



CULTURA DA SENTENÇA

Ana Carolina Squadri Santanna¹

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo discorrer sobre a influência da cultura no direito processual, especificamente com relação à mediação e à arbitragem. Como fonte de pesquisa, será estudada a experiência nos Estados Unidos, de acordo com os estudos de Oscar Chase e na Itália, na visão de Michelle Taruffo. Os referidos autores sustentam que a forma de resolução de disputas está relacionada à cultura de um país ou de uma determinada região. O processo pertencente a uma cultura possui características próprias, que devem ser respeitadas pelo Poder Público na implementação de políticas públicas. A metodologia de trabalho baseou-se em pesquisa na legislação, em sites oficiais dos órgãos públicos, além de bibliografia jurídica.

Palavras-chave: Arbitragem; Cultura; Estados Unidos; Mediação; Processo.

ABSTRACT

This work has the objective to discuss the influence of culture on procedural law, specifically with regard to mediation and arbitration. As a source of research, we will study the experience in the United States, according to the studies of Oscar Chase and Italy, in the view of Michelle Taruffo. These authors argue that the form of dispute resolution is related to the culture of a country or a particular region. The process belongs to a culture has its own characteristics, which must be respected by the Government in the implementation of public policies. The methodology was based on research in legislation, official websites of government agencies, and legal bibliography.

Key-words: Arbitration; Culture; Mediation - Process - United States.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como propósito discorrer sobre o liame entre o processo e a cultura, especificamente com relação ao uso dos meios alternativos de solução de conflito. Como fonte de pesquisa, será estudada essa relação nos Estados Unidos, de acordo com os estudos de Oscar Chase e na Itália, na visão de Michelle Taruffo.

Os referidos autores sustentam que a forma de resolução de disputas está relacionada à cultura de um país ou de uma determinada região. O processo pertencente a uma cultura possui características próprias, tendo em vista que é fruto da história, da política-econômica, do pensamento arraigado,

¹ Procuradora Federal, Mestranda em Direito Processual pela UERJ, ana.santanna@agu.gov.br

enfim, de uma série de fatores que influenciam a forma como uma sociedade soluciona seus problemas.

Também é comum afirmar a existência da cultura da sentença, no sentido de prevalecer numa sociedade a solução de conflitos por meio de uma decisão judicial. Fabiana Marion Spengler sintetiza a cultura da prevalência pelo Poder Judiciário do seguinte modo:

Somente ao Poder Judiciário se atribui o direito de punir a violência porque possui sobre ela um monopólio absoluto. Graças a esse monopólio, consegue sufocar a vingança, assim como exasperá-la, estendê-la, multiplicá-la. Nesses termos, o sistema sacrificial e o Judiciário possuem a mesma função, porém o segundo se mostra mais eficaz, desde que associado a um poder político forte. Todavia, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de direitos e de prerrogativas – o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras estratégias.

Por conseguinte, a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz. Da mesma forma, como o cidadão de outrora que esperava pelo Leviatã para que ele fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão.

Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático².

Kazuo Watanabe afirma que no Brasil ainda prevalece a cultura da sentença³. A sociedade brasileira busca na maior parte das vezes o Judiciário para solucionar os conflitos, apesar da crise da morosidade da prestação jurisdicional. Nesse ambiente cultural, a sociedade depende do Estado para resolver seus problemas, como rixas entre vizinhos, conflitos familiares e controvérsias no âmbito escolar.

² SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (coord.). *Mediação enquanto Política Pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 22/23

³ WATANABE, Kazuo. *A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional. Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação*, São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 7

Como no Brasil não existe nenhum mecanismo para filtrar as demandas dirigidas ao Judiciário ou uma leitura mais restrita do interesse de agir, basta um cidadão sentir-se ameaçado a qualquer tipo de lesão para iniciar um processo judicial.

Como o país possui uma cultura de litigiosidade, o que elevou consideravelmente o número de processos no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 125/2010 para estabelecer a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”⁴.

Indaga-se se a criação de uma Política Nacional que promova a mediação no âmbito do Poder Judiciário seja por si só capaz de tornar uma sociedade litigante numa sociedade mais fortalecida e capaz de solucionar seus conflitos sem a prolação de uma decisão judicial.

Com o propósito de diminuir a carga de processo, o Judiciário vem realizando campanhas, incentivando a conciliação, como a criação da Semana Nacional de Conciliação pelo CNJ, o Movimento Nacional pela Conciliação pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a Conciliação no 1º grau, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Esse incentivo do Judiciário para a realização da conciliação reflete que estamos iniciando uma mudança de hábito, da litigiosidade do processo judicial para a solução de conflitos pela conciliação ou pela mediação.

O atual papel do Judiciário, de encorajar a mediação, colabora para a gradual mudança do hábito da litigiosidade excessiva para o uso de meios alternativos como uma forma concomitante de solução de conflito. Diante de uma sociedade que possui o costume de demandar o Judiciário para resolver conflitos de toda ordem, é necessário um encorajamento inicial. Todavia, o uso da mediação não pode ser uma medida imposta, mas sim fruto do desenvolvimento natural da sociedade, do florescimento de uma cidadania fortalecida.

Oscar Chase e Michele Taruffo estudaram a relação da cultura com as formas de solução de conflito. Ambos os autores entenderam que não é

⁴ Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, Disponível no site www.cnj.gov.br, acesso em 11/08/2012

possível dissociar o aspecto cultural de uma sociedade, ou até mesmo regional, do processo civil como instrumento de pacificação.

Oscar Chase ressalta a inevitabilidade da disputa numa sociedade, porém a forma como o conflito é solucionado varia conforme a cultura do grupo. Em alguns países da África, por exemplo, o oráculo deve ser consultado, já nos Estados Unidos, um grupo de pessoas estranhas (júri) estabelece um veredito acerca do Réu, e na América Latina, os fatos são determinados por um juiz, principalmente pela análise documental e não pelo depoimento pessoal das partes⁵.

Michele Taruffo trata no artigo publicado, *Cultura e Processo*, a respeito das diversas culturas existentes, inclusive dentro de um mesmo país e da questão da “importação” de meios de solução de conflitos⁶.

Portanto, neste trabalho vou aproximar os discursos dos autores citados para identificar a relevância da cultura de uma sociedade para a criação e desenvolvimento de soluções de conflito por meio consensual.

1. A CULTURA DA SENTENÇA NO BRASIL

Boaventura de Sousa Santos numa palestra realizada em Brasília, da qual resultou o livro *Para uma revolução democrática da Justiça*, traçou um paralelo entre a função e a relevância do Judiciário para sociedade ao longo dos anos com a trajetória política-econômica do Estado brasileiro, afirmando que ocorreram modificações no modo de atuar dos juízes conforme a oscilação política estatal⁷.

De acordo com o autor, em parte significativa do século XX, a preocupação dos países latino-americanos foi com o desenvolvimento do Poder Executivo e com sua reforma burocrática, sendo que o Judiciário era visto como um órgão colaborador daquele e o juiz meramente aplicador da lei.

Com a retomada da democracia em 1988, o Judiciário passou a ser o protagonista do cenário público, nos termos de Boaventura Sousa Santos. É

⁵ CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*, New York University, 2005, p. 1 e 2

⁶ TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009, 64 e 65

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 11

passada a ideia de que a sociedade depende de um sistema judicial eficiente para fazer valer os seus direitos. Consequentemente, busca-se fortalecer as carreiras jurídicas e judiciárias, além de ser realizadas reformas processuais.

De um modo geral, o fortalecimento do Judiciário na América Latina coincide com o fim do Estado autoritário.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a litigância está associada à cultura jurídica e à política, mas também está relacionada à efetividade da aplicação dos direitos “e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação”⁸. A Suécia, por exemplo, é considerado o país constituído por políticas públicas do bem-estar e mesmo assim apresenta baixa litigiosidade judicial.

Todavia, não tem o sistema judicial capacidade para coordenar a gestão pública como um todo, seja para realizar uma distribuição racional de medicamentos, seja para dar o destino do erário conforme o interesse público. Desse modo, dependendo do conflito seria mais eficaz se a sociedade e a Administração Pública gerissem seus próprios conflitos⁹, retirando a carga de trabalho do Judiciário, de dar solução a qualquer discordância.

Um dos caminhos para a racionalização e eficiência da administração dos interesses da coletividade é a mediação, uma vez que o Poder Público consegue satisfazer um direito de uma maneira racional e negociada, ao contrário do que ocorre numa litigância judicial¹⁰.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2009 o Poder Público foi responsável pelo ajuizamento de mais de dois milhões de ações na 1ª instância, sendo que, contra a Administração Pública Federal, foram demandadas mais de três milhões de ações judiciais, também na 1ª instância¹¹.

Vejamos a observação de Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio acerca a participação do Estado nos processos judiciais:

⁸ Idem, p. 17

⁹ “A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual, se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: www.humbertodalla.pro.br, acesso em 19/08/2012, p. 08

¹⁰ “(...) temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário”. Idem, p. 21

¹¹ Disponível no site www.cnj.jus.br, acesso em 01/05/2012

Diante do tamanho e da complexidade da sociedade, têm se percebido algumas dificuldades e limitações na estrutura administrativa que provoca soluções que não se dão de modo ativo e rápido. Essa incapacidade, muitas vezes, converte-se em demandas judiciais por parte da população, enquanto em outras situações é o próprio Estado que age judicialmente para cumprir suas obrigações. Esse dilema se configura hoje num elevado número de demandas judiciais¹².

Conforme destacam as autoras mencionadas, a Administração Pública Federal cada vez mais “incrementa a máquina estatal no que tange à contratação de funcionários para o considerado núcleo estratégico: controle e fiscalização¹³”. Desse modo, os órgãos federais veem-se investidos cada vez mais de auditores e advogados públicos, elevando, com isso sua capacidade de litigante, uma vez que não existe uma política de prevenção de litígio. Como exemplo, destacam demandas como guerras fiscais entre estados da Federação, inclusão no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) de entes inadimplentes e as dívidas com a Previdência¹⁴.

Ressalta-se, porém, que o Poder Público não é o único responsável pelo aumento da litigância. No âmbito do direito do consumidor, as grandes empresas deixam de aplicar normas que beneficiam o consumidor, em razão do custo-benefício estipulado pela empresa na prestação do direito após o ajuizamento de ação judicial. Entendem que vale mais a pena ser condenada a pagar multas isoladamente ao invés de cumprir determinada norma garantidora, como é o caso das companhias de telefones e dos planos de saúde¹⁵.

¹² COELHO, Meire Lúcia Mota; LÚCIO, Magda de Lima. *Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Volume 4, Número 2, dezembro 2010, p. 77

¹³ Idem, p. 81

¹⁴ “De acordo com Pierre Bourdieu, sociólogo francês, esse comportamento constituiu-se num *habitus* nacional. Nesse quadro percebe-se que para mudar a percepção nos caminhos para a solução de conflitos e controvérsias, há de se trabalhar na mudança de paradigma que norteia a ação desses sujeitos que lidam hodiernamente com as questões da ‘coisa pública’”. Idem, p. 82

¹⁵ “DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. DOENÇA PREEXISTENTE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO CUMULADO DE

Como o Judiciário passou a ser o poder detentor de legitimidade perante a sociedade, criaram-se expectativas em torno do sistema judicial, como se fosse resolver os descasos do sistema político-econômico, representado pelo Estado e pelas grandes empresas.

Além do aumento da litigação, outro problema ocorreu quando o Judiciário passou a fornecer direitos não garantidos pela Administração Pública, foi a “criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades do judiciário”¹⁶. Para Boaventura, na maioria das vezes o Judiciário não corresponde à expectativa.

Além disso, o sistema judicial vê-se pressionado pelo novo modelo econômico, baseado nas regras de mercado e nos contratos privados, o qual necessita de um Judiciário célere e eficaz.¹⁷

De acordo com o autor mencionado, os incentivadores de tais reformas, voltadas para a celeridade do processo judicial, seriam o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as grandes agências multilaterais e nacionais de ajuda ao desenvolvimento¹⁸.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi iniciada a reforma do judiciário, que se volta tanto para o acesso à justiça quanto à questão da celeridade do processo, como a previsão da súmula vinculante e da repercussão geral.

Também foi firmado pelas autoridades máximas dos três Poderes da República brasileira o “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Ágil e

INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS. ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE, QUE NEGA COBERTURA À INTERNAÇÃO DE SEGURADO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. Alegação, desacolhida, de estar o segurado dentro do prazo de carência previsto para doenças preexistentes. Incidência do verbete nº. 302, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Abusividade das cláusulas limitadoras da prestação de serviços médicos, quando envolver risco à vida ou à saúde do paciente. Dano moral configurado. Verba indenizatória arbitrada proporcionalmente ao fato e respectivo dano. Honorários advocatícios corretamente fixados, com observância do disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil. Recurso a que se nega seguimento, com base no caput do artigo 557, do CPC”. TJ/RJ, Processo nº 0229761-75.2009.8.19.0001, Relatora Des. DENISE LEVY TREDLER, Julgamento: 17/12/2010 - DECIMA NONA CAMARA CIVEL, disponível no site www.tjrj.jus.br, acesso em 27/04/2012

¹⁶ SANTOS, ob. cit., p. 21

¹⁷ “Nesta nova fase, podemos identificar, em relação ao judiciário, dois grandes campos. O primeiro é um campo hegemônico. É o campo dos negócios, dos interesses econômicos, que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permite, efectivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade. É neste campo que se concentra a grande parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo”. Idem, p. 23

¹⁸ Idem, p. 24

Republicano”, o qual previu onze compromissos para o desenvolvimento do sistema judicial, dentre eles, a reforma do sistema recursal¹⁹.

Além disso, o Código de Processo Civil vigente sofreu alterações com a publicação de leis esparsas, que na visão de Boaventura de Sousa Santos foi “atacar os principais bloqueios de natureza processual: a execução civil, o sistema de recursos e os processos repetitivos”²⁰. Nesse movimento foi incluída regulamentação do processo eletrônico.

Ressalta-se que alguns autores defendem que a eficácia da prestação jurisdicional não significa somente um processo célere, mas também justo, que é aquele preocupado com o contraditório e com a ampla defesa²¹. Desse modo, a racionalização do trabalho não pode impedir a realização do contraditório efetivo, corolário do princípio democrático, sob o argumento da supremacia do interesse público.

2. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Oscar Chase estudou as formas de solução de conflito como uma questão cultural, sendo a forma de resolução de conflito reflexo da cultura em que pertencemos. Cultura seriam as ideias tradicionais, valores e normas de grupo social, incluindo proposições, que podem ser de comportamento (matar é errado) e de cognição (a terra é redonda)²².

Para o autor, a mudança ocorrida nos Estados Unidos na seara processual no século XX, da solução de conflitos nas cortes formais de adjudicação para as ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) deu-se em razão de causas institucionais, políticas e culturais. A valorização das ADR's ocorreu concomitante aos debates daquela época, à desconfiança do governo, à privatização, à humanização de instituições, ao progresso social por meio do desenvolvimento individual, dentre outros fatores. O debate acerca do uso de meios alternativos estava relacionado aos valores americanos de liberdade,

¹⁹ Idem, p. 26

²⁰ Idem, p.27

²¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 450

²² CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*, New York University, 2005, p. 06

individualidade, populismo (no sentido de participação popular das decisões políticas) e livre iniciativa.

Esclarece o autor que nos Estados Unidos a ADR inclui negociação, mediação, arbitragem, “med-arb” (a combinação de mediação e arbitragem), early neutral evaluation e julgamento sumário do júri, sendo que os mais comuns são a mediação e a arbitragem.

Apesar do termo “alternativo”, o autor acredita que o sucesso dessas formas de solução deu-se, não só porque é tão frequentemente incorporado aos processos, mas também porque foi submetido a um processo de legalização em virtude da sua regulação pelo Poder Legislativo.

O resgate do uso mediação e da arbitragem no século XX deveu-se à contribuição do Judiciário em estabelecer programas de cortes anexas, envolvendo a criação serviços de mediação e arbitragem administrados pelos tribunais. Em algumas jurisdições, os casos são encaminhados diretamente às ADR’s, podendo retornar ao juiz caso as partes não fiquem satisfeitas com o resultado da mediação.

Além disso, o Judiciário norte-americano contribuiu para a explosão das ADR’s, incentivando vigorosamente os acordos privados. A mudança pode ser notada numa série de julgamentos da Suprema Corte, vez que inicialmente a Corte não defendia a arbitragem como um meio válido de solução de litígio. Em 1953 foi decidido que a arbitragem não poderia ser usada para solucionar ações de fraude com base em violação de leis federais de seguridade. Em 1967 a Corte decidiu que a *Federal Arbitration Act* (FAA) deve ser aplicada nas cortes estaduais e federais. Já no ano de 1983, a Corte anunciou que “qualquer dúvida concernente ao alcance das questões que podem ser levadas para a arbitragem deveriam ser resolvidas em favor da arbitragem, se o problema é a elaboração da linguagem contratual em si, ou uma alegação de exceção, suspensão ou como um tipo de defesa para a arbitrabilidade”²³.

O Poder Legislativo também contribuiu para o fortalecimento das ADR’s, encorajando, financiando, e algumas vezes, obrigando os meios alternativos nos tribunais e nas agências. Como exemplo, o Congresso editou não menos de cinco leis favoráveis às ADR’s entre 1980 e 1998. Isso encorajou governos,

²³ Idem, p. 98

governantes locais e organizações não governamentais a desenvolver mecanismos de resolução de conflito efetivos e baratos, além de fornecer assistência financeira a essas entidades que desenvolveram ou estabeleceram as ADR's.

Oscar Chase afirma que os esforços do Judiciário e do Legislativo contribuíram para a implementação, mas não explicam em sua totalidade o crescimento das ADR's nos Estados Unidos.

Jerold Auerbach mostra na sua obra *Justice without Law*²⁴ que a solução alternativa de disputa é uma característica do povo americano.

Inicialmente, os colonos eram motivados a fazerem acordos por uma religiosidade utópica, que pregava uma ideologia da comunidade, sendo que a litigância era desencorajada. Todavia, Auerbach relata que essa visão de comunidade não sobreviveu às mudanças sociais ocorridas pelo crescimento e pela diversidade da população²⁵.

À medida que a mediação se mantém vigorosa como uma resposta às disputas, foi largamente utilizada em várias comunidades utopicamente auto-organizadas e dentro do mundo isolado dos grupos de imigrantes (tal como os chineses).

Já arbitragem foi adotada desde cedo pela classe dos comerciantes. Na metade do século XVIII, a arbitragem era a forma de solução de conflito favorita dos comerciantes, por ser mais célere e menos cara, sendo que em 1768, a Câmara de Comércio de Nova York criou um tribunal de arbitragem.

Uma crise da justiça no início do século XX resgatou o tema das ADRs. As principais causas do descontentamento com relação ao Poder Judiciário era a existência de obstáculos aos tribunais e o custo do processo judicial. Segundo o autor, a resposta norte-americana foi similar à brasileira nos dias atuais, buscou-se nas soluções alternativas de conflito, principalmente na conciliação e na arbitragem, uma maneira de conferir acesso à justiça e diminuir a carga de trabalho dos tribunais.

A conciliação foi um meio de solução adotado para as classes menos favorecidas, sendo que a arbitragem comercial não teve esse destino. A

²⁴ AUERBACH, Jerold S. *Justice Without Law?* New York: Oxford University Press, 1983, Apud: Idem, p. 100

²⁵ "Dispute resolution outside of court was an important aspect of the ethics and practice of the early English settlers". Idem

arbitragem foi abraçada pelas corporações, não somente para fugir dos tribunais abarrotados de processos ou do populismo do júri, mas também para evitar o controle dos negócios pelo governo, uma característica da política-econômica do início do século XX.

Embora o impulso do Judiciário tenha sido crucial para o uso da ADR, outras razões permitiram o sucesso dessas formas de solução de conflito. Basta pensar que muitas disputas encaminhadas para os tribunais anexos poderiam retornar às cortes, caso uma das partes se arrependesse do acordo.

Algumas das razões para a eficácia do acordo foi o elevado custo do processo judicial, o julgamento por um júri, a questão da privacidade e a solução célere da controvérsia pela mediação.

Segundo Oscar Chase, não foram esses os principais motivos e também determinantes para o aumento da procura pela ADR. O autor afirma que a força da ADR vem da cultura desenvolvida nos Estados Unidos e dos movimentos sociais, como a crítica à “hyperlexia”.

De acordo com esse movimento, a nação estava sofrendo com o excesso de normatização, que procurava regular uma variedade de direitos. Como diversos fatos foram normatizados e transformados em direito, houve o aumento expressivo de litígios no Judiciário, porém essa proteção excessiva não garantiu que os conflitos fossem resolvidos em tempo hábil. Também criticavam o aumento da confiança nas instituições estatais para solucionar disputas, pois isso fortalecia as figuras autoritárias tradicionais ou outras agências governamentais.

A ideia desse movimento era retirar dos tribunais determinados conflitos que não representassem valores muito significativos, como as lides que envolvem direito do consumidor. O argumento era de que as cortes não estavam equipadas favoravelmente para essas espécies de conflito e que por vários motivos essas causas não precisavam do proferimento de uma sentença para solucionar seus conflitos.

A reação “hyperlexa” foi mais um fenômeno político cultural, tendo em vista que o discurso era concernente com o acesso ao poder estatal. Ademais, o movimento estava mais preocupado com quem estava litigando, e não com a quantidade de litígios.

Em 1976 ocorreu um evento organizado por advogados e juizes, convocados por Warren E. Burger (mais tarde Presidente da Suprema Corte), denominada *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Conferência Nacional sobre as causas de insatisfação popular com a administração da Justiça). O discurso de Burger foi no sentido de se optar pelas soluções alternativas de conflito. Causas com baixo valor monetário, questões familiares e indenizações por responsabilidade civil poderiam ser resolvidas por um novo caminho, de acordo com o conferencista.

A apresentação de Frank Sander na Conferência também encorajou o uso da ADR, sustentando que os tribunais não poderiam mais responder de forma efetiva ao aumento de demandas. Sander fez uma excelente contribuição para a definição de ADR ao descrever como os diferentes tipos de disputas poderiam ser beneficiados por diversos instrumentos, como a arbitragem, a mediação, a adjudicação, dentre outros.

Apesar dos discursos de Frank Sander e de Warren Burger estarem mais preocupados com a proteção dos tribunais da avalanche de litígios, eles também invocaram o potencial da ADR de solucionar as relações da comunidade.

Anos mais tarde, os discursos proferidos na Conferência fizeram com que a arbitragem e a mediação ficassem mais difundidas, tanto nos tribunais como nas cortes privadas.

Todavia, o aumento do uso da ADR não se deve somente ao movimento coordenado pelas elites, mas também pelo movimento chamado *Counterculturalism*, mais popular.

O *Counterculturalism* refere-se a um movimento dos anos 60, identificado como a “nova consciência” por Charles Reich²⁶. Nesse período, questionavam-se atitudes autoritárias e conservadoras, como ocorreu no Woodstock. As ideias consistiam basicamente nos valores americanos de individualismo, populismo, livre iniciativa e igualdade, mas atribuídos de significados dados pelo próprio movimento.

²⁶ REICH, Charles A.. *The Greening of America: How the Youth Revolution is Trying to Make America Livable*. New York: Random House, 1970. *Apud*: Idem, p. 109

Também estava em debate temas como autoritarismo, realização pessoal e da comunidade. Em razão disso, sustentavam que as disputas solucionadas pelas Cortes ofendiam a crença que o uso da coerção na relação entre pessoas é inaceitável. O resgate dos meios alternativos de solução de conflito estava ligado ao movimento da justiça comunitária, que visava evitar a resolução de conflitos pelos tribunais, tendo em vista que o julgamento das lides pelos tribunais seria um mecanismo de manter o poder com a elite e de impedir que os membros da comunidade aprendam como solucionar seus próprios problemas.

Um dos aspectos que contribui para o sucesso da mediação nesse período foi a exclusão de advogados como protagonista e a inclusão das próprias partes no debate. Além disso, na ADR não existe a hierarquia na relação entre advogado e parte, bem como entre o litigante e o juiz.

Visionários da mediação alegavam que essa forma de solução de disputa teria a capacidade de tornar a sociedade menos individualista. A técnica da mediação é baseada na informalidade e na consensualidade, sendo que as próprias partes definem os problemas e os objetivos sem a necessidade do jargão dos tribunais.

De acordo com Robert Baruch Bush e Joseph Folger, a transformação do indivíduo com a mediação consiste no fortalecimento do respeito consigo mesmo, na auto-confiança e na sua independência²⁷. Ademais, a sociedade também irá se tornar fortalecida, mais integrada.

Além desses movimentos, outras expressões culturais estavam se manifestando. Um deles referia-se às privatizações com relação à administração pública norte-americana. Como exemplo, a eleição de Ronald Reagan para Presidente em 1980 foi o símbolo da superação do setor privado sobre o público. Segundo Oscar Chase, Ronald Reagan havia afirmado que o Governo não era a solução, mas parte do problema.

Para Oscar Chase a instituição de Cortes anexas para realização de ADR também era um tipo de privatização, apesar da mediação ou arbitragem ocorrer sob a supervisão de um tribunal do Estado.

²⁷ BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Jossey-Bass, 1994, p. 259. *Apud*: Idem. P. 110

Finalmente, um fator cultural que contribuiu para o sucesso da ADR foi a perda da fé na certeza, ou seja, numa verdade absoluta. F. David Peat descreveu esse processo de descrença nas diversas expressões culturais, como na arte, na física, na matemática e na ciência linguística²⁸. Conclui esse autor que não existe uma explanação definitiva, muito menos observações totalmente objetivas.

De acordo com a “nova consciência”, o pensamento não é linear, espontâneo ou desconectado²⁹. Esse ideal pós-moderno criticou a atuação dos tribunais, principalmente com relação aos métodos de produção de prova: testemunha ocular, confissão, inclusive a impressão digital. Mas a nova filosofia não se restringia à descoberta da verdade, também criticava o sistema de prova legal. Escolas de Direito argumentavam que as leis não garantem decisões objetivas, uma vez que as regras são facilmente manipuladas.

O mundo jurídico não ficou imune dessa nova consciência. A conexão desse pensamento com a ADR era óbvia, conforme afirma Oscar Chase. Se as Cortes não conseguem mais convencer que seus processos formais e caros são capazes de revelar os fatos e aplicar corretamente a lei, por que ajuizar uma ação?

Dependendo de como se manipular os meios de solução de disputa, pode servir de remédio, ou até mesmo, como um veneno, nos termos de Oscar Chase.

4. A CULTURA E O PROCESSO NA ITÁLIA

Michele Taruffo se ocupa da cultura do processo civil como instrumento jurisdicional de solução de conflito, bem como do complicado problema dos métodos da ADR, na visão do autor.

De acordo com o autor, não existe uma cultura universal, muito menos uma cultura jurídica universal ou uma cultura processual universal. Na verdade, coexistem muitas culturas que nem sempre são nacionais, mas sim regionais.

²⁸ PEAT, F. David. *From Certainty to Uncertainty: The Story of Science and Ideas in the Twentieth Century*. Washington, D.C.: Joseph Henry Press, 2002. *Apud*: Idem. p. 112

²⁹ REICH. ob. cit.. p. 79-83. *Apud*: Idem.

Um exemplo dado por Michele Taruffo é o mito do júri, que resiste nos sistemas jurídicos da *common law* e que exprime um importante componente cultural. Não se pode dizer que o júri faz parte de uma cultura universal, posto que os ordenamentos pertencentes ao *civil law* não mais se utilizam do júri no processo civil.

Ademais, o autor entende que há fortes dúvidas quanto à existência de uma cultura nacional. Os Estados Unidos, por exemplo, possuem várias culturas jurídicas. Também na Itália não se pode afirmar que exista uma cultura nacional de direito ou de direito processual, principalmente em decorrência da harmonização das regras nacionais com as regras estabelecidas pela União Européia, formando uma fusão entre o direito nacional e o direito europeu.

Todavia, com relação ao direito processual, Michele Taruffo entende que não parece real a existência de um Código de Processo Europeu para ser aplicado de modo homogêneo e uniforme por todos os membros da União Européia. As tradições locais, a história de cada país, a estrutura e a organização de cada nação são fatores que marcam uma diferença tão grande entre os membros, que é difícil imaginar que serão superados para a disciplina única do processo civil.

Dessa forma, o debate a respeito da cultura no direito processual é sim relevante, pois se trata de um obstáculo muito forte e dificilmente não superável para a integração do direito processual europeu.

Para Michele Taruffo o processo civil não pode se desviar do seu escopo, que é instrumental. Estabelecendo-se o escopo do processo, verifica-se qual a cultura técnica deve ser descartada. Essa escolha é essencialmente ideológica, fazendo parte de um contexto sócio-político e não jurídico. Por exemplo, se o processo é voltado para os anseios meramente privados ou para a formação de decisões justas, com a correta aplicação da lei, esta não é uma discussão técnica, mas uma ideológica.

Além disso, o processo não é puramente técnico e o seu conhecimento não se exaure na cultura técnica. Segundo o autor, “la tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l’ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire”³⁰.

³⁰ TARUFFO. ob. cit., p. 71

Nesse sentido, um modelo processual nasce da combinação da ideologia com a técnica. No caso da Itália, e também dos demais países da Europa, prevalece a natureza pública do processo, que tem como característica o discurso da eficiência do processo, bem como do respeito ao seu escopo, que não se exaure com a garantia da liberdade das partes. Ademais defende-se num processo voltado para o interesse público, a qualidade e a legitimidade das decisões judiciais, sendo o objetivo principal o alcance da justiça.

Exemplo como a cultura influencia o ordenamento de um país pode ser verificado na teoria geral da prova. Nos Estados Unidos, por exemplo, a busca da verdade real não é um princípio estrutural do processo, em razão do forte apelo privatístico do sistema. A situação é completamente diversa, se uma sociedade adota uma ideologia voltada para o prestação de decisões justas. A busca pelo acerto da verdade dos fatos é uma marca da cultura jurídica e social da Europa continental. Por isso a audiência instrutória não é uma representação teatral, como ocorre no sistema norte-americano.

De acordo com o autor, essa crise do Judiciário é fruto da incapacidade do Poder Público de enfrentar seriamente os problemas por meio de uma reforma radical do processo civil. Deve-se atribuir também à incapacidade da cultura processualista italiana (ou da maior parte dela) pela demora da prestação jurisdicional. Se por um lado, não enfrentam as questões ideológicas do problema, por outro, não se interessam em saber como os outros países europeus enfrentam as mesmas dificuldades.

Na visão de Taruffo, tema complexo e que envolve o debate da cultura são os meios alternativos de conflitos, a ADR. Apesar da tradição da conciliação na Itália, não se pode dizer que ocorre com frequência, bem como afirmar sua relevância para o processo. Sobretudo, não se pode defender que se formou uma cultura da conciliação, mas, ao invés disso, prevaleceu a cultura da sentença.

Todavia, surgiu nos últimos anos a moda da ADR na Itália. Segundo o autor, parte do modismo é imitação da cultura norte-americana e a outra parte seria resultado da incapacidade do legislador de construir um instrumento rápido e eficiente de tutela jurisdicional, bem como da incapacidade de governar o trabalho (excessivo) dos tribunais.

Em razão dessa incapacidade, o legislador vem induzindo os cidadãos a se utilizar dos métodos alternativos, sobretudo a conciliação, para evitar que as partes resolvam seus conflitos no Judiciário. Seria um recado do legislador para a sociedade: como o processo é lento e ineficiente, e não parece que irá melhorar a situação, procure resolver suas controvérsias fora do Judiciário. Em favor desse discurso, a ADR é implementada também com um discurso ideológico, que a justiça privada é preferível em relação à justiça pública.

Portanto, Michele Taruffo transmite no trabalho mencionado que não é possível dissociar o processo da cultura, que existem várias culturas, até mesmo dentro de um mesmo país, dentro de um mesmo sistema jurídico, que não pode ser ignorado quando se estuda o processo e, conseqüentemente, a sua crise. Não é por meio da imposição de técnicas mirabolantes ou da importação de modelos que o problema da morosidade da prestação jurisdicional será resolvido. Com base no escopo do processo, cabe ao Poder Público e à sociedade avaliar os verdadeiros entraves, considerando na avaliação os fatores de ordem cultural que colaboram para a morosidade da justiça. Não basta convencer o cidadão de resolver seus conflitos pelo consenso, se, na verdade, existem outras causas para a ineficiência da tutela jurisdicional.

3. CONCLUSÃO

Embora o Poder Judiciário venha tomando medidas de encorajamento e implementação da conciliação e da mediação, ainda assim o Brasil possui uma cultura da sentença, isto é, as partes envolvidas em um conflito delegam ao Estado a solução da disputa.

Vários fatores contribuíram para a formação dessa sociedade litigante, como a cidadania tardia, a alternância entre democracia e ditadura, a avalanche de direitos previstos na Constituição de 1988, uma Administração Pública omissa, dentre outros. Kazuo Watanabe também destaca que o discurso nas Universidades até recentemente também encorajava a litigância, sem fazer menção destacada aos meios alternativos de conflitos.

A respeito dessa relação entre a cultura e o processo, Oscar Chase entende que a forma de resolução de conflito que prevalece numa sociedade é

reflexo da cultura a ela pertencente. Desse modo, embora a *Alternative Dispute Resolution* – ADR tivesse sido propagada nos Estados Unidos através de incentivo por parte do Estado, seja pela elaboração de leis ou de decisões que conferiam validade às cláusulas de arbitragem, fatores de ordem cultural foram determinantes para o sucesso da mediação e da arbitragem.

No mesmo sentido, Michele Taruffo entende que o processo deve ser analisado sob o aspecto cultural, que também abrange a opção de ideologias para a formação de um modelo processual, não somente da técnica.

Embora uma sociedade ainda dependente da atuação do Judiciário para solucionar a maior parte de seus conflitos não tenha como característica a autonomia fortalecida de seus cidadãos, o Estado deve garantir o respeito à valorização do indivíduo, à participação popular nas decisões políticas, à realização pessoal e à maior independência na gestão dos conflitos.

Portanto, Oscar Chase e Michele Taruffo entendem que a mediação e a arbitragem, assim como o direito processual, estão relacionadas a uma determinada cultura, e por esse motivo não devem ser impostas pelo Estado.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 5ª edição, 2004.

CHASE, Oscar G. **Law, Culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context**, New York University, 2005.

COELHO, Meire Lúcia Mota; LÚCIO, Magda de Lima. **Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Volume 4, Número 2, dezembro 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil**. In: Gênesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do Novo Código de Processo Civil**. In: www.humbertodalla.pro.br, acesso em 19 de agosto de 2012

_____ ; DURÇO, Karol Araújo. **A Mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da função jurisdicional**. Texto cedido.

TARUFFO, Michele. **Cultura e Processo**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, disponível no site www.tj.rj.jus.br

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS, disponível no site www.sae.gov.br

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (coord.). **Mediação enquanto Política Pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.