pelas partes em litígio que, por si só, escolhem tal alternativa para solução de seus conflitos.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho explica que a forma e os limites que vão pautar a atuação do mediador vão indicar a modalidade de mediação, havendo basicamente dois tipos de mediação: a ativa e a passiva⁹⁴. O autor esclarece que a mediação ativa é a chamada conciliação no Brasil. É a mediação avaliadora. O mediador vai facilitar o entendimento entre as partes e, principalmente, interagir com elas, apresentando soluções e buscando caminhos que não haviam sido pensados. Pode admoestar a parte, falando de uma ou outra proposta que pode ser muito elevada, ou baixa. Ele vai influenciar no resultado do litígio.

Mas essa não é a verdadeira mediação. A mediação ora tratada não pode ser confundida com a conciliação. Ela envolve um processo em que o papel do mediador é mais ativo em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal. Ao contrário da mediação, a conciliação

⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

abarca um acordo de vontades, a realização de concessões recíprocas, e o terceiro interventor em papel menos destacado do que na mediação, uma vez que se limita ao ajuste da situação conflituosa ⁹⁵.

Portanto, o que nos interessa é a mediação passiva, na qual o terceiro vai apenas ouvir a versão das partes e funcionar como um agente facilitador, procurando apagar as arestas, sem, entretanto, introduzir o seu ponto de vista; apresentar soluções ou, ainda, fazer propostas ou contrapostas às partes. Será um expectador, um facilitador.

O mediador deve ser um terceiro neutro, ou seja, indiferente ao êxito do pleito, somente largando mão de sua neutralidade em casos extremos. Deve buscar a aproximação das partes em litígio, testando separadamente as suas respectivas posições e procurando oferecer diversos ângulos não observados pelas partes devido à conflituosidade. O mediador é um catalisador, reaproximando as partes de forma a encontrarem por meio da negociação e por seus próprios esforços um acordo que atenda a seus interesses. Até porque a mediação é uma das formas de auto composição.

Na mediação, não se busca uma decisão que ponha um ponto final à controvérsia. O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa. Estas características da técnica da mediação a tornam um exemplo de instrumento judicial em prol da democracia.

O mediador, por sua vez, obrigatoriamente deve conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em pauta e deve possuir qualidades específicas para facilitar uma boa solução do conflito. Deve ter grande capacidade e habilidade comunicativa. Deve facilitar a comunicação e permitir que as pessoas em disputa examinem a controvérsia, baseadas em diversas perspectivas, auxiliando a elaboração de um acordo mutuamente satisfatório e viável e desenvolvendo as negociações via formulação das adequadas sugestões de encaminhamento ⁹⁶.

Ante todas as vantagens da mediação, salienta-se que, para seu resultado ser satisfatório, é necessária uma boa vontade das partes e, por isso, ela deve ter a concordância dos interessados ⁹⁷. Todos os presentes devem anuir quanto aos

⁹⁵ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 58.

⁹⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Ob. Cit.

⁹⁷ É o que defende Humberto Dalla Bernardina de Pinho em seu artigo "A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro", conforme citação bibliográfica. Acrescenta o autor que "é um erro pensar

procedimentos utilizados e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Ressalta-se, entretanto, que, apesar de célere quando comparada à decisão judicial de mérito definitiva por meio do judiciário, uma mediação bem feita demanda tempo e encontros reiterados. Chegar a um acordo por meio da mediação não é tarefa fácil. Exige dedicação, preparação adequada do mediador e tempo, mas não tanto tempo quanto o necessário para findar um processo judicial. Por isso, é um erro pensar em executar mediações em série. A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único e demanda dedicação.

Mister salientar, entretanto, que a despeito de tantas vantagens, em decorrência de suas características peculiares, nem sempre a mediação é a melhor opção. Ela é eficiente em algumas situações apenas. A depender das características do caso, uma solução impositiva deve ser a escolha mais adequada. Se a via consensual estiver irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou de ambas as partes ou, ainda, pela falta de habilidade em lidar com o conflito, não caberá mediação⁹⁸. Nesse caso, deve-se recorrer à adjudicação, ou decisão forçada. Por isso mesmo, este meio alternativo de solução de conflitos não tem a pretensão de substituir a jurisdição.

Saber quando optar pela mediação é essencial para a resolução adequada de um litígio. Este meio é eficaz quando os participantes da contenda desejarem ter controle sobre o processo; quando há prevalência de questões de fato sobre questões jurídicas; quando existe um equilíbrio de poder entre os litigantes; quando não há necessidade de se realizarem provas, perícias ou de se ouvirem testemunhas; e, quando existe o anseio de que relações futuras sejam preservadas, sendo necessário se evitarem situações de vitória e derrota entre as partes. Todas estas características podem ser vislumbradas em um processo coletivo, pois é de interesse da sociedade e de interesse do próprio Estado que, na quase totalidade dos casos, ocupa o polo passivo, a efetivação dos direitos sociais pleiteados.

Quanto ao momento da mediação, como preleciona o promotor Humberto Dalla, via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como já visto, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa

na mediação como a panacéia para todos os males, até porque, sua premissa básica é a voluntariedade e a boa fé de seus atores".

⁹⁸ Realmente a mediação não deve ser utilizada indiscriminada e genericamente em todos os procedimentos civis. Deve haver um mecanismo de filtragem, de modo que seja utilizada, apenas, nas hipóteses nas quais possa ser útil. Este é o entendimento esposado por Humberto Dalla no artigo acima referido intitulado "A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro".

jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar mais uma vez a autocomposição, não somente através da conciliação, mas também pela mediação⁹⁹. Esta segunda forma é a que se propõe neste trabalho como solução ao problema da ineficácia da tutela jurisdicional coletiva relativa a políticas públicas.

A introdução da mediação passiva no processo coletivo, por analogia, deve seguir os moldes da conciliação, ou seja, poderia ocorrer em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um mediador, ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do CPC); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de mediação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do CPC).

Ante o novo modelo de jurisdição decorrente do Estado Social, busca-se garantir a efetividade das demandas coletivas através de uma flexibilização processual, abandonando-se a estrutura tradicional individualista e assumindo-se uma nova postura. Uma destas novas posturas do juiz, quando da condução de processos coletivos, certamente, deve ser a adoção do papel de mediador.

Até porque, a mediação, conciliação, arbitragem e juizados especiais representam um ensejo concreto de participação popular na administração da justiça e sua consequente democratização, além de constituírem uma clara resposta à exaustão do atual modelo judiciário estatal¹⁰⁰.

5. Solução consensual e direitos indisponíveis

Ao propor a mediação como parte integrante dos procedimentos iniciais adotados no âmbito dos processos coletivos, está-se propondo uma solução consensual. Tal fato enseja a seguinte indagação: como compatibilizar uma solução consensual com direitos indisponíveis? Afinal, os direitos veiculados em sede de ações coletivas, especialmente as que tratam de políticas públicas, são direitos fundamentais, dos quais não se pode dispor. Como então poderia o Estado transacionar tais direitos?

Na realidade, o Estado social assume abertamente a obrigação com a sociedade de fazer valer os direitos fundamentais. Ele não pode recusar-se a cumpri-los. A não

⁹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de setembro de 2010, p. 04.

¹⁰⁰ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Ob. Cit. p. 63.

efetivação do direito pleiteado decorre de fatores outros que não a discussão acerca da obrigatoriedade do Estado em promover os direitos sociais. Por isso, quando se discutem tais questões em juízo, o Estado não pode pretender negar tal finalidade, mas apenas colocar em discussão as razões pelas quais não está cumprindo sua obrigação.

Assim sendo, não cabe ao Estado administrador reduzir os direitos dos cidadãos que buscaram a justiça para efetivação dos direitos fundamentais. Cabe a ele perquirir meios justos e equânimes para sua realização e não se furtar ao seu cumprimento. E esta busca será mais eficaz se as necessidades de todas as partes forem expostas com franqueza e visando à melhor solução, isto é, àquela capaz de atender a ambas as partes.

Os direitos fundamentais são indisponíveis e não podem sofrer renúncia pura e simples. São direitos líquidos e certos e, portanto, exigíveis. Esta liquidez e certeza foi conferida pela própria Constituição. Portanto, o emprego da mediação não visa a uma transação propriamente dita, isto é, alcançar concessões recíprocas. Até porque, como preleciona Medina, a mediação busca essencialmente a aproximação das partes e seu entendimento. O instituto da mediação não se preocupa unicamente com a obtenção de um simples acordo entre os indivíduos litigantes. O objetivo maior a ser alcançado na mediação é o reatamento entre aqueles que estavam em conflito. Pacificar relações, eis o fim máximo pretendido com a mediação¹⁰¹.

Assim sendo, o que haverá nestas ações coletivas é um ajuste de vontades para efetivação dos direitos fundamentais, e não uma renúncia deles. O que haverá é a busca por meios mais eficientes e céleres para efetivação dos direitos fundamentais por meio do emprego da técnica da mediação.

6. Considerações Finais

Portanto, não restam dúvidas acerca da possibilidade, ou melhor, do poder-dever do judiciário de resguardar os valores fundamentais insculpidos na Constituição, ainda que para tanto se obrigue a proferir decisões que interfiram direta ou indiretamente nos planejamentos do executivo.

Todavia, a despeito dessa importante função conferida ao judiciário, é necessário reconhecer que ela não tem sido realizada como deveria. É fato que as ações coletivas,

¹⁰¹ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Ob. Cit. p.58.

principalmente aquelas que têm como objeto a realização de políticas públicas, apresentam hoje baixo, ou quase nenhum, índice de eficácia.

A primeira causa desse fracasso é o aumento em grande escala de demandas judiciais. O fato de o Estado transformar-se em instituição prestacional somado à ampliação do acesso à justiça levou ao abarrotamento do judiciário. As demandas são inúmeras e cada vez mais complexas. Por razões lógicas, a estrutura da função jurisdicional não foi capaz de responder em tempo razoável e de forma eficaz a todos os pleitos. A morosidade é tamanha que, em alguns casos, ocasiona a inocuidade da decisão. Outra causa é a estrutura individualista do processo, que não traz em seu bojo procedimentos adequados para a tutela dos direitos coletivos. As questões sociais não podem ser tratadas da mesma forma que os litígios particularizados.

Em se tratando de direitos de grande importância e repercussão social, e ante as resistências opostas ao intervencionismo do judiciário nas políticas públicas, faz-se imprescindível encontrar meios de se obter eficácia nas decisões proferidas em processos coletivos. E o caminho buscado, além de ser efetivo, deve estar apto a conferir legitimidade ao julgador no exercício dessa nova tarefa, a saber, a concretização dos valores sociais previstos constitucionalmente.

Para se efetivarem as mudanças necessárias, o judiciário tem que abandonar a noção individualista do processo, tomando-o como um instrumento de participação democrática do povo. Quer-se, com isto, dizer que a formação da vontade estatal precisa fundamentar-se no interesse social, em benefícios para a coletividade, que serão muito bem identificados quando todos os interessados puderem participar do processo de formação desta vontade. A participação democrática integra cidadãos e Estado, garantindo a racionalidade e a aceitabilidade das decisões.

É claro que não se pode conceber mais o processo democrático como o mero cumprimento do “dever cívico” de votar nas eleições periódicas. A democracia não pode se limitar a um processo de representação política. É indispensável a criação, a institucionalização de canais de participação direta dos cidadãos nos processos decisórios do Estado. Por isso, há necessidade de se estabelecerem processos de comunicação entre o governo e o particular, seja um processo administrativo, um processo eleitoral ou, ainda, um processo judicial. Neste último caso, a participação popular ocorre fundamentalmente no âmbito dos processos coletivos. É o que afirma Sérgio Cruz Arenhart:

A ação civil pública é, nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta, e o juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da

jurídica. Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas não segundo suas próprias opiniões ou convicções, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades. A partir desses critérios, não há sentido em o magistrado sentir-se desempenhando papel que não lhe compete¹⁰².

Nesse sentido, o processo judicial coletivo não deve ser visto como um mero desencadear de atos organizados logicamente como preparativo de uma decisão final. Não se confunde com construções formalistas. Deve ser compreendido como uma relação jurídica em que se busca a cooperação dos cidadãos nas tomadas de decisão.

O processo na atualidade, muito mais do que um *iter*, é visto como o “espaço” preferencial para o desenrolar das relações jurídicas. Esta feição aponta para a necessidade de criar-se uma 'estrutura aberta, flexível e pluridimensional', afastando-se dos modelos que adotam uma rígida estruturação normativa das etapas do procedimento. E, um dos procedimentos para se flexibilizar a rigidez do tradicional processo judicial, adaptando-o aos conflitos coletivos é introduzir a mediação como etapa necessária.

Em processos coletivos nos quais se discute a tutela de direitos sociais intimamente relacionados com atuações do Estado em políticas públicas, deve haver sempre a participação de todos aqueles diretamente responsáveis pela solução dos problemas postos em discussão. A presença das autoridades competentes e dos cidadãos e órgãos interessados se fará por meio de audiências, nas quais o magistrado assumirá o papel de mediador, a fim de buscar soluções apropriadas para conciliar os valores públicos que se chocam no caso concreto.

É certo que a mediação, por demandar tempo, dedicação e encontros reiterados em audiências, pode parecer em um primeiro momento, não muito vantajosa. Mas trata-se de uma conclusão precipitada, pois, a despeito de já ter sido movimentada a máquina judiciária, a busca por uma solução conciliatória no início do processo resulta, necessariamente, em pelo menos uma, de duas situações proveitosas: se bem sucedida, economizará os anos que o processo restaria sem decisão, tramitando nas instâncias judiciárias. Mas caso, por outro lado, as audiências não resultem em autocomposição, ainda assim, haverá benefícios, porquanto o magistrado tomará ciência de informações a que não teria acesso pelas vias procedimentais ordinárias.

¹⁰² ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

Destarte, ainda que não se chegue a uma solução consensual, o trabalho de mediação realizado nunca será perdido porquanto o juiz, ao conhecer os vários ângulos dos interesses das partes bem como entender as dificuldades para implementação do pleito inicial, terá melhores condições de ponderar os interesses em jogo.

Ademais, a posição de mediador e as reiteradas audiências permitem que a responsabilidade não fique restrita ao juiz, que, muitas vezes, não domina o assunto e nem o conhece com detalhes. E este impasse pode ser solucionado na medida em que os encontros das partes permitam que a questão seja pormenorizada, abrindo o leque de soluções possíveis.

Com o uso da técnica da mediação, há um outro benefício ainda mais vantajoso que os até então apresentados: o combate à visão "micro" do Judiciário e ao "privilégio" dos que demandam. Isso porque as principais desvantagens de uma decisão judicial que influencie as políticas públicas são as vantagens concedidas a quem recorre à justiça sobre os demais cidadãos que não o fazem, mas que também merecem a tutela pleiteada.

Esse é um problema grave, pois a decisão judicial em questões de direitos coletivos, muitas vezes, devido a esta visão reduzida, é capaz de gerar uma "política do fura fila". Quer dizer-se com isto que aqueles que recorrem ao judiciário são beneficiados em detrimento de outros tantos que não tiveram ou não puderam ter este acesso. Esta dificuldade está relacionada com a visão segmentada do Judiciário, uma vez que na maioria dos casos o Estado-Juiz não considera a amplitude global do problema, mas apenas o caso que lhe é apresentado. A ampliação da visão do juiz permitida pela mediação reduz significativamente o risco de decisões deste tipo.

Conforme se vê, há uma completa interação entre o processo coletivo e a formulação democrática de políticas públicas, sendo que a mediação representa e concretiza a participação do particular na solução de conflitos, na resolução de controvérsias e na distribuição da justiça. A mediação como etapa prévia da instrução processual nas demandas coletivas torna realidade a atuação do cidadão na administração da justiça. É o povo como solucionador das contendas.

Todavia, é importante ressaltar que o emprego dos meios alternativos de solução de controvérsia, especialmente a mediação, não deve representar somente uma fuga da justiça estatal ou o remédio exclusivo para a denegação ou para a excessiva morosidade da justiça estatal. Deve, ao contrário, complementar a forma estatal de resolução de conflitos.

Isso porque sempre que os meios alternativos se desenvolvem como reação à crise da justiça pública, eles nada mais são do que instrumentos de injustiça e de sobreposição dos desígnios do mais forte sobre o mais fraco. Este risco deve ser evitado sob pena de a mediação pairar como instrumento de opressão e não de exaltação da dignidade humana, da tutela efetiva dos direitos do cidadão e do restabelecimento de uma convivência social harmoniosa e pacífica.

Por último, é preciso atentar-se para o fato de que, apesar de a mediação se mostrar um meio essencial para legitimar as decisões em processos coletivos relativos a políticas públicas, ela é instrumento insuficiente para resolver *todos* os problemas de ineficácia das ações coletivas. Ora, tão urgente quanto a ampliação de tutelas diferenciadas é uma reforma processual humanizadora, apta a prevenir e equacionar com celeridade e baixo custo os chamados litígios do contencioso de massa e a introduzir nas ações coletivas procedimentos probatórios próprios, como as audiências públicas e a intervenção voluntária técnica, para levar em conta o pluralismo social, e permitir que o juiz exerça com segurança as novas responsabilidades gerenciais e normativas que certos direitos de terceira ou quarta geração depositam nas suas mãos. Somente assim será possível oferecer ao jurisdicionado um verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, um verdadeiro acesso ao direito.

7. Bibliografia

ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Artigo disponível em <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Texto publicado no Informativo Migalhas, disponível em www.migalhas.com.br. Acesso em 14 de setembro de 2010.

BOBBIO Norberto. *O Futuro de Democracia*. 9ª Ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. In Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site <http://www.panoptica.org>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

COPETTI, Andre. *A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível no site <http://www.ihj.org.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

FISS, Owen (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Artigo publicado no Mundo Jurídico em 31.01.2003, disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 3 de setembro de 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

_____. *Teoria Geral do Processo*. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23/158.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo melo Franco. *Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito*. in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>. Acesso em 14 de setembro de 2010.

PASSOS, Aline Araújo. *Ações Coletivas e implementação de Políticas Públicas para a tutela de Direitos Fundamentais*. in Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 4ª ed. Salvador: Podivm, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 5 de setembro de 2010.

_____. *Ações de Classe. Direito Comparado e Aspectos Processuais relevantes*. Simpósio de Processo Civil ocorrido na EMERJ em 28/09/2001. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 5 de setembro de 2010.

_____. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

_____. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

_____. *Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação – cidadania, Direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

O CASE MANAGEMENT INGLÊS: UM SISTEMA MADURO?

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

*Doutorando em Direito Processual Civil pela UERJ
Mestre em Direito Processual Civil pela UERJ.
Visiting Scholar na Universidade de Cambridge
(Inglaterra). Advogado no Rio de Janeiro.*

Resumo: O presente trabalho aborda o sistema inglês de gestão dos processos pelos juízes. O escopo da pesquisa é explorar a chamada *Wolf's Reform*, que transformou a jurisdição civil inglesa. São primeiramente analisadas as modificações culturais ocorridas e, em seguida, é abordada a outorga de poderes discricionários de gestão às cortes. São, ainda, investigados os principais instrumentos oferecidos pela legislação processual inglesa, que permitem aos juízes lidar com as demandas com atenção aos objetivos traçadas para o exercício da jurisdição. Por fim, o estudo examina as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos e as conquistas da reforma após doze anos de vigência da lei.

Abstract: The present work deals with the English court case management system. The aim of the research was to explore the Wolf's Reform which transforms the English Civil Justice. The cultural change is primarily analyzed, followed by judicial discretion and the court's new managerial powers. It is yet investigated the main instruments provided by the Civil Procedure Rules to allow the English Courts to manage cases regarding the Overriding Objective. Finally, the study deals with decisions of the European Court of Human Rights and with the Wolf's Reform's achievements twelve years on.

Palavras-chave: direito inglês; processo civil; gestão de processos; discricionariedade.

Keywords: English Law. Civil Procedure. Case management. Discretion.

Sumário: 1- Introdução; 2- A *Wolf's Reform* e antecedentes: mudança cultural; 2.1. Mudança na cultura; 2.2. *Overriding Objective*: os escopos da jurisdição e do *case management*; 2.3. Discricionariedade; 3- A abrangência do *case management* nas *Civil Procedure Rules* (CPR); 3.1. Escolha do procedimento; 3.2. *Timetabling* e penas pelo não cumprimento das ordens judiciais; 3.3. *Default Judgment*, *Striking Out* e *Summary Judgment*; 3.3.1. *Default Judgment*; 3.3.2. *Striking Out*; 3.3.3. *Summary Judgment*; 3.3.4. Diferenças entre *Striking Out* e *Summary Judgment*; 3.4. Suspensão do processo e incentivos à utilização de ADR; 3.5. Admissão de provas e *cross examination*; 4- A reação da Corte Européia de Direitos Humanos e o impacto na Europa Continental; 4.1. Decisões da Corte Européia em relação à aplicação do *striking out*; 4.2. Entendimento da Corte Européia a respeito do incentivo à utilização de mediação; 4.3. O impacto das CPR na Europa Continental; 5- Pontos de sucesso, deficiências e perspectivas; 6- Conclusão.