

O ESTADO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Maria Cecília Weigert Lomelino de Freitas*

RESUMO – Do estudo da evolução do Estado, emergem as dificuldades do acesso à justiça, bem como a quebra da divisão dos três poderes, idealizada por Montesquieu, mormente no que tange à harmonia e independência dos Poderes Legislativo e Judiciário. O poder crescente do Estado torna-se uma preocupação para o atendimento do bem comum. A busca pelo Estado ideal, que se aproxime mais da forma democrática e de direito, e a melhor tutela dos direitos individuais e da coletividade, clama pela resposta às seguintes perguntas: quais são os verdadeiros papéis do Estado na atualidade? e o papel do Juiz restringe-se à aplicação do Direito ao caso concreto? A principal consequência da maior conscientização dos direitos e da formação de associações para a defesa dos hipossuficientes, é o aumento significativo do número de ajuizamentos de ações, deixando o Poder Judiciário moroso e sem crédito perante o jurisdicionado, por não possuir a estrutura necessária para o atendimento de toda a demanda social. No entanto, a crise do Estado social, com a consequente privatização dos grandes serviços públicos, levou ao receio atual de utilização de meios alternativos de resolução de

* Maria Cecília Weigert Lomelino de Freitas é analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001) e especialização em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar (2003). Atualmente é mestranda no programa de Mestrado em Direito da UNICURITIBA.

Rua Vicente Machado, 147, 7º andar, Centro – Curitiba-PR
E-mail: marialfreitas@trt9.jus.br

conflitos (conciliação, mediação e arbitragem), sob o fundamento que se estaria criando um Poder Judiciário “paralelo” ou que seria a privatização da justiça. Dentre essas formas alternativas ao Poder Judiciário, merece destaque a arbitragem. Surgem, nesse contexto, “mitos” sobre a arbitragem e a falta de informação sobre as vantagens de sua utilização como forma mais célere de acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito. Estado. Acesso à justiça. Meios alternativos de resolução de conflitos. Arbitragem.

INTRODUÇÃO

Muitos podem estar se perguntando: qual é a relação entre Estado e os meios alternativos de resolução de conflitos?

Para responder a essa questão, faz-se necessário passar pela evolução do Estado liberal para o social e para o dito Estado regulador; entender o significado da democracia e os papéis do Estado na atualidade, explorando o neoliberalismo e a social democracia; sempre alertando para a possibilidade de surgimento de formas totalitárias dentro da sociedade democrática; passando, ainda, pela divisão dos três Poderes e pela investigação do verdadeiro papel do Juiz; a crise do Estado social e o temor de privatização de tudo que é público, inclusive, a Justiça; o aumento do número de demandas e, finalmente, os meios alternativos de resolução dos conflitos, também conhecidos por ADRs – *alternative dispute resolution*.

Dentre estes aspectos, de forma adjacente, merecem destaque os seguintes temas: busca por um Estado ideal; garantia do acesso à Justiça; crescimento econômico e social do país, bem como a credibilidade do próprio Estado e do Poder Judiciário.

Para melhor explicitar o tema, o presente artigo científico foi dividido em três tópicos principais: 1º) a evolução dos Estados e a democracia; 2º) a divisão dos três Poderes e a crise estatal; e 3º) os meios alternativos de resolução de conflitos. Cada um deles possui sub-tópicos próprios com vistas à melhor exposição didática do tema ora em estudo.

Desta forma, espera-se que o presente trabalho venha aclarar o pensamento não apenas jurídico, mas também de cunho social e econômico, quanto às questões envolvendo a figura do Estado e os meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem).

1 A EVOLUÇÃO DOS ESTADOS E A DEMOCRACIA

1.1 ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL, ESTADO REGULADOR

A vida em sociedade impõe a busca por um Estado ideal, que não se contraponha à liberdade e às garantias individuais e coletivas, que possua funções suficientes para o atendimento das necessidades básicas e do bem comum, com serviços públicos eficientes e universais. Tal fórmula é difícil de ser encontrada, mesmo quando se pensa em países desenvolvidos. A evolução do Estado liberal para o social demonstra que ainda há muito que ser percorrido na busca por este ideal, na medida em que o Estado não é mera figura nacional e internacional, o Estado é composto pela coletividade e, de certa forma, é diretamente influenciado pelos governantes.

Especificamente sobre os governantes, o professor da Universidade Federal do Paraná, João Féder¹, elaborou estudo aprofundado sobre o tema, defendendo que o Estado ideal seria um Estado sem poder. Afirma que todo o equívoco começou com a separação dos três poderes proposta por Montesquieu, visto que o Estado tornou-se forte justamente com esta divisão, por meio de governantes pouco preocupados com o povo, mas sim em atender aos seus próprios interesses. É notória a expressão que o poder corrompe e transforma as pessoas que dele provam:

O poder, esse grande mal que
acompanha o Estado desde a sua

¹ FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

origem, continua não só a ele vinculado como é ainda considerado por alguns como a sua própria razão de ser. O poder, um mal em si mesmo, poderia ser um bem através do Estado? Por si só um dos pecados do ser humano, uma das causas da sua imperfeição, nas mãos do Estado o poder ganha contornos de ameaça geral, pois é ali que ele iníbria e cega, permitindo que seres humanos possam se imaginar divinos. É incrível observar-se como o cetro, o trono, a coroa e qualquer outro símbolo do poder podem transtornar as pessoas, fazendo-as acreditar que isso possa lhes dar absoluta superioridade sobre os demais.²

O mesmo doutrinador sustenta que o correto seria despir o Estado de poder, passando a deter apenas funções, principalmente relacionadas ao serviço público. Entende que o principal papel do Estado é servir ao povo e que o poder está, na verdade, nas mãos da sociedade legitimamente organizada, que tem o dever de constantemente fiscalizar as atuações estatais:

[...] Eis aí uma soma de importantes elementos que poderá enriquecer muito os estudos para o desenvolvimento de um novo conceito de Estado. Um Estado que mantenha

² Ibid, p. 15.

integral afinidade com os seus membros, despido de poderes desnecessários ao atendimento do interesse público, liberal por princípio e mínimo em suas ações, já que limitado a atuar em áreas onde a sua presença seja absolutamente necessária e para agir nos estritos limites das funções que lhes são próprias.³

No entanto, para entender a proposta de um Estado sem poder, é preciso retroceder na história e verificar que, na verdade, houve uma evolução do Estado liberal para o social e deste para o Estado dito regulador.

Nessa linha de raciocínio, é impossível falar da evolução do Estado liberal para o social, sem citar a edição comemorativa dos cinquenta anos da obra **Do Estado liberal ao Estado Social**, do professor Paulo Bonavides⁴.

Na introdução ao Estado liberal, Bonavides alerta para a questão do poder e suas implicações nas atividades estatais, tal qual o já citado por João Féder:

O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.

³ Ibid, p. 194.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Sua existência seria, por conseqüência, teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que se serve o Homem para alcançar, na Sociedade, a realização de seus fins.

Mas, como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador.

Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã.⁵

O autor explica que a primeira idéia de liberalismo surgiu com a Revolução Francesa e, na seqüência, com a criação do sufrágio universal. Todavia, ao mesmo tempo, surgem dois binômios: democracia-burguesia e democracia-liberalismo, esta última entendida como uma “democracia governada”⁶.

De qualquer forma, o principal esteio do liberalismo foi a separação dos três poderes de Montesquieu, cuja principal finalidade era a limitação do

⁵ Ibid, p. 41.

⁶ Ibid, p. 55.

poder estatal, o que não ocorreu na prática, conforme já visto nas lições de João Féder, visto que o Estado tornou-se, na história, um ente cada vez mais poderoso.

No Estado liberal, portanto, era mínima a intervenção do Estado nas esferas sociais e econômicas. O Estado apenas desempenha suas finalidades relacionadas ao exercício da soberania e da autoridade, reduzindo-se a funções estritamente judiciais e policiais.

A transição entre o Estado liberal e o social é bem explicada pelos autores portugueses Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins⁷, que relatam que com a Revolução Industrial, o Estado percebe a importância de sua atuação em pontos-chaves da atividade econômica, tais como: transportes ferroviários e rodoviários, eletricidade, gás, telefonia, etc., os quais impulsionaram uma maior intervenção estatal, mormente nestes setores estratégicos, dependentes de atuação no domínio público e de infraestrutura de natureza pública (estradas, pontes, trilhos, redes de comunicação). Passa, assim, o Estado liberal a deparar-se com novas tarefas: gerir, planejar, disciplinar, controlar, explorar, etc..

Ademais, como bem esposado por Paulo Bonavides, a “liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio”⁸, citando, também, a Revolução Industrial que, por meio da liberdade contratual, proporcionou condições desumanas de trabalho com vistas à exploração econômica a qualquer custo. “Nestas, ao cabo

⁷ GONÇALVES, Pedro & MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador *in Estudos de regulação pública I*, org. COIMBRA, Vital Moreira. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 174-317.

⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 59.

de cada uma das catástrofes que ensangüentaram o mundo no presente século, testemunhamos o esforço de fazer surdir a liberdade humana resguardada em direitos e garantias.”⁹

Com efeito, o liberalismo (político e burguês) de Locke e de Montesquieu leva o Estado à condição de inimigo da liberdade humana, deixando o indivíduo amparado somente por direitos naturais¹⁰.

Sobre essa fase de transição e o liberalismo visto na atualidade, Bonavides nos ensina:

Não padece dúvida, pois, de que a *revolution by consent* e a *revolution by violence* – respectivamente, a revolução pelo consentimento e a revolução pela violência, a que alude Harold Laski – são as duas armas da progressão socialista no mundo moderno; uma de cunho democrático, outra de feição totalitária, ambas, porém, empenhadas em inclinar o mundo para a esquerda, sobretudo depois das derrotas impostas à Reação nas guerras do fascismo e do nacional-socialismo.

Tanto a filosofia política da esquerda como a da direita chegaram a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceituava outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos,

⁹ Ibid, p. 59.

¹⁰ Ibid, p. 179.

hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana. [...]

O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade.

Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça.¹¹

As duas grandes guerras mundiais, dada a crise econômica instaurada, abrem a possibilidade de intervenção do Estado nos setores relacionados aos transportes e à distribuição, e, o marco decisivo para a transformação do Estado é a aglutinação de suas finalidades tradicionais (judiciais e policiais) com os fins sociais e econômicos, criando uma nova forma de Estado, o Estado social.

A partir desse momento, o Estado começa a promover a nacionalização dos setores básicos da economia, assumindo, principalmente, a forma de empresa pública. O poder começa a se materializar de forma diversa, o que leva Rousseau a não se preocupar com a repressão ao poder, sendo que “o poder, para ele, não é desprezível. Urge, sim,

¹¹ Ibid, p. 62.

entregá-lo ao seu titular legítimo (o que não fez o autor do *Leviatã*). Este não há de ser nunca o indivíduo, nem uma parte da sociedade, senão o povo todo.”¹². “Os dois termos, para salvarmos a liberdade, não devem ser postos em antagonismo. O esforço da doutrina rousseauiana vai consistir precisamente nisto: na integração da liberdade com o poder. Esta, a essência do seu contratualismo. A consequência de tal esforço redundará, por sua vez, na democracia.”¹³.

Assim, Rousseau entende o Estado social dando ênfase aos direitos políticos, mormente ao sufrágio universal, abrindo espaço para um socialismo moderado e sempre pela via democrática.

Na seqüência histórica, as décadas de 80 e 90 são marcadas pelo processo de liberalização dos serviços públicos, tendo em vista as crises do Estado social, decorrentes de exageros nos gastos públicos, carga fiscal alta para a sua manutenção, déficit público incontrolável, e, o mais importante, ineficiência da gestão pública, obrigando o atual Estado social à necessidade de colocar à disposição do mercado atividades e serviços que estavam, até então, em suas mãos. Procedeu-se, assim, à verdadeira privatização de atividades públicas, assumindo o Estado a responsabilidade de regulá-las.

Surge, assim, a figura do Estado regulador, cabendo-lhe estabelecer uma regulação social, que assegure a todos o acesso a serviços essenciais (serviço universal) e com o cumprimento de obrigações de serviço público por parte do particular.

¹² Ibid, p. 168.

¹³ Ibid, p. 169.

Ante o exposto, pode-se concluir que o Estado regulador é o ideal? Impõe-se a resposta negativa, porque cada país possui suas características próprias e encontra-se em diferentes níveis de desenvolvimento, tanto social, como econômico. O Estado regulador, por meio da administração pública gerencial, já deu frutos em muitos países, como a Nova Zelândia, mas nada garante que o mesmo modelo poderia ser aplicado no Brasil na atual conjuntura.

Portanto, a busca por um Estado ideal está intimamente relacionada às características de cada país e seu nível de desenvolvimento econômico e social. Não se trata, como podem pensar, de uma utopia, mas sim de um objetivo que pode ser alcançado, principalmente se a sociedade conseguir se organizar ao redor de fins comuns. Atualmente, estão em voga os termos neoliberalismo e social democracia, o que será justamente objeto de análise no próximo tópico do presente trabalho.

1.2 A DEMOCRACIA E OS PAPÉIS DO ESTADO NA ATUALIDADE: O NEOLIBERALISMO E A SOCIAL DEMOCRACIA

Além de almejar um Estado ideal, a sociedade também deve estar consciente dos reais papéis do Estado na atualidade, se vive realmente em uma democracia e qual a sua relação com o neoliberalismo.

Definir os reais papéis do Estado na atualidade não é tarefa fácil, principalmente em face do fenômeno da globalização e da formação de blocos com o intuito de unificar o mercado entre determinados países. Diante de todas essas transformações e inovações, cumpre indagar se o papel do Estado estaria restrito às áreas da educação, saúde, previdência, segurança, etc., ou seja, às suas atividades mais tradicionais.

O doutrinador John Rawls resume, da seguinte forma, o liberalismo político e sua relação com a democracia:

[...] Depois de entendidas essas concepções e suas relações, retomo a questão conjunta de que trata o liberalismo político e afirmo que três requisitos parecem suficientes para a sociedade ser um sistema eqüitativo e estável de cooperação entre cidadãos livres e iguais, profundamente divididos pelas doutrinas abrangentes e razoáveis que processam. Primeiro, a estrutura básica da sociedade é regulada por uma concepção política de justiça; segundo, essa concepção política é objeto de um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis; e terceiro, a discussão pública, quando os fundamentos constitucionais e questões de justiça básica estão em jogo, é conduzida nos termos da concepção política de justiça. Esse resumo bem sucinto caracteriza o liberalismo político e a forma segundo a qual ele entende o ideal de democracia constitucional.¹⁴

¹⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 88.

Porém, como muito bem observado pelo professor Paulo Bonavides, o liberalismo, nos tempos atuais, precisa de uma reformulação, não podendo ser empregado na atualidade o liberalismo preconizado por Locke e Montesquieu. Assim, surge esta definição mais amena de John Rawls, que se volta mais a questão política do que à social e é entendida, notoriamente, por neoliberalismo.

No neoliberalismo o mercado sofre uma auto-regulamentação e a intervenção estatal deve ser mínima, por força de suas raízes liberais. Desta forma, o papel do Estado estaria realmente restrito às suas funções tradicionais.

O exemplo mais citado de país neoliberal é dos Estados Unidos da América. Todavia, a crise norte-americana que se espalhou rapidamente pelo mundo, demonstrou, claramente, que o mercado necessita de regulação e, principalmente, fiscalização, sob pena do Estado e, conseqüentemente, toda a sociedade, assumir o ônus da crise financeira. O Estado não pode ser a salvação de todos os erros cometidos por quem entra no jogo do mercado, mas também não pode se eximir das tarefas de regulá-lo. Além disso, não condiz com os ditames neoliberais a necessidade do Estado socorrer instituições bancárias. Assim, os Estados Unidos não podem mais servir como exemplo de Estado neoliberal.

Neste contexto, cabe indagar, novamente, qual é o verdadeiro papel do Estado? Caso se constate que este papel não é mais aquele relacionado às tarefas tradicionais (educação, saúde, segurança...), não se pode falar em Estado neoliberal.

Pierre Bourdieu, em sua obra **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**, possui uma visão enfática em relação ao neoliberalismo:

O movimento, que se tornou possível pela política de desregulamentação financeira, em direção à utopia neoliberal de um mercado puro e perfeito se realiza através da ação transformadora e, devemos dizer *destruidora* de todas as medidas políticas (das quais a mais recente é o AMI, Acordo Multilateral sobre o Investimento, destinado a proteger contra os Estados nacionais as empresas estrangeiras e seus investimentos) colocando *em risco todas as estruturas coletivas* capazes de resistirem à lógica do mercado puro: *nação*, cujo espaço de manobra não pára de diminuir; *grupos de trabalho*, com, por exemplo, a individualização dos salários e das carreiras, em função das competências individuais e a resultante atomização dos trabalhadores; *coletivos de defesa* dos direitos dos trabalhadores, sindicatos, associações, cooperativas; até a *família*, que, através da constituição de mercados por classes de idade, perde uma parte do controle sobre o consumo. [...]

O programa neoliberal tende assim a favorecer globalmente a ruptura entre a economia e as realidades sociais, e a construir desse mundo, na realidade, um sistema econômico ajustado à

descrição teórica, isto é, uma espécie de máquina lógica, que se apresenta como uma cadeia de constrangimentos enredando os agentes econômicos.¹⁵

Neste ponto, entra a idéia da social democracia. Retornando um pouco ao tópico anterior, restou abordado que Rousseau contribuiu sobremaneira para a caracterização do Estado social, sendo que sua doutrina se ajusta perfeitamente ao moderno Estado social. Seu pensamento está fulcrado na democracia e no consentimento com a finalidade de atingir os fins sociais.

[...] Em suma, há de ser a democracia o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais. Democracia é conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretecida de entusiasmo e boa vontade.

A democracia rousseauiana implica a universalização do sufrágio, o que basta para distingui-la radicalmente da versão do liberalismo. ...

A democracia de Rosseau, ao revés, longe de ficar desfigurada ou obsoleta, ganha cada vez mais presença doutrinária. Com os eventos políticos deste século, operou-se sua

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 137-138.

recondução ao debate contemporâneo. Os rumos da velha concepção democrática se compadecem admiravelmente bem com a doutrina do Estado social. Têmo-la, na verdade, como o mais eficaz instrumento à sua plena realização.¹⁶

A democracia é o mais importante dos instrumentos e deve estar presente seja o Estado neoliberal, social ou regulador. Cabe lembrar que o poder legítimo pertence ao povo, que possui a garantia do sufrágio universal, não podendo se deixar levar por formas totalitárias, que surgem mesmo no âmbito de uma sociedade democrática, como será visto no item subsequente.

1.3 REFLEXOS DE FORMAS TOTALITÁRIAS NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Afirmou-se, em linhas pretéritas, que o sufrágio universal é o principal elemento da democracia e que esta deve estar presente em todos os Estados, porque o verdadeiro detentor do poder é o povo.

Ocorre que vários exemplos históricos demonstram que podem surgir formas totalitárias mesmo em uma sociedade democrática. Foi o caso da Alemanha e da Itália.

O professor João Féder, citando texto de Alain, explica como isto é possível:

¹⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 175-178.

[...] E logo adiante quando invoca um texto de Alain de 1910: ‘Nem mesmo o sufrágio universal define a democracia. Se o papa, infalível e irresponsável, fosse eleito pelo sufrágio universal, nem por isso a Igreja seria democrática. Um tirano pode ser eleito pelo sufrágio universal e por isso não é menos tirano. O que importa não é a origem do poder, mas o controle eficaz e contínuo que os governados exercem sobre os governantes.’ [...]

De fato, de nada adianta um processo inequivocamente democrático de escolha de governante, se nas mãos desse governante ficar concentrado o poder. De nada vale a mais bela democracia se ela estiver na dependência da boa vontade do governante.

O que estamos testemunhando é uma longa evolução em que o povo apenas consegue divisar o poder aqui ou ali, jamais alcançando o direito de ser o seu titular.¹⁷

Portanto, não basta o sufrágio universal para a garantia da democracia, esta deve ser perseguida todos os dias e exige constante atuação popular, seja na fiscalização dos governantes, seja nas atitudes condizentes com o bem comum e à vida em sociedade. Por isso, Bonavides, citando

¹⁷ FÉDER, op. cit., p. 82-83.

o Juiz Nawiasky, adverte: “A democracia e o Estado não podem ir, segundo ele, contra as massas, senão com as mesmas. Cabe-lhes educá-las, mediante a politização de seus elementos. Do contrário, seria entregá-las, em covarde capitulação aos piores *flibusteiros* do totalitarismo.”¹⁸

Michel Foucault¹⁹, na célebre obra **Nascimento da Biopolítica**, assevera que o totalitarismo busca a competição entre os indivíduos, justamente para tornar a sociedade mais frágil. Nessa competição, as pessoas passam a se ver como “empresas”, gerando o aumento dos conflitos e, conseqüentemente, a maior necessidade de arbitragem judicial ou extrajudicial para a resolução destes.

[...] A segunda conseqüência dessa arte liberal de governar, [são] as modificações profundas no sistema da lei e na instituição jurídica. Porque, na verdade, entre uma sociedade indexada na forma de empresa [...] e uma sociedade em que o principal serviço público é a instituição judiciária, há um vínculo privilegiado. Quanto mais você multiplica a empresa, Quanto mais você multiplica as empresas, quanto mais você multiplica os centros de formação de uma coisa como uma empresa, quanto mais você força a ação governamental a deixar essas empresas agirem, mais,

¹⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 199.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

é claro, você multiplica as superfícies de atrito entre cada uma dessas empresas, mais você multiplica as ocasiões de contenciosos, mais você multiplica também a necessidade de uma arbitragem jurídica. Sociedade empresarial e sociedade judiciária, sociedade indexada à empresa e sociedade enquadrada por uma multiplicidade de instituições judiciárias são duas faces de um mesmo fenômeno.²⁰

Desta forma, Foucault defende que o Estado somente será de Direito se os cidadãos puderem recorrer contra o poder público na Justiça ordinária. É o que denomina de “possibilidade de arbitragem judiciária por uma instituição ou outra, entre os cidadãos e o poder público.”²¹, sendo que, mais adiante, lembra que “a origem do direito era do povo e não do Estado”²². Conclui que: “em suma, quanto mais a lei se torna formal, mais a intervenção judiciária se torna numerosa. E à medida que as intervenções governamentais do poder público se formalizam mais, à medida que a intervenção administrativa recua, nessa mesma medida a justiça tende a se tornar, e deve se tornar, um serviço público onipresente.”²³

²⁰ FOUCAULT, op. cit., p. 204.

²¹ Ibid, p. 235.

²² Ibid, p. 235.

²³ Ibid, p. 241.

Nesse sentido, é possível que em um Estado Democrático e de Direito ocorram reflexos de formas totalitárias, cabendo à sociedade repeli-los, mas diante da globalização, da competição no mercado de trabalho e do consumismo desenfreado, é natural, como diz Foucault, que as pessoas se vejam como empresas, o que atrai o aumento no número de dissídios, tornando-se o Poder Judiciário um forte elemento para a consecução da paz e estabilidade sociais.

2 A DIVISÃO DOS TRÊS PODERES E A CRISE ESTATAL

2.1 ESTADO LEGISLADOR X ESTADO APLICADOR DO DIREITO. O PAPEL DO JUIZ

Como já visto em linhas pretéritas, Montesquieu criou a separação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a finalidade de enfraquecer o poder estatal e com a preocupação de que todas as principais funções do Estado não recaíssem sobre a mesma pessoa. Caso isso ocorresse, seria impossível a figura da democracia. Para concretizar seu plano, concedeu tarefas para cada poder, que, teoricamente, deveriam ser independentes e harmônicos. Contudo, a divisão dos três poderes não atingiu seu fim principal (enfraquecimento do poder estatal), visto que o Estado, durante a história, foi ganhando cada vez mais poder, em que pese a aceitação da divisão proposta.

Outro aspecto importante a ser lembrado é que o liberalismo teve por escopo justamente a teoria da separação dos três poderes de Montesquieu, do que resulta o

seu enquadramento tanto em um Estado democrático, como em uma monarquia constitucional.

A teoria tripartida dos poderes, ‘como princípio de organização do Estado constitucional’, é uma contribuição de Locke e Montesquieu. Este se apóia naquele e, equivocadamente, no que supõe ser a realidade constitucional inglesa: um Estado onde os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam modelarmente separados e mutuamente contidos, de acordo com a idéia de que ‘o poder detém o poder’ (‘le pouvoir arrête le pouvoir’).²⁴

Conforme já destacado no capítulo anterior, o liberalismo tem suas falhas, assim como a separação dos poderes concebida por Montesquieu. Isto porque é impossível cada poder ter tarefas exclusivas, ou seja, todo poder possui atividades atípicas, sem as quais a máquina estatal fica emperrada. Na verdade, o Estado é uno e somente suas funções são repartidas.

Nessa ordem de idéias, interessa, particularmente ao presente estudo, a atuação do Estado como legislador (Poder Legislativo) e como aplicador do Direito (Poder Judiciário). Especificamente na Justiça do Trabalho esses poderes já se misturam, devido ao poder normativo que esta Justiça detém para a resolução de dissídios coletivos. Assim, pertinente questionar: qual é o

²⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 45.

verdadeiro papel do Juiz? Legislador ou aplicador do Direito?

Para responder a esses questionamentos, principalmente no âmbito da projeção do papel do Juiz na divisão dos três poderes, importante destacar as teorias apresentadas por Ronald Dworkin²⁵ no tocante à função judicial.

Segundo Dworkin, o Magistrado quando se depara com casos difíceis, seja porque existem várias normas aplicáveis ao caso concreto que levam a caminhos opostos, seja porque não há previsão legal, deve utilizar a tese da resposta correta, acudindo-se dos princípios, tendo em vista que o direito não é apenas um conjunto de normas, mas sim de normas, diretrizes e princípios.

Esta tese está fundamentada, basicamente, na idéia de que o Juiz não detém poder de legislar, o que preserva a harmonia dos três poderes. Logo, o grau de incerteza que cerca a decisão a ser tomada judicialmente pode ser significativamente reduzido, pois não é dado ao julgador decidir de forma discricionária. O resultado prático é a redução do grau de incerteza, que desemboca em decisões uniformes.

Dessa forma, parece claro que o papel precípua do Magistrado é a aplicação do Direito ao caso concreto.

Contudo, apesar de relevante a teoria apresentada por Dworkin, é preciso lembrar que, no Direito pátrio, o Juiz, dentro das disposições legais autorizativas (como no dissídio coletivo trabalhista), tem o poder de legislar, caracterizando-se como uma tarefa atípica. Assim, a

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

função do Judiciário não se restringe a aplicar a lei, visto que existem casos em que não há dispositivo legal aplicável, como na hipótese de lacuna na lei. Portanto, também é atribuição do Juiz, além de aplicar o Direito, interpretar as leis e verificar a possibilidade de enquadramento no caso concreto. Quando não existir disposição legal, poderá utilizar a analogia, costumes, podendo sempre buscar amparo na doutrina e na jurisprudência. Outras vezes, ainda, a lei autoriza a decisão por equidade, o que afasta a simples aplicação do Direito.

Vê-se, pois, que os papéis a serem cumpridos pelo Magistrado são vastos e que podem quebrar a independência e harmonia dos três poderes concebida por Montesquieu.

Sobre o tema, Michel Foucault leciona, retornando um pouco à idéia das pessoas como “empresas”:

[...] Agora, ao contrário, se é verdade que a lei não deve ser nada mais que regra de jogo para um jogo em que cada um tem o mando na parte que lhe toca, nesse momento o judiciário, em vez de ser reduzido à simples função de aplicação da lei, vai adquirir nova autonomia e nova importância. Concretamente, nessa sociedade liberal em que o verdadeiro sujeito econômico não é o homem da troca, não é o consumidor ou o produtor, mas a empresa, nesse regime econômico e social em que a empresa não é simplesmente uma instituição, mas certa maneira de se comportar no campo econômico – na forma da

concorrência em função de planos e projetos, com objetivos, táticas, etc. -, pois bem, vocês vêem que, nessa sociedade empresarial, quanto mais a lei dá aos indivíduos a possibilidade de se comportar como querem na forma de livre empresa, mais se desenvolvem na sociedade essas formas múltiplas e dinâmicas características da unidade 'empresa', mais, ao mesmo tempo, as superfícies de atrito entre essas diferentes unidades são numerosas e grandes, mais as ocasiões de conflito, mais as ocasiões de litígio se multiplicam. Enquanto a regulação econômica se dá espontaneamente, pelas propriedades formais da concorrência, a regulação social por sua vez – a regulação social dos conflitos, das irregularidades de comportamento, dos danos provocados por uns e outros, etc. -, tudo isso vai exigir um intervencionismo, um intervencionismo judiciário, que deverá ser praticado como arbitragem no âmbito das regras do jogo. Multipliquem as empresas, e multiplicarão os atritos, os efeitos de ambiente, e, por conseguinte, à medida que vocês libertarem os sujeitos econômicos e deixarem que eles joguem o jogo, quanto mais

libertarem, mais, ao mesmo tempo, vocês os destacarão do estatuto de funcionários virtuais a que um plano prendia e mais multiplicarão necessariamente os juízes. Menos funcionários, ou antes, desfuncionalização dessa ação econômica que os planos traziam consigo, multiplicação da dinâmica das empresas e, com isso, necessidade de instâncias judiciárias ou, em todo caso, de instâncias de arbitragem cada vez mais numerosas.²⁶

Resta saber se, diante do aumento do número de conflitos, o Poder Judiciário estará estruturalmente preparado para assumir sozinho essa carga de demandas.

2.2 A CRISE DO ESTADO SOCIAL: PRIVATIZAÇÃO DA “COISA PÚBLICA” E DA JUSTIÇA

Foi visto que o Estado liberal foi atingido pela Revolução Industrial e pelas duas grandes guerras mundiais, havendo uma transição para o Estado social. Durante o Estado social, há a promoção maciça da nacionalização de setores básicos da economia, chegando o Estado a entrar no próprio mercado em concorrência com os particulares, principalmente sob a forma de empresa pública.

No entanto, as décadas de 80 e 90 são marcadas pelo processo de liberalização dos serviços públicos, tendo em vista a crise do Estado social. Coube, assim, ao Estado

²⁶ FOUCAULT, op. cit., p. 240-241.

social colocar à disposição do mercado atividades e serviços que estavam, até então, em suas mãos. Procedem-se, assim, à verdadeira privatização de atividades públicas, assumindo o Estado a responsabilidade de apenas regulá-las.

Esse fenômeno é tido por muitos, mormente pelos adeptos do Estado social puro, como privatização da “coisa pública”, pois, no seu entender, o Estado deveria continuar com suas funções tradicionais e como detentor de todos os serviços de interesse público. Todavia, essa posição se tornou insustentável devido aos exageros nos gastos públicos, carga fiscal alta para a manutenção da máquina pública, déficit público incontrolável, e, o mais importante, ineficiência da gestão pública.

Em decorrência desse pensamento, qualquer tentativa de resolução de conflitos de forma extrajudicial é considerada como uma provável “privatização” da Justiça. O Estado, como guardião da lei e detentor do poder de decisão e execução, é tido, pela maioria, como o único ente apto a solucionar litígios.

No entanto, esse poder estatal encontra-se em crise, na medida em que exige um aparato que comporte o número de demandas diárias distribuídas, o que desemboca em altos custos para que toda a máquina jurisdicional se mova.

O sistema recursal também não contribui para a agilidade da entrega da prestação jurisdicional, representando verdadeiro “funil” que atravança inúmeros autos de recursos nos Tribunais Regionais e Superiores.

Nesse passo, a Justiça passou a ser cada vez mais morosa. É preciso, então, divulgar e informar a população sobre a existência de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, superando o aspecto cultural de que cabe ao Estado a resolução de todos os problemas.

A partir dessa nova concepção diante da crise do Poder Judiciário, surgem métodos alternativos para a solução de litígios, quais sejam: mediação, conciliação e arbitragem. Dentre estes, destaca-se a arbitragem pelo seu sucesso no direito alienígena e por suas similitudes com o sistema jurisdicional, caracterizado pela heterocomposição, ou seja, delegação a um terceiro da atribuição de resolver o conflito de interesses. É o que será objeto de estudo no próximo capítulo.

3 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 COLETIVIDADE ORGANIZADA: MAIOR ACESSO À INFORMAÇÃO E AUMENTO DO NÚMERO DE DEMANDAS

Atualmente fala-se na “crise do Poder Judiciário”, da necessidade premente de reformas estruturais e de meios capazes de desafogar a Justiça, mas com efetividade, credibilidade e celeridade. A Justiça não atende mais a todos os anseios da sociedade, principalmente sob a ótica da celeridade da prestação jurisdicional. A aceitação de métodos alternativos ao modelo tradicional passa por uma série de reflexões filosóficas, teóricas e culturais, pois muitos acreditam que isto implicaria na abertura de um Poder Judiciário “paralelo” ou na privatização da Justiça.

É preciso lembrar que a velocidade atual das informações, a criação de associações para a defesa dos hipossuficientes (trabalhadores, consumidores, etc.), a

maior competitividade, como destacado na doutrina de Michel Foucault (a visão das pessoas como “empresas”) são fatores que contribuíram para que a coletividade procurasse a tutela jurisdicional de seus direitos e aumentasse significativamente o volume de demandas submetidas ao Poder Judiciário.

Por um lado isso é muito bom, porque é importante que a sociedade se organize e tenha conhecimento de seus direitos, mas, por outro lado, o Estado não está adequadamente preparado para esta avalanche de processos. Ademais, verifica-se que até mesmo o próprio direito constitucional de acesso à Justiça pode estar prejudicado caso não se pense seriamente sobre esses meios alternativos.

Nessa linha, imprescindível o estudo aprofundado das formas alternativas de resolução dos conflitos, conhecidas como ADRs – *alternative dispute resolution*.

3.2 MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

A vida em sociedade leva à aceitação de regras básicas para que o convívio seja harmônico, justo e, principalmente, isonômico. O enfraquecimento de qualquer dos pilares da vida em sociedade, implica na possibilidade de surgimento de formas totalitárias, as quais, como já visto, podem aparecer, inclusive, em sociedades democráticas.

Nesse sentido, não é dado mais ao indivíduo resolver um conflito “pelas próprias mãos”, fazendo “justiça” por si mesmo, na medida em que não impera mais nas sociedades civilizadas o Código de Hamurabi (1730 a.C.), cuja principal característica era a vingança ou retaliação,

cuja origem está na “lei de talião”, também conhecida como “pena de talião”, traduzida na expressão “olho por olho, dente por dente”.

A professora Zoraide Amaral de Souza²⁷ afirma que os primeiros vestígios do sistema arbitral, ou seja, a figura de uma terceira pessoa solucionando problemas da vida em sociedade, foram conhecidos na Babilônia, na Grécia antiga e em Roma²⁸. É, assim, um sistema dos mais antigos que se tem conhecimento.

No entanto, a arbitragem não é a única forma dita alternativa (ao Poder Judiciário) de resolução de conflitos por meio de uma terceira pessoa, a conciliação e a mediação são da mesma família, mas qual é a diferença entre esses institutos?

Chamando, novamente, a doutrina de Zoraide Amaral de Souza, a ilustre professora explica, de forma sucinta e clara, as principais diferenças existentes entre conciliação, mediação e arbitragem:

Na verdade, quando estamos diante da conciliação, esses terceiros conduzem o processo na direção de um acordo, opinando e propondo soluções, diferentemente do procedimento da mediação, no qual o mediador não opina, não sugere nem decide pelas partes.

Diga-se de passagem que a mediação, além do acordo, visa também à

²⁷ SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

²⁸ Ibid, p. 51.

melhoria da relação entre as pessoas envolvidas. Já na arbitragem, o terceiro imparcial define, decide, soluciona o impasse surgido entre as partes.²⁹

No direito pátrio, há previsão legislativa para a utilização da arbitragem desde a primeira Constituição Federal, a de 1824, cujo art. 164 dispunha: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomearem Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”³⁰ Assim, o instituto não é novo, mas por uma série de razões, é pouco aplicado no Brasil, apesar da edição da Lei 9.307/1996, que dispõe justamente sobre a arbitragem, prevendo no seu art. 1º que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Quanto aos motivos pelos quais o instituto não possui um uso corriqueiro, interessante o rol de mitos elaborado pelo doutrinador Welber Barral³¹: 1º) “a Lei de arbitragem tem motivação legislativa espúria”; 2º) “a Lei de arbitragem renasce somente no Brasil”; 3º) “a homologação pelo Judiciário é imprescindível para a legitimidade da sentença arbitral”; 4º) “a arbitragem é inconstitucional”; 5º) “a arbitragem oprimirá os consumidores”; 6º) “a arbitragem

²⁹ Ibid, p. 58.

³⁰ CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 10.

³¹ BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

esvaziará o Judiciário”; e 7º) “a arbitragem prejudica a advocacia”. O autor conclui que:

[...] Os mitos criados, entretanto, não detêm base fática, e se sustentam somente em preconceitos e desconhecimento do instituto, conforme definido pela Lei brasileira e pelas convenções internacionais sobre a matéria.

Na realidade, a arbitragem é um instrumento para difundir o acesso à justiça. Seu caráter, positivo ou negativo, não lhe é intrínseco, mas dependerá da utilização – mais ou menos séria, mais ou menos preconceituosa – que lhe for dada no Brasil.

Não que este processo seja reversível. Ao contrário, a criação de empecilhos à arbitragem, pelo Judiciário, somente servirá para que mais empresas resolvam seus litígios em foros arbitrais no exterior (recorde-se que a validade dessas sentenças estrangeiras estará garantida pelas convenções internacionais e pelas regras de competência do CPC, arts. 88-90). Ao mesmo tempo, um lança d’olhos para o mundo deixará de antever que a globalização da solução de conflitos permite às partes escolherem qualquer lugar para

resolver seu conflito, em detrimento daqueles direitos internos que dificultam a utilização da arbitragem, como parece ser a mentalidade de alguns juristas brasileiros. O prejuízo será da sociedade (que perderá um meio alternativo de solução de litígios, com as vantagens a ele inerentes), do meio empresarial (que terá custos majorados), dos advogados (uma vez reduzido seu campo de atuação) e do próprio Poder Judiciário (que perderá a oportunidade de desafogar o acúmulo de processos, com a conseqüente perda de legitimidade.³²

Mais adiante, arremata, de forma brilhante, o mesmo doutrinador:

[...] Enfim, recorde-se que a arbitragem é uma instituição venerável, que remonta aos primórdios do direito romano. Manteve muito a tradição ao longo dos séculos, e contemporaneamente manteve sua base européia e o perfil típico de árbitros. Porém, como as tendências negociais mudam rapidamente em razão da globalização e do impacto da tecnologia moderna,

³² Ibid, p. 104-105.

a arbitragem também deve continuar mudando para se manter como um meio eficaz de solução de controvérsias. Seu desafio, entretanto, é manter o ritmo desta mudança de forma a garantir a estabilidade que se exige dos mecanismos com credibilidade. Na América Latina, um desafio adicional será adaptar os mecanismos de solução alternativa de controvérsias com as condições locais, e ao mesmo tempo preservar o grau de uniformidade necessário para que a arbitragem internacional mantenha suas vantagens sobre os litígios nos tribunais estatais.³³

Portanto, a quebra dessa rejeição nacional aos meios alternativos de resolução de conflitos, mormente a arbitragem, é de extrema importância ao melhor acesso à Justiça, à melhoria das relações comerciais nacionais e internacionais, à maior abrangência do papel dos advogados, o que, por consequência, reverte-se em benefício à própria população que contará com meios céleres, eficazes e de credibilidade para a solução de impasses criados pela própria vida em sociedade.

Note-se que o Poder Judiciário, mesmo com a conscientização dos métodos alternativos, continuará a ser necessário, mas agora de forma mais útil e eficaz ao jurisdicionado: “Formas privadas existem, mais céleres e

³³ Ibid, p. 105-106.

prestativas, que em nada eliminam a necessidade de advogados ou juízes. Pelo contrário, suas funções serão valorizadas no seio de nossa sociedade ao colaborarem para uma maior pacificação e efetividade das prestações jurisdicionais.”³⁴.

Nesse sentido, não há que se falar em criação de um Poder Judiciário “paralelo” ou de privatização da Justiça, porque o Judiciário continuará desempenhando suas funções que são importantíssimas para a sociedade, cabendo lembrar que certas tarefas permanecem de competência exclusiva do Juiz, com os atos executórios e expropriatórios.

Observe-se, porque oportuno, que o Banco Mundial chegou a recomendar aos judiciários nacionais determinados valores, tais como: acesso à Justiça (acessibilidade), credibilidade, eficiência, transparência, independência, previsibilidade, proteção à propriedade privada e respeito aos contratos.³⁵

Esta entidade internacional considera que os mecanismos alternativos de resolução de disputas, dentre os quais, destaca-se a arbitragem, “seriam instrumentos de competição com o Judiciário, aumentando as pressões sobre a eficiência desse Poder.”³⁶.

³⁴ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro**. São Paulo: LTr, 2005, p. 259.

³⁵ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004. p. 25.

³⁶ Ibid, p. 26.

Por outro lado, cabe ressaltar, porque oportuno, que as introduções efetuadas pela Emenda Constitucional 45/2004 (reforma do Poder Judiciário), destacam a necessidade premente de desafogar o Poder Judiciário e de criar instrumentos capazes de garantir a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade da sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Maior, acrescentado pela EC 45/2004).

Nessa linha de raciocínio, por força da mesma Emenda, foram feitas sensíveis alterações no art. 114 da Constituição Federal, das quais destaca-se a nova redação do §2º: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”.

A expressão “de comum acordo” presente no texto do §2º do art. 114 da Carta Maior, supracitado, tem gerado diversas polêmicas, dentre elas podem ser citadas: posição do Juiz do Trabalho como um Juízo arbitral, e, se a introdução desta expressão no texto constitucional não implica no enfraquecimento das negociações coletivas, comprometendo suas funções jurídicas, política, econômica e social.

Debates a parte, uma vez que o presente estudo não comporta longa digressão sobre esses temas, destaca-se, ainda, que a tendência do legislador nas normas mais recentes é incluir os meios alternativos de resolução dos conflitos (mediação, conciliação e arbitragem) para a composição rápida dos litígios, sem que cheguem a bater às

portas do Poder Judiciário. Exemplo disto é a Lei Complementar 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte:

Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

§ 1º Serão reconhecidos de pleno direito os acordos celebrados no âmbito das comissões de conciliação prévia.

§ 2º O estímulo a que se refere o caput deste artigo compreenderá campanhas de divulgação, serviços de esclarecimento e tratamento diferenciado, simplificado e favorecido no tocante aos custos administrativos e honorários cobrados.

Diante do exposto, os meios alternativos de solução de conflitos merecem melhor atenção por parte do jurisdicionado e maior credibilidade pelos brasileiros, visto que influem diretamente na vida em sociedade, na política e na economia do país. O legislador vem promovendo sua utilização, restando ao Poder Judiciário e à população uma maior consciência e aproveitamento desses instrumentos.

CONCLUSÃO

Vive-se em uma sociedade na qual a figura central é o Estado, uma vez que é “ele”, em última instância, quem detém o poder, por isso torna-se relevante a busca por um Estado ideal, cujas funções voltem-se efetivamente para o bem comum. A investigação dos papéis do Estado na contemporaneidade, leva a dois termos muito em voga, quais sejam: neoliberalismo e social democracia, vistos como tentativas de sanar os erros do passado e unir, na figura do poder estatal, dois propósitos primordiais, os crescimentos econômico e social.

Apesar do Estado deter, historicamente, o poder, que por concepção de Montesquieu foi dividido em três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o poder, na verdade, sempre pertenceu e pertence ao povo, o qual tem a obrigação de fiscalizar os atos dos governantes e cobrar medidas que visem à melhoria da vida em sociedade, principalmente para que formas totalitárias de governo não surjam no âmbito de uma democracia. Cabe lembrar que o Estado é uno, sendo que somente suas funções são divididas.

Partindo dessas premissas, quando se fala de meios alternativos de resolução de conflitos, a primeira questão que surge é a divisão entre as funções legislativa e judiciária. O primordial papel do Juiz é a aplicação da lei ao caso concreto, mas não se restringe a este, sendo que o Judiciário possui funções atípicas, as quais também podem estar relacionadas com o Poder Legislativo, como o caso da Justiça do Trabalho, que detém poder normativo para a resolução de dissídios coletivos. De qualquer forma, mesmo com essas tarefas atípicas, os três Poderes devem ser harmônicos entre si.

O segundo aspecto relevante dos ADRs – *alternative dispute resolution* – é a crise do Estado Social, que trouxe com ela o temor de que tudo que fosse público seria privatizado, inclusive a Justiça, que estaria na mira da conciliação, da mediação e, principalmente, da arbitragem. Esta ficção, infelizmente, está presente até os tempos atuais. Diz-se ficção, porque a convivência entre arbitragem e Poder Judiciário é pacífica, na medida em que o Juiz sempre será imprescindível, assim como o advogado e todos os entes que dão os contornos da Justiça. Assim, não há que se falar em privatização da Justiça, mas sim de fortes instrumentos a auxiliá-la no dia a dia, dando celeridade, eficácia e credibilidade ao próprio Poder Judiciário.

Com efeito, o aumento das demandas na atual conjuntura, como já previsto por Michel Foucault, é inevitável, e o Judiciário não está aparelhado para o volume de ações que serão ajuizadas todos os dias. É preciso pensar seriamente em formas alternativas que cumpram o seu papel perante a sociedade, afastando injustiças e impunidades. Nesse ponto, fundamental a maior conscientização no que tange à conciliação, mediação e arbitragem.

Compete à sociedade organizada, real detentora do poder, deitar os olhos sobre a necessidade de utilização em maior escala dos ADRs, como instrumentos de acesso à Justiça e da melhoria da vida em sociedade, que somente tem a lucrar nos campos econômico, político e social, preservando, assim, o Estado Democrático e de Direito.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos.** Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. **Contrafogos 2: por um movimento social europeu.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros.** ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004. p. 25.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, José Janguê Bezerra. **Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro.** São Paulo: LTr, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FÉDER, João. **Estado sem poder.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Pedro & MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador *in Estudos de regulação pública I*, org. COIMBRA, Vital Moreira. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 174-317.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Zoraide Amaral. **Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de bibliotecas. **Periódicos e artigos de periódicos**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2007.