

O “TEMPO DA JURISDIÇÃO” E O “TEMPO DA MEDIAÇÃO”: A(S) VERDADE(S) CONFLITIVA(S) E O SEU TRATAMENTO

*Fabiana Marion Spengler**

*Theobaldo Spengler Neto***

RESUMO

O presente artigo pretende discutir o tempo do processo e seus rituais abordando a Emenda Constitucional 45/2004 (EC/45) especialmente no que tange à discussão da razoável duração do processo, seja no âmbito administrativo ou judicial, como meio de alcançar uma justiça mais célere. A discussão permeia a prestação jurisdicional observando que a aceleração quantitativa nem sempre significa a melhoria qualitativa. Nesse interregno, o “tempo do processo” e o “tempo da mediação” também serão discutidos numa perspectiva que considere as práticas diferenciadas de cada um e principalmente o fato de que cada mediação é diferente requisitando um tempo e um ritmo próprio, diferenciado do tempo processual.

Palavras-chave: Constituição. Mediação. Processo. Tempo.

INTRODUÇÃO

O que é o tempo? Como medi-lo? Como defini-lo? São questões que se colocam e para as quais encontramos respostas, mas não sem antes mergulhar na dúvida para nela continuar envolto, incerto de que o respondido oferece realmente consistência. De fato, Santo Agostinho já dizia que deixava de saber o que ele significava ao ser questionado a seu respeito¹. No decorrer da história, inclusive as ações utilizadas para medir o tempo - enquanto expressões da linguagem humana - sofreram alterações (desde contá-lo, percebê-lo, concebê-lo até computá-lo).

O tempo não se deixa ver, tocar, ouvir, saborear e nem respirar. Nesses termos, como medir algo que não se pode perceber pelos sentidos? Uma hora é algo invisível. Mas e os relógios? Eles não medem o tempo? Se eles permitem medir alguma coisa, não é o tempo invisível, mas algo que pode ser captado como a duração de um dia ou de uma noite de trabalho ou a velocidade de um corredor. Nesse sentido, os relógios são criados para exercer, socialmente, a mesma função dos fenômenos naturais: oferecer orientação ao homem. Com esse processo, harmonizam comportamentos de uns para com os outros, adaptando-os à vida terrena².

Mas por que os homens precisam determinar o tempo? Para definir posições e trajetórias que se apresentam sucessivamente e, nesse caso, precisam de uma segunda sucessão de acontecimentos em que as mudanças individuais, obedecendo a lei da irreversibilidade, sejam marcadas pelo reaparecimento de certos modelos seqüenciais. Essas seqüências, por sua vez, são perceptíveis em si e relacioná-las representa uma das elaborações do perceber humano. Isso encontra expressão em um símbolo social comunicável: a idéia de “tempo”, a qual, no interior de uma sociedade, permite transmitir de um ser humano para o outro imagens mnêmicas³ que dão lugar a uma experiência, mas que não podem ser percebidas pelos sentidos não perceptivos⁴. Essa percepção/determinação do tempo nada mais é do que a sua instituição.

Nesse artigo, o que se pretende é discutir o tempo a partir de uma concepção que o determine como algo que seja “a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas”⁵. Pretende-se investigar a importância dessa sucessão de instantes para o Direito, especificamente quanto à sua instituição.

Desse modo, a discussão interliga o tempo do processo enquanto seus rituais são examinados, como tempos contínuos porém não ordinários, que muitas vezes se traduzem na expressão “morosidade”. Nesse sentido, a Emenda Constitucional 45/2004 (EC/45) será abordada, especialmente no que tange à discussão quanto ao tempo processual, uma vez que prevê a razoável duração do processo, seja no âmbito administrativo ou judicial, como meio de alcançar uma justiça mais célere. A discussão permeia a prestação jurisdicional observando que a aceleração quantitativa nem sempre significa a melhoria qualitativa⁶.

Nesse interregno, o “tempo do processo” e o “tempo da mediação” serão discutidos numa perspectiva que considere as práticas diferenciadas de cada um e principalmente o fato de que “cada mediação é diferente e pede não somente tempo, mas um tempo próprio, diferente de uma outra mediação, com seu ritmo próprio. É justamente a arte do mediador de saber compor com o tempo, de fazer com que a mediação tenha êxito graças ao tempo”⁷.

Possuidora de uma cadência temporal própria, colocando-se “entre” as partes e agindo como instrumento de justiça social, a mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), possibilitando o entendimento mútuo e o consenso. Então, tempo, processo e mediação são categorias revisitadas nesse contexto, uma vez que se identificam com a substância originária do Direito e com a substância íntima do homem. Levando em consideração que “sem a temporalidade, o direito careceria de significado”⁸, esse é, pois, o texto que agora se apresenta.

1 O TEMPO E O DESTEMPO: A SINGULARIDADE DO RITO COMO TEMPORALIDADE PROCESSUAL ÚNICA

Para discutir as relações entre o tempo e o processo, é necessário recordar que o tempo do processo não é um tempo ordinário. Da mesma forma que o espaço judiciário reconstrói, por oposição ao abandono da sociedade, um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano. O primeiro insinua-se neste como uma ação temporária que, dada a sua ordem e a sua regularidade, compensa as lacunas do tempo profano que se ritualiza para tornar-se processual⁹.

Antes mesmo de existirem leis, juízes e palácios de justiça, havia um ritual. Esse ritual poderia ser religioso ou pagão, mas era consenso entre seus praticantes e seguidores¹⁰. Nestes termos, o que é um processo? Ele é, inicialmente, um ritual e justamente por isso carrega consigo um repertório de palavras, gestos, fórmulas, discursos, de tempos e locais consagrados, destinados justamente a acolher o conflito. Primitivamente, a autoridade não era necessariamente um juiz, poderia ser o sacerdote ou o líder de um povo, mas de uma coisa não se abria mão: era necessário um código, uma fórmula (escrita ou não) de tratar o conflito, consensuada entre todos os integrantes do grupo, ou seja, institucionalizada por eles¹¹.

Essa forma era o ritual, o código. Não é por acaso que ainda usamos a palavra rito para definir o procedimento judicial (rito ordinário, sumário...). O uso do termo rito não é um mero acaso, uma vez que se trata de uma prática social que serve para governar o sentido da complexidade das coisas. O rito é a resposta para a incerteza¹², condimento da angústia do não previsível, é controle, é tanta coisa, mas é sobretudo prática social¹³. Assim, o processo é construído em torno da lógica ritual, não substituível por nenhuma outra linguagem, exclusivamente em função de uma coação a decidir¹⁴. Assim, não todas as provas, mas também aquelas tecnologicamente mais relevantes poderiam ser admitidas, e nem todos os tempos seriam consentidos, senão dentro do código lingüístico regulado pelo Direito¹⁵.

Desse modo, integrado nessas marcas rituais do tempo, o processo desenrola-se de uma assentada: representa-se até ao fim. Durante o período em que se desenvolve, apresenta avanços e recuos, peripécias, uma alternância de esperança e de pessimismo e, quando o fim se aproxima, a tensão. O processo é uma revolução completa. É por isso que se pode afirmar que a temporalidade processual não encontra possibilidade de reprodução. Tudo isso se deve, efetivamente, ao princípio da autoridade da coisa julgada que proíbe que a mesma jurisdição volte a ocupar-se de um mesmo caso previamente julgado por ela. Não reprodutível, o tempo do processo é, pois, e de igual modo, um tempo único¹⁶.

É possível afirmar que o tempo do processo não resulta, entretanto, unicamente das regras processuais, pois o processo deve regular um litígio. Assim, a matéria litigiosa impõe o ritmo dos procedimentos. Seu estudo mostrou que o tempo é evolutivo e não se reduz ao momento da demanda na justiça. A matéria litigiosa é uma matéria viva que não pode se solidificar no início do processo. O procedimento deve, assim, integrar as evoluções do litígio que resultam da atividade das partes, do juiz ou, ainda, de uma mudança de legislação¹⁷.

Portanto, o processo do qual tanto se fala e sobre o qual tanto se litiga, não pode ser considerado outra coisa senão um lugar, único, onde se realizam duas exigências diferentes: a primeira é a busca pela verdade em uma história que uma lei prevê como delito/ilícito; a segunda é a garantia que o acusado/requerido possa se defender da acusação que lhe é feita. Ambas existem uma em função da outra, e não uma contra a outra, e juntas, entre elas, se constitui o critério fundamental de legitimação da jurisdição¹⁸.

Por fim, o tempo do processo é um tempo contínuo, possuindo um começo e um fim¹⁹. Vive-se até o fim. Além disso, avista-se a temporalidade processual como um procedimento ordenado de modo que cada um possui o seu lugar e cada coisa acontece a seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário. Todo juiz dá uma certa liberdade para adequar essa ordem às especificidades do processo²⁰, prerrogativa que não é atribuída às partes, por exemplo. Ainda, observa-se que o tempo é muito mais “longo” para as partes (especialmente o acusado) do que para os profissionais da justiça. Muitas vezes, ele (o acusado) esperou longamente para que o tempo “passasse”²¹.

À exceção dos casos flagrantes, o processo não decorre em tempo real, nele o tempo é recriado²². A vida social não pode ser reparada aos bocados, ela pede para ser regenerada: é esse o sentido do tempo judiciário. Essa recriação da ordem social não consiste numa simples representação e, nesse contexto, o ritual permite também que a sociedade *participe* nessa criação. Aquilo que se representa é um *drama*, ou seja, uma ação, algo que se está para fazer, algo que se faz, algo sobre o qual é possível agir. Observa-se que o tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Assim como o tempo judiciário, o Direito, ao assimilar textos provenientes de épocas diferentes, parece ser insensível ao tempo. Sublima a perenidade para proporcionar à sociedade uma atualidade eterna. Integra o passado num presente eterno. Contra a corrupção do tempo, o Direito afirma a sua inesgotável capacidade de auto-regeneração, de sublimação do caráter finito da História. Portanto, luta contra o abandono trazendo a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir sem ser afetado pelo tempo. É o “não-tempo” do Direito²³.

No entanto, a elaboração simbólica do processo é hoje alvo de ataques e críticas. Na maioria das vezes, acusa-se a justiça de ser demasiado lenta e para muitos o antídoto para essa morosidade é o tratamento dos processos “em tempo real”. Desse modo, a justiça, que se flexibiliza e desformaliza, é solicitada com mais freqüência. Na ânsia de dar resposta céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela Emenda Constitucional 45 (EC/45), cujas expectativas são de que suas alterações possam gerar transformações necessárias para implementar uma efetividade quantitativa e qualitativamente junto ao sistema judiciário nacional.

Na verdade, a EC/45 é apenas uma das tentativas (não a primeira e, com certeza, nem a última) de buscar celeridade através da alteração/introdução de legislação que tenha por objetivo estimular a eficácia quantitativa das decisões através da celeridade processual. O texto da Emenda Constitucional 45 (EC/45), promulgada em 08 de dezembro de 2004, produz alterações consideráveis nas instituições encarregadas de administrar a justiça.

As alterações que dizem respeito ao “tempo do processo” serão objeto de análise abaixo.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: UM NOVO TEMPO?

Ainda despertando dúvidas quanto aos resultados que produzirá, a Reforma do Judiciário determina alterações em uma parte considerável do texto constitucional. O pouco tempo decorrido desde a promulgação não permite ainda precisar se os resultados serão significativos, especialmente em face da polêmica introduzida por alguns dispositivos. De fato, ela é uma tentativa de fortalecer e modernizar a prestação jurisdicional brasileira que sabidamente tem acontecido de forma acanhada em termos quantitativos e principalmente qualitativos. É fato que o Judiciário viu sua estrutura (física, política, pessoal...) tornar-se inadequada diante dos avanços da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento em termos tecnológicos, administrativos e comportamentais.

Além desses, outros problemas acontecem, todos eles rotulados: “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si, além de desatualizada ou mesmo inaplicável), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada. Porém, como já asseverado anteriormente, a EC/45 traz uma série de polêmicas, muitas das quais objetos de ampla discussão (anterior e posteriormente à sua entrada em vigor). Pode-se mencionar, especialmente, a inclusão do inciso LXXVIII²⁴ no art. 5º do texto constitucional, que repercute em temas já bastante discutidos como “acesso à justiça”²⁵ e “cidadania”.

Porém, não se pode perder de vista que, antes mesmo na inserção do inciso referido ao art. 5º da CF pela EC/45, já se encontrava a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva no inciso LXXXV²⁶, o que possibilita o acesso à justiça e, numa interpretação extensiva, a uma justiça adequada e tempestiva²⁷. Aliás, as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é vista como um resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão através do direito de ação. No entanto, essas imbricações tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária²⁸. Desse modo, existe a possibilidade de limitar essa influência temporal através de dispositivos processuais de urgência, como os processos cautelares, as tutelas antecipadas ou específicas, que podem garantir a forma mínima do processo.

O inciso LXXVIII no art. 5º determina uma garantia constitucional que deve ser executada desde logo, sem o risco de esperar por ações legislativas posteriores que lhe venham a dar carga eficaz. O dispositivo em comento guarda especial importância em quatro aspectos: (1) torna obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável²⁹; (2) estabelece, ainda que de forma indireta, que prazo razoável é o prazo legal; (3) traz também a exigência de meios que garantam a celeridade processual; (4) por fim, introduz um conjunto de determinações relativas à organização do Poder Judiciário que, se implementadas de forma adequada, podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional³⁰.

Todavia, resta a pergunta: no que consiste a “razoável duração do processo”? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: “a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo³¹”. Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre os prazos serem efetivamente cumpridos, em especial pelos representantes da Magistratura³² existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil hoje se encontra muito acima do legal e do razoável³³.

Nesse mesmo sentido, discutindo a delimitação da expressão “prazo razoável”, percebe-se que o seu sentido deve ser “preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável”³⁴. Dessa maneira, fica clara a busca pela celeridade processual permeada pelo tratamento adequado resultante de uma resposta qualificada aos conflitos. Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Se a função social do processo, que é o instrumento da jurisdição, é a distribuição da justiça, não há como negar que, nas atuais circunstâncias do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade. Porém, outras estratégias precisam ser desenvolvidas para que se fale no tratamento qualitativamente adequado dos litígios.

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão³⁵. É por isso que não basta apenas “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdicção”³⁶. Nessa seara, mesmo que a EC/45 alcance resultados significativos tornando célere o trâmite processual, aproximando a justiça do cidadão, especializando varas para o melhor tratamento de uma parcela de direitos até então pouco observados, valorizando as defensorias públicas (o que implica de forma direta ou indireta na diminuição de custos e na

possibilidade de inclusão do cidadão hipossuficiente), deve-se recordar que os mecanismos de tratamento dos conflitos precisam ser revistos. Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

Conseqüentemente, essas novas garantias constitucionais vêm para integrar o sentido includente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária, etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana que, como escopo do “constitucionalismo social e democrático de direito”, repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicional³⁷.

A EC/45 foi apenas uma das tentativas de tornar eficaz a prestação jurisdicional do Estado. Porém, paralelamente surgem proposta diferenciadas de tratamento dos conflitos que emergem como estratégias à jurisdição tradicional, propondo uma sistemática processual que faça novas abordagens lingüístico-temporais. Esse assunto será objeto da abordagem adiante.

3 O PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL: DUAS TEMPORALIDADES DIFERENCIADAS

Parece dispiciendo apontar as diferenças entre a sistemática processual proposta pelo modelo tradicional de jurisdição e aquela das práticas de ADR, especialmente observadas na mediação. No entanto, algumas devem ser analisadas com especial atenção. Essas características diferenciadoras dizem respeito, dentre outras, à linguagem utilizada pelo mediador, à busca pela verdade e à discussão do tempo enquanto recurso de satisfação da tutela jurisdicional (processualmente falando) e de busca da paz social (quando sua utilização se dá através da mediação).

Nesse sentido, o primeiro pressuposto que se deve levar em consideração é o fato de que o campo da mediação coexiste em separado ao campo do juízo³⁸, objetivando que entre ambos haja autonomia³⁹. Porém, essa autonomia é relativa e não absoluta: de fato, por um lado é necessário que os sistemas de justiça e de mediação “conversem”, tendo em vista que não são mundos completamente desconexos entre si, mas, por outro lado, é importante que cada um fale a sua linguagem⁴⁰. Falar a sua linguagem significa ter em mente que ao juiz cabe exercitar o poder de “decidir”⁴¹.

De fato, transformar conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre conflitantes iguais está inscrito na própria existência de um grupo juridicamente “especializado”, dentre os quais se pode citar o juiz, o perito, o advogado e o promotor. Este grupo especializado se encarrega de organizar, segundo formas codificadas, a manifestação pública dos conflitos, substituindo a visão vulgar dos fatos por

uma visão científica⁴² e dando-lhes tratamento socialmente reconhecido como imparcial e legítimo, uma vez definido segundo regras formais e coerentes. Assim, a representação que descreve um tribunal como um espaço separado e delimitado em que o conflito se converte em diálogo de peritos e o processo, como um procedimento ordenado com vistas à verdade, é uma boa evocação de uma das dimensões do efeito simbólico⁴³ do ato jurídico como aplicação prática, livre e racional de uma norma universal e cientificamente fundamentada.

Enquanto procedimento que busca a verdade dos fatos, o processo não oferece uma comunicação bilateral uma vez que as relações processuais são todas indiretas, veiculadas à representação dos profissionais e endereçadas a um terceiro dotado de poder de decisão. O processo pesquisa, sempre com detalhamento, as formas mais neutras na aquisição da consciência do fato, desconfiando, de modo muito acentuado, da potencial parcialidade de todos os sujeitos que participam de sua reconstrução histórica. O juiz deve garantir a absoluta serenidade valorativa que coincide com a inexistência de pré-juízos, de modo que qualquer valoração que tenha expresso antes de assumir as vestes de julgador o expõe a uma contaminação irremediável. Conseqüentemente, o processo tende a perder a conotação participativa, assumindo um procedimento de elevado conteúdo técnico, burocrático, e formalista⁴⁴. Porém, a linguagem do juiz, traduzida no processo, é aquela de quem deve decidir quando o conflito não pode ser sanado de outro modo.

Isso se dá porque nem todas as relações são mediáveis⁴⁵. Onde os termos pertencem a planos diversos e falta um espaço físico e geométrico comum, faltará, também, a possibilidade de relação: conseqüentemente, é impossível alcançar a mediação⁴⁶. As relações nascidas nesse/desse espaço comum entre os conflitantes é a diferença característica entre o procedimento de mediação e o processo judiciário uma vez que “lo scambio (il contraddittorio) non si sviluppa tra le ‘parti del processo’ ma tra le ‘parti del fatto’⁴⁷”. Significa que, enquanto no processo as partes reagem conforme o papel que lhes foi determinado pelo código ritual do judiciário⁴⁸, no curso da mediação elas participam de uma experiência relacional que as toma como protagonistas diretos e não representados por um advogado. Essa postura proposta pela mediação oferece aos indivíduos um espaço para diferenciar-se através do procedimento de construção e reconstrução de regras e de contextos, sobretudo através de procedimentos de responsabilização⁴⁹.

De fato, o espaço da *mediação* está, antes de tudo, *no* meio, entre dois extremos. Coincide com sua relação e com sua existência. Compartilham as distâncias e os avizinhamentos. Antes de ser “meio” era, no mundo antigo, *mesotes*: espaço e virtude ao mesmo tempo. Era um estar no meio e, então, um assumir o problema, não distante de recusar o *idios* (do qual *idiota*), que fecha os indivíduos no egoísmo vulgar do seu ponto de vista *privado*; privado justamente no sentido de carente de alguma coisa. Indica, sobretudo, um espaço comum, participativo, que pertence também aos extremos entre os quais se define, mesmo os mais antagônicos e conflitantes; virtude distante da abstração de um *terzieta*⁵⁰ e de uma imparcialidade somente imaginárias⁵¹.

A tão aclamada imparcialidade do mediador deve ser revista levando em consideração que o conflito é, normalmente, a conseqüência de um desequilíbrio, de uma desigualdade. Nesses termos, o mediador tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes. Assim, se o mediador se arroga poderes de reequilibrar as desigualdades, de reforçar as posições mais frágeis, de conter e redimensionar as pretensões do mais forte, “o requisito da imparcialidade se dissolve no reconhecimento de uma autoridade discricional, *se non di un vero e proprio arbitrio*”⁵². O risco talvez seja a degeneração da função de mediador quando exercida por pessoa pouco capacitada que desenvolva sua função com prevaricação. No entanto, o verdadeiro antídoto reside no princípio do consenso que liga o mediador às partes e, na falta de atributos jurídicos, se legitima por aqueles que lhes vêm reconhecidos pelas próprias partes.

Essa imparcialidade imaginária acontece quando se esquece que o mediador possui um papel que é estar no meio, compartilhar, e até mesmo “*sporcarsi le mani*”⁵³. São muito comuns as repetições de que o mediador é imparcial na relação com as partes e é neutro no desenvolvimento da mediação. Com isso, ele se confunde com o juiz, mas sem os seus poderes e as suas prerrogativas; tornando-se um mínimo e, ainda mais, de formato reduzido. É um erro freqüente e quase ritual que faz perder o sentido real da mediação, que é totalmente oposta a esta invocação da qualidade de ser terceiro: o mediador que se coloca como tal deixa de ser mediador e assume uma posição estranha, *super partes*, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado para reativar a capacidade comunicativa. Um mediador que faz os interesses de um ou de outro promove a falência da mediação e perde a sua identidade. A mediação é outra; é um ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro e eqüidistante⁵⁴ no qual resida a grande utopia do moderno, que é ter a qualidade de terceiro⁵⁵.

Assim, enquanto o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o “*nec utrum, nem um, nem outro, nem isto nem aquilo*”, justamente neutro, o mediador deve ser “*isto e aquilo*”, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim⁵⁶. Enquanto as partes litigam e só vêem seu próprio ponto de vista, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomendar aqui, atuando com o objetivo das partes retomarem a *comunicação*, exatamente o *múnus* comum a ambas. O mediador torna-se meio para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar *entre* os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu *meio*⁵⁷.

Todavia, não obstante o mediador e o juiz possuírem papéis diferenciados, não obstante o processo judicial e o procedimento de mediação portarem características e rituais diversos e autônomos, não se pode ignorar que processo e mediação se combinam em uma relação complexa de formalidade/informalidade que não permite apresentar a mediação como uma simples alternativa à justiça tradicional, nem também como um procedimento que reivindica uma total autonomia, mas como um lugar de exercício da interdisciplinaridade e da interpenetração de diferentes modalidades de regulação social⁵⁸. Nestes termos, a mediação através de sua cadência própria

demonstra preocupação com a alteridade que deveria ser respeitada em todos os procedimentos que pretendam tratar conflitos. Sobre o tema se discorrerá adiante.

4 NO PROCESSO O TEMPO QUE DETERMINA A VERDADE, NA MEDIAÇÃO O TEMPO QUE SE ASSOCIA À ALTERIDADE

A ritualidade diferenciada entre a mediação e o processo se dá principalmente em duas linhas: a primeira diz respeito ao fato de que o processo sempre trabalha com a lógica de ganhador/perdedor. Num segundo momento, a ritualidade do processo tem por objetivo (além de dizer quem ganha e quem perde a demanda) investigar a “verdade real dos fatos”, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador.

Nesse sentido, o processo, enquanto busca da verdade, produz/reproduz a violência⁵⁹. A verdade não pode ser imposta por uma decisão, tampouco pode ser descoberta pela violência⁶⁰. A procura da verdade, nos termos que a ciência mecanicista coloca, é por si mesma violenta, tornando-se uma forma de manipulação do mundo e dos outros. E não importa que tentemos distinguir entre verdade como correspondência fática e verdade como interpretação, ambas são manipuladas. Ninguém sabe o que vai acontecer. Ninguém pode predizer o real, ele é imprevisível. As verdades, como momentos predizíveis do saber da ciência, são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares de medo; e com as quais pretendemos dotar de sentido o sem sentido da existência⁶¹.

À discussão sobre a verdade, Elígio Resta associa um outro fator determinante: o tempo, salientando que se alcança a verdade processual “per stanchezza⁶²”. Explica sua afirmação dizendo que, com a passagem dos dias (muitas vezes vãos) e em função da pressa com a qual estamos habituados a viver, o tempo se torna um recurso escasso se comparado com a exigência necessária para a pesquisa que a verdade exigiria. Nestes termos, afirma o autor que não é a verdade que define e condiciona o tempo, mas o tempo que define a verdade. Alcançamos, assim, a verdade por inflação de tempo ou, ao contrário, por uma irreduzível escassez. As questões de maior longevidade são seguidamente resolvidas não porque se junte as provas e as demonstrações definitivas, mas porque, simplesmente, não existe mais tempo: “non abbiamo tempo!”⁶³.

Diverso do processo e do seu tempo⁶⁴ (cuja expectativa é alcançar a verdade), a mediação é um procedimento de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade. “O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade, que me reconstitui como singularidade em devir”. Do tempo “do devir fazer da singularidade, do tempo que aproxima os conflitantes do que realmente sentem, conduzindo-os rumo ao centro recalcado dos próprios afetos”⁶⁵.

No espaço informal da mediação, a memória e os sentimentos dos conflitantes não se encontram bloqueados. O espaço mediativo não tem por objetivo reconstruir uma verdade, pois se constituem várias verdades possíveis. Assim, elas se modificam à medida que os atores se exprimem: as verdades se acomodam, se ajustam. De fato, na mediação, o objetivo não pode ser a verdade, uma vez que as verdades podem ser diversas. Uma mediação alcançada não traduz um acordo sobre a verdade efetivamente correspondente à exata dinâmica dos fatos. Em outros termos, o importante é que as partes concentrem-se sobre uma reconstrução dos fatos que as satisfaça. Este é o ponto central: não está dito que devam reconstruir exatamente a verdade, o importante é que tenham reconstruído a verdade que as contente, momentaneamente, provisoriamente, no tempo de um aperto de mão. Não se reconstroem amizades em uma sala de mediação, os mediadores não são os dramaturgos do conflito. Porém, podem oferecer uma contribuição importante para uma comunicação temporal melhorada⁶⁶.

Aqui se pode entabular as diferenças entre o “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”. O primeiro é um tempo dilatado, que se detém na espera sempre de um outro juiz, que faz parte da lógica paradoxal da dupla ligação que deseja sempre a palavra definitiva, mas que permanece na espera de controles posteriores⁶⁷. É o tempo da necessidade, uma vez que, na realidade, já aconteceu tudo, tornando-se prioridade, nesse momento, evitar o pior. Já na mediação se trabalha com a necessidade de encontrar um outro tempo, já que a temporalidade conflitiva precisa do exercício de prudência e de paciência nos quais não se decide o tempo do alto, mas da possibilidade de dois conflitantes de encontrar um tempo diferenciado.

É por isso que não se admite tempo fixado para a mediação⁶⁸. Quem poderá dizer qual é o tempo necessário para (re)estabelecer a comunicação? Aliás, qual é exatamente o tempo da mediação? “Onde se coloca a possibilidade, para as duas partes, de uma tomada de consciência lenta, progressiva, carnal, se podemos dizer, do conjunto de seu problema?” Sem essa consciência, não se tem mais do que um caso abstrato a resolver sem nenhum processo de responsabilização pessoal daqueles que estão presentes. E vai-se reduzir os mediadores a ser como certos médicos que devem “agir no ato”? Pode-se compreender, então, que isto é estritamente contraditório com a verdadeira mediação. Nestes termos, para aqueles que afirmam: “a lentidão atual da justiça é inacreditável”, nasce o remédio milagroso: a mediação. Urgência, urgência! O termo “urgência” “ganha hoje o conjunto do campo social”, e os problemas de fundo perdem-se na urgência⁶⁹.

Assim, o tempo se torna uma metáfora na qual vêm envolvidas muitas coisas, dentre elas, e sobretudo, a identidade das pessoas. Esse tempo se mistura sob uma alternativa, que é decisiva, entre a realidade e a possibilidade⁷⁰. Em função do rito, o processo introduz um corte cerimonial no tempo. De fato, todo ritual é um ato de instituição. Cada processo – tal como qualquer rito de instituição – investe um ator social num novo papel positivo ou negativo e redefine estatutos, perfilando um papel a que são inerentes obrigações e direitos. Posto isto, percebe-se melhor a alquimia pela qual o ritual transforma a linha – necessariamente arbitrária – demarcada pelo Direito em separação tida como justa pelo grupo social. A legitimidade, que tanta

preocupação gera nos tempos que correm, deve preocupar-se primeiro com essa base ritual. Ao assinalar, por força de um rito de instituição, um *antes* e um *depois*, o ritual judiciário estabelece um marco essencial. Esse marco, esse rito judiciário, associado ao Direito organizam o mundo. O Direito multiplica a realidade, atribuindo-lhe categorias, nomeando coisas e seres, objetivando agir sobre eles. “Substitui o carácter informe da vida pela coerência da sua linguagem actuante, que depura a realidade das suas contradições e da sua opacidade, de forma a ordená-la segundo categorias simples e operacionais”. Os bens são móveis ou imóveis; as ações judiciais são patrimoniais ou extrapatrimoniais, as sentenças são declarativas, constitutivas, as partes são divididas em autor e réu, e assim por diante. O ritual judiciário, o “tempo da jurisdição”, separa um interior de um exterior, um “antes” de um “depois”, a intenção do ato, o desejo da vontade manifesta, os fatos sociais da cientificidade do veredito⁷¹.

À mediação não cabe efetuar cortes temporais ou buscar verdades “reais” e únicas. Desenvolve seu papel no sentido tão somente de pôr em contato os conflitantes, facilitando a comunicação direta entre eles sem, necessariamente (ainda que possível), a intervenção de terceiros (como os advogados) no tratamento do conflito. Por conseguinte, a mediação trabalha com um novo paradigma no qual os conflitos são entendidos como acontecimentos que fazem parte de eventos comunicativos e, como tal, tratáveis se restabelecida/mantida a comunicação. Essa comunicação se define, então, mediante procedimentos verbais e não-verbais de fluxo constante que permitem conhecer, reconhecer e estimular formas de operar através das quais as partes possam criar, manter, negociar, mediar e transformar suas realidades sociais.

THE “TIME OF THE TRIAL” AND THE “TIME OF MEDIATION”: ARGUMENTATIVE TRUTH AND THEIR TREATMENTS

ABSTRACT

This article intends to discuss the time of the trial and its rituals approaching the Constitutional Amendment 45/2004 (EC/45) especially as it pertains to discussion of the reasonable duration of the trial, be in the administrative or judicial scope, as a way of achieve a swifter justice. The discussion permeates the jurisdictional provision observing that the quantitative acceleration does not always signify the qualitative improvement. In this interregnum, "the time of the trial" and the "time of mediation" will also be discussed in a perspective that considers the differentiated practices of each and mainly the fact that each mediation is different requesting a time and an own rhythm, differentiated of the procedural time.

Keywords: time, trial, mediation, Constitution

NOTAS

- * Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS -, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC –, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, advogada.
- ** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da mesma Universidade, advogado.
- ¹ Que é, pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quem poderá apreender, mesmo só com o pensamento, para depois traduzir por palavras o seu conceito? E que assunto familiar e mais batido nas nossas conversas que o tempo? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém mo perguntar, eu sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei. Porém, atrevo-me a declarar, sem receio de contestação, que, se nada sobreviesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existiria tempo presente (SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de S. J. J. Oliveira Santos, e S. J. A. Ambrósio Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 322. (Os pensadores).
- ² *Ibidem*, p. 08.
 Importa referir que durante a longa história do desenvolvimento das sociedades humanas, os sacerdotes sempre foram os primeiros especialistas da determinação ativa do tempo. Numa fase posterior, quando surgiram as sociedades-Estados, mais vastas e mais complexas, os sacerdotes passaram, de um modo geral, a dividir com as autoridades leigas a função de fixação do momento das grandes atividades sociais e, em muitos casos, essa partilha deu margem a tensões múltiplas. Depois, quando a luta entre sacerdotes e reis pela supremacia deu vantagem a estes últimos, o estabelecimento do calendário tornou-se, tal como a cunhagem da moeda, um monopólio do Estado (*Ibidem*, p. 45).
- ³ As imagens mnêmicas são aquelas relativas à memória, que se coadunam conforme os seus preceitos e que são fáceis de conservar.
- ⁴ ELIAS, op. cit., p. 13.
- ⁵ ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005. p. 800.
- ⁶ É importante ressaltar que a Emenda Constitucional 45 será analisada somente quanto a esse aspecto uma vez que, por possuir um texto vasto e polêmico, uma abordagem mais profunda não seria possível no presente texto dadas as limitações de espaço. Desse modo, abordar-se-á apenas a razoável duração do processo por ser assunto correlato ao tema discutido.
- ⁷ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 148.
- ⁸ CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavalle, 1952. p. 188.
- ⁹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 53.
- ¹⁰ Rito è termine che viene dall'esperienza religiosa e che ha finito per far parte del lessico fondamentale dell'antropologia. Indica l'insieme di pratiche linguistiche che trasferiscono nel campo della prevedibilità un mondo variegato di simboli, aspettative, esperienze che generano l'angoscia dell'incertezza. Si parla così di rito di iniziazione, di rito di passaggio, di rito di fondazione, di rito liturgico; qualcuno azzarda che la sua origine sia da riportare ad un dire e ad un avanzare. Il rito ripete, replica e si ripete: trasmette memoria di un'esperienza e regola le attese del nuovo; non ci si può interrogare sul perché né tanto meno sulla verità o falsità di un rito. (RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardozo/review/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006).
- ¹¹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 25.
- ¹² Jerome Frank trabalha com a incerteza do direito focando a produção probatória como um dos fatores de angústia dos juristas. Tal produção probatória também oferece um ritual, desde a apreciação dos fatos e de suas provas, até a sentença. É nesse sentido que salienta o erro principal: “concluyen que la certidumbre jurídica debe ser medida por la bastante fácil prevedibilidad de la sentencias del tribunal superior en los numerosos pleitos usuales, no excepcionales, llamados a ser resueltos por normas jurídicas bien establecidas

- y precisas.” (FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S. A., 1986. p. 83).
- ¹³ Il rito giudiziario lo fa soltanto più degli altri. C'è anche un racconto del rito che affonda nelle pieghe della storia del diritto capace di raccontarci dei suoi cambiamenti, ma anche delle sue giustificazioni, dal meccanismo formalmente irrazionale dei responsi oracolari ai moderni apparati sostanzialmente razionali del tecno-diritto, alla scommessa moderna del processo formalmente razionale; storia di un passaggio da legittimazioni sacrali all'infondatezza delle convenzioni moderne. Ma proprio quel racconto del rito ci mostra come in esso si consumi il tentativo dei nostri sistemi sociali di ingannare la propria violenza sostituendo alla cattiva infinità della vendetta o al rischioso arbitrio di un sovrano il procedere discorsivo. (RESTA, Elígio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardoza/rewiew/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006).
- ¹⁴ Ma la storia del processo è tutta consegnata a questo filo conduttore che ci conduce, in occidente, lungo i diversi sistemi e le diverse epoche, verso questo punto: il processo giudiziario è “rito” fondato su regole sue proprie, dotato di autonomia e differenza dalla materia che deve accertare e che tende a differenziarsi dall'arbitrio del decisore o dalla pericolosa irrazionalità della punizione di una comunità (Ibidem).
- ¹⁵ RESTA, Elígio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005. p. 169.
- ¹⁶ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 58-59.
- ¹⁷ Le temps du procès ne résulte cependant pas uniquement de règles processuelles. Le procès doit régler un litige. La matière litigieuse impose le rythme des procédures. Son étude a montré que le temps est évolutif et ne se réduit pas à l'instant de la demande en justice. La matière litigieuse est une matière vivante qui ne peut se figer au début du procès. La procédure doit donc intégrer les évolutions du litige qui résultent de l'activité des parties, du juge ou encore d'un changement de législation (AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Daloz, 2002. p. 511-512).
- ¹⁸ RESTA, Elígio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardoza/rewiew/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006.
- ¹⁹ Il processo è dunque un tempo di sospensione e di riflessione e, per così dire, un percorso di riordino dell'esperienza giuridica; il che significa anche un principio di orientamento per i consociati, in quanto la sanzione e la reintegrazione dell'ordine giuridico mediante il processo attuano, per altro verso, una contropinta psicologica che scoraggia e riduce le turbative dell'ordine giuridico: una funzione preventiva complementare a quella repressiva e non meno importante di essa (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 312-313).
- ²⁰ É justamente nessa crença que reside o risco de discricionarietà judicial.
- ²¹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 61-62.
- ²² Il “metodo giudiziario” si basa sul non precipitare il giudizio, anzi al contrario sul consapevole e voluto differimento della sua pronuncia all'esito del processo. Lo stesso principio del contraddittorio richiede di prender tempo per la decisione. Il giudice, prima di giudicare (in modo non meramente interlocutorio; cioè prima di emettere la sentenza), deve rimanere in posizione di ascolto (MARINELLI, op. cit., p. 308-309).
- ²³ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 68-69.
- ²⁴ Art. 5º [...]
- LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
- ²⁵ De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 11-12).
- ²⁶ LXXXV- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

- ²⁷ Assim, “uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito à ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como garantia fundamental de justiça” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 218).
- ²⁸ As relações temporais/processuais precisam ser analisadas levando em consideração que “o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido, nesta perspectiva, é utilizado como instrumento de certeza, na medida que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judicial. Já o tempo da economia globalizada é o tempo real, isto é, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver intrincados mecanismos para proteger seus negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte assim numa das condições básicas para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e aos desequilíbrios dos mercados, o que leva a um processo decisório orientado pelo sentido da vigência e baseado tanto na capacidade quanto na velocidade de processamento de informações técnicas e altamente especializadas” (FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002. p. 35).
- ²⁹ A Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969), a qual o Brasil aderiu em 26.5.1992, realizando sua ratificação em 25.9.1992 e sua promulgação em 9.11.1992 (Dec. 678), dispõe expressamente em seu artigo 8º, item 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. É possível afirmar, então, que a determinação de que o processo possua duração razoável e que sejam garantidos meios de celeridade na sua tramitação não é, propriamente, uma novidade no cenário brasileiro. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi observada quanto a esse dispositivo.
- ³⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário*. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 288.
- ³¹ Ibidem, p. 289.
- ³² Registre-se que é comum a demora na prestação jurisdicional ser justificada pela sobrecarga de atividades exigidas.
- ³³ Serve como exemplo da morosidade judiciária brasileira a recente notícia sobre a demora na tramitação de um processo que, inacreditavelmente, tramita ao longo de 70 anos. Trata-se do processo de inventário de Maria Eduarda Correa Simas, falecida em 31 de agosto de 1935, cuja abertura ocorreu em 29 de agosto de 1938, pelo inventariante Justino Correa Simas. O feito (nº 039/1.030032437-6) tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Viamão. Com a demora no tramitar do feito, as conseqüências foram nefastas: os herdeiros diretos faleceram; os bens foram todos alienados, ou cedidos onerosamente; ocorreu o esbulho de área rural de terceiros, o que determinou por parte dos prejudicados pedidos de providências policiais, bem como a abertura de processo criminal. Situação pior aconteceu em Rio Grande, onde os autos do processo do inventário do comendador Domingos

Faustino Correa serão doados definitivamente ao Departamento de Biblioteconomia e História da Fundação Universidade Federal de Rio Grande. A decisão é do Conselho da Magistratura do TJRS. O processo tramitou durante 107 anos e é considerado o mais longo de toda a história do Judiciário do Brasil. O comendador, no leito de morte, mandou redigir seu testamento em 11 de junho de 1873, vindo a falecer 18 dias após. O inventário deu entrada no Foro de Rio Grande em 27 de junho de 1874. O processo tramitou por 107 anos, gerando uma verdadeira corrida atrás do “ouro” alegadamente deixado pelo inventariado. Ao longo desse tempo, milhares de “herdeiros” se habilitaram à herança. A meação do comendador jamais foi partilhada aos supostos herdeiros. A solução se deu a partir da designação de um juiz (Carlos Roberto Nunes Lengler) especialmente para presidir, sanear e julgar o feito. Todos os mais de 1.200 volumes processuais foram trazidos a Porto Alegre no início dos anos 80 e, seis meses depois, o processo teve sentença (Editado em Porto Alegre em 20.06.2006 - Editor: Marco Antonio Birnfeld - 123@espacovital.com.br). Nessa mesma seara, discutindo a duração dos processos na Itália, Caselli e Pepino apontam para os prazos de toda a Europa: Difficile o addittura impossibili, date le profonde diversità dei rispettivi sistemi, effettuare una comparazione attendibile tra le statistiche giudiziarie del nostro Paese e quelle degli stati europei poi più vicini. In termini approssimati si può, peraltro, affermare che, con sopravvenienze quantitativamente simili, i tempi di definizione dei processi sono, nel resto d'Europa, assai più ridotti che in Italia. Da una recente ricerca dell'Istat risulta, infatti, che la durata media, in primo grado, di un processo civile è di cinque mesi nel Regno Unito, di nove mesi in Francia e in Germania, di dieci mesi in Spagna, mentre per definire, sempre in primo grado un processo penale occorrono pochi mesi nel Regno Unito, un anno in Spagna e due anni, comprensivi la fase istruttoria in Francia (esclusi i processi di Corte d'Assise, che hanno tempi più lunghi). A ciò deve aggiungersi che in tutti paesi considerati il numero e la durata delle impugnazioni sono nettamente inferiori che in Italia (e ciò si riverbera, ovviamente, in modo rilevante sui tempi complessivi dei processi). I dati comparati vanno utilizzati, come si è detto, con prudenza ma, pur con questa avvertenza, sono eloquenti e avvalorano la convezioni che c'è, nel sistema italiano, del patologico (perché si spende poco, perché le risorse sono distribuite irrazionalmente sul territorio, perché i sistemi processuali sono inadeguati, perché si assottiglia il confine tra garanzie e formalismo, e via seguendo) (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. 14).

- ³⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.
- ³⁵ Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13).
- ³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 423.
- ³⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.
- ³⁸ O campo do juízo ou “campo judicial”, segundo Pierre Bourdieu, é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate judicialmente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm em comum o conhecer e reconhecer as regras do jogo jurídico, ou seja, as leis escritas e não escritas (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 229).
- ³⁹ “Questo vale, innanzitutto, fisicamente, in quanto il servizio di mediazione deve essere collocato in un luogo separato dalla sede del Tribunale; ma vale, più in generale, nel senso che tra giustizia e mediazione bisogna che ci sia autonomia.” (RESTA, Eligio. Il linguaggio

- del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno, p. 96).
- 40 Reside aqui, segundo Marco Bouchard e Giovanni Mierolo, a chamada “ambivalência da mediação” que resulta da exigência do Sistema Judiciário se tornar mais flexível, recuperando um contexto colateral de informalidade das relações humanas e da sua real consistência emotiva. Nessa perspectiva, o Sistema Judiciário propõe a recuperação do consenso dos interessados ao estabelecer o seu destino processual (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 197).
- 41 Por isso, adverte Eligio Resta, é necessário que o juiz seja menos arrogante e decida os conflitos com uma certa prudência (RESTA, op. cit., p. 98).
- 42 “O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar um ‘justiciável’, quer dizer, um cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc, nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões de mundo” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 226).
- 43 Sobre o simbolismo do Direito, meio através do qual ele transmite o seu poder, Norbert Rouland escreve: “o Direito não chega até a solicitar as cores para tornar-se mais imperativo? Preta é a roupa dos magistrados e dos auxiliares de justiça, escura a das forças de polícia. Cores que fazem eco ao uniforme do árbitro e à batina do padre. Todas essas personagens estão aí para lembrar a regra e, se preciso, forçar a sua observação. O fúnebre não está longe. Mas também o vermelho, a cor de que gosta o poder (pensemos nos púrpuras imperial e cardinalício, nos diversos tapetes vermelhos): os magistrados das altas jurisdições se revestem dele; ele colore a capa da maior parte dos códigos franceses; deu seu nome aos sinais de trânsito que prescrevem parar. Ora, a história das cores mostra que o vermelho foi a cor utilizada mais antigamente pelos homens. [...] Cor suprema, em geral símbolo do combate, evoca também a ameaça da pena, que pode suprimir a vida. O direito se impõe até à nossa rotina (ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia Juiídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003. p. 6-7).
- 44 BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 196-197.
- 45 Nesse sentido já argumentava Eligio Resta: “può mediare chi può mediare e si può mediare tutto quello che si può mediare”. (RESTA, Eligio. *Il diritto Fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 91).
- 46 MASSA, T. Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma. In: *Questione giustizia*, 1999. n. 4. p. 708.
- 47 BOUCHARD; MIEROLO, op. cit., p. 196.
- 48 Vide GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- 49 CERETTI, Adolfo. Progetto per un ufficio di mediazione penale. In: GIANVITTORIO, P.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997. p. 95.
- 50 Em italiano, “terzietà” significa a qualidade de ser o terceiro, isto é, imparcial.
- 51 RESTA, Eligio. *Il diritto Fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 88-89.
- 52 BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 213.
- 53 Em português, “sujar as mãos”. Eligio Resta não admite a atribuição de uma postura neutra e imparcial ao mediador que o coloque na mesma posição do magistrado, reiterando que, para mediar é preciso estar no “meio do conflito” e não “sobre ele”, “sujando as mãos” (RESTA, op. cit., p. 89 et seq.).
- 54 Por isso, a “equidistância” atribuída à figura do mediador deve ser vista como uma características que envolve imparcialidade, neutralidade e inexistência de poder, levando em consideração, porém, que “il mediatore non può essere assolutamente asettico, in quanto la sua presenza non è passiva, ma egli svolge un ruolo attivo dando il proprio aiuto affinché le parti giungano al riconoscimento di obiettivi comuni” (PELLEGRINI, Stefania. *Il processo civile e la civile giustizia*. Padova: CEDAM, 2005. p. 93).
- 55 RESTA, Eligio. *Il diritto Fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 89.
- 56 “Ancora una volta la distanza tra il mediatore e il giudice sta tutta nella differenza che intercorre tra la separazione e il legame. Il giudice separa mentre il mediatore fallisce il

giudice recupera appieno – di fronte alla persistenza del conflitto – la sua funzione di risolutore delle controversie. I questa prospettiva, il giudice no pregiudica i diritti e gli interessi con una preposizione ma è destinato a pregiudicare almeno quelli accampati da una delle parti. Il mediatore soccorre il legame, riequilibra il rapporto che vive sullo sfondo del conflitto ma non pregiudica né pregiudica, né interessi né diritti” (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 214).

⁵⁷ RESTA, op. cit., p. 90.

⁵⁸ GARAPON, Antoine. Droit, mediation et service public. In: *Informations sociales*, n. 22. 1992. p. 47.

⁵⁹ Nestes termos, Clastres afirma que o Estado impede a guerra, mas, paradoxalmente, a guerra impede o Estado. Como? A guerra permite a cada comunidade continuar unida em torno de seus valores e prevenir o processo fatal de divisão social. O Estado, ao contrário é o produtor dessa divisão social que conduz à especialização do poder político que ele maximiza. Assim, é lógico que o Estado seja contra a guerra, tornando-se um falso pacificador: extingue uma violência dirigida para o exterior pela guerra em proveito de uma outra, interna, que põe em movimento as engrenagens da dominação e da exploração no interior das sociedades (CLASTRES, P. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Le Seuil, 1980. p. 171-207, passim).

⁶⁰ Aqui se faz menção ao monopólio da coerção assumido pelo Estado que, na tentativa de extirpar a vingança através da institucionalização do poder, disciplina a violência mediante a sua racionalização, conforme definição de Max Weber.

⁶¹ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 17-18.

⁶² “Por cansaço”.

⁶³ RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004. p. 33.

⁶⁴ Nesses termos, Garapon diferencia o tempo processual e o tempo da arbitragem “pelo facto de pressupor a intervenção soberana da cidade. Essa soberania manifesta-se mediante a criação, graças à intercessão do símbolo, de um tempo não linear, de um tempo extraordinário próximo da criação, oposto ao tempo ordinário, que aproxima implacavelmente os homens da sua morte. Tal como qualquer ritual, o processo inverte o curso do tempo. Luta assim contra a finitude devido à sua capacidade para produzir um tempo original, isto é, um tempo que ainda não foi esbatido pelos anos, um tempo indeterminado. O tempo original é o tempo da criação”. (GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 63).

⁶⁵ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 30-31.

⁶⁶ BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 226.

⁶⁷ Nesse sentido, ver ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

⁶⁸ No entanto, os projetos de lei sobre mediação que tramitam no Brasil prevêem um prazo de 60 dias para a realização da mediação prévia e o mesmo prazo para que o requerido retome o processo judicial no caso da mediação ocorrer no curso do mesmo.

⁶⁹ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Ágida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 149 et seq.

⁷⁰ RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno. p. 101.

⁷¹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 70-71.

REFERÊNCIAS

- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavalle, 1952
- CLASTRES, P. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Le Seuil, 1980.
- CERETTI, Adolfo. Progetto per un ufficio di mediazione penale. In: GIANVITTORIO, P.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- GARAPON, Antoine. Droit, mediation et service public. In: *Informations sociales*, n. 22. 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- MASSA, T. Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma. In: *Questione giustizia*, 1999. n. 4.
- RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternal*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno..
- RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004.
- RESTA, Eligio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de S. J. J. Oliveira Santos, e S. J. A. Ambrósio Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os pensadores).

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 17-18.

Recebido para publicação 02/06/2008

Aceito para publicação 19/12/2008