

A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO INSTRUMENTALIZADA PELO EXSURGIMENTO DE UMA NOVA CULTURA POLÍTICO-JURÍDICA DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL NA MATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS

*A REINTERPRETATION OF CONTEMPORARY DEMOCRATIC STATE INSTRUMENTALISED
BY THE EMERGENCE OF A NEW CULTURE OF POLITICAL-LEGAL ACCESS TO JUSTICE: A
(RE) CONSTRUCTION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLED MATRIX IN THE MATERI-
ALIZATION OF RIGHTS*

LA RESIGNIFICACIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÁNEO INSTRUMENTALIZADA POR EL EXSURGIMIENTO DE UNA NUEVA CULTURA POLÍTICO JURÍDICA DE ACCESO A LA JUSTICIA: UNA (RE)CONSTRUCCIÓN DE LA MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIALIZACIÓN DE DERECHOS

Marli Marlene Moraes da Costa¹**Mariane Camargo D'Oliveira²**

Resumo: O presente artigo leva o leitor a fazer uma reflexão sobre a necessidade de se reverter a lógica daqueles que ainda trabalham sob a ótica do positivismo jurídico e sob a égide da cultura do conflito, ou seja, do ganhador *versus* o perdedor. É público e notório que o sistema judicial da forma como está estruturado se afigura obsoleto e defasado, especialmente porque o retorno demandado via judiciário só efetiva-se, via de regra, após longo transcurso processual. O reconhecimento de novos direitos – coletivos, individuais homogêneos e difusos – produziu sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los, o que determinou a transferência do conflito do campo político para o campo jurisdicional. Neste contexto, é imprescindível efetivar práticas construtivas por meio da mediação, conciliação e arbitragem como meios consensuais, autonomizados e democráticos para dirimir controvérsias e promover a ressignificação da matriz do Estado Democrático de Direito de forma a efetivar os direitos de cidadania. A partir de uma interpretação constitucional e principiológica, o judiciário não poderá eximir-se das questões relativas às políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais.

-
- 1 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas na mesma Universidade. Especialista em Direito Privado. Professora do Curso de Direito da FEMA. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Autora de livros e artigos em revistas especializadas.
 - 2 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social, com concentração na área de Políticas Públicas e Inclusão Social, da Universidade FEEVALE (Novo Hamburgo/RS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS). Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa em Estudos Humanos e Pedagógicos da UNICRUZ. Bolsista PROSUP/CAPES. Advogada. *E-mail:* maricamargod@gmail.com

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Judicialização de conflitos. Políticas Públicas.

Abstract: This article encourages the reader to reflect on the need to reverse the logic of those who still work from the perspective of legal positivism and culture under the aegis of the culture of conflict, i.e. winners versus losers. It is well known that the way the judicial system is structured is obsolete and outdated, especially since the return demanded by the judiciary usually only becomes effective after a long procedural course. The recognition of new rights - collective, individual homogeneous and diffuse - produced legal subjects with the legitimacy to contest them, which led to the transfer of conflict from the political field to the judicial field. In this context, it is essential to carry out constructive practices through mediation, conciliation and arbitration as consensual means, made autonomous and democratic, to resolve disputes and promote reinterpretation of the matrix of the Democratic State of Law, in order to assure the rights of citizenship. From a constitutional and principled interpretation, the judiciary cannot avoid the issues concerning public policies for the enforcement of fundamental rights.

Keywords: Democratic State. Adjudication of disputes. Public Policy.

Resumen: El presente artículo lleva al lector a hacer una reflexión sobre la necesidad de revertir la lógica de aquellos que aún trabajan bajo la óptica del positivismo jurídico y bajo la égida de la cultura del conflicto, es decir, del ganador *versus* el perdedor. Es público y notorio que el sistema judicial, de la forma en la que está estructurado, se presenta obsoleto y desfasado, especialmente porque el retorno demandado por vía judicial solo se efectiva, por regla general, después de un largo transcurso procesal. El reconocimiento de nuevos derechos – colectivos, individuales, homogéneos y difusos – produjo sujetos jurídicos legitimados a pleitearlos, lo que determinó la transferencia del conflicto del campo político para el campo jurisdiccional. En

este contexto, es imprescindible efectuar prácticas constructivas por medio de la mediación, conciliación y arbitraje como medios consensuales, autonomizados y democráticos para dirimir controversias y promover la resignificación de la matriz del Estado Democrático de Derecho para hacer realidad los derechos de ciudadanía. A partir de una interpretación constitucional y principiológica, el Poder Judicial no podrá eximirse de las cuestiones relativas a las políticas públicas de efectución de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho. Judicialización de conflictos. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

Na tendência de resignificação de uma principiologia constitucional contemporânea, é necessário repensar os delineamentos da materialização dos direitos fundamentais, especialmente a partir da eficácia na prestação jurisdicional. Enfocando nesse sentido, entende-se pertinente verificar a imprescindibilidade de revigoração dos cânones complementares de acesso à justiça, ao considerar que a efetivação de direitos pode ser operacionalizada na resignificação da matriz do Estado Democrático de Direito.

Judicializar as litigiosidades não tem se configurado em uma alternativa viável e solucionadora dos conflitos sociais, já que estes são funcionalizados pelo Poder Judiciário e não tratados, o que é, em tese, desejado e adequado. Como corolário, a prestação jurisdicional tem se caracterizado, notadamente, pela morosidade processual e pelo excessivo demandismo. Mostra-se essencial, portanto, repensar as estruturas que estão postas, visando propor novos modelos e novos meios de administrar as controvérsias. Nesse ponto, exurge práticas extrajudiciais como instrumentos complementares no gerenciamento dos conflitos, a fim de responder tal demanda.

Sob esta perspectiva, à medida que se pretende, cada vez mais, uma transição paradigmática nas ambiências sociojurídicas, notadamente ao resignificar a materialização dos direitos fundamentais, bem como ao buscar proposições,

por meio de uma matriz principiológica constitucional, que não se constituam tão somente em legitimadoras da inefetividade do poder estatal, é possível que as políticas públicas de tratamento das litigiosidades dialoguem no sentido de tornar efetivo o acesso democrático à justiça a partir de transformações político-jurídicas? A partir deste objetivo é que a presente investigação se configura em um estudo qualitativo de caráter bibliográfico.

Para que se possam operacionalizar as bases de um acesso à justiça mais democrático, é necessário se valer de outros mecanismos de tratamento dos litígios, especialmente por meio da implementação de políticas públicas. Visualiza-se, a partir destas teorizações, que a *práxis* mediativa se configura em relevante e viável elemento alternativo de administrar conflitos, a qual deve ser, cada vez mais, fomentada, em razão do nível de autonomização e de empoderamento que acarreta aos sujeitos.

Ao buscar o consenso, esta prática favorece a alteridade, já que deve estar embasada no equilíbrio e no diálogo, conduzindo, por conseguinte, a uma decisão, embora não institucionalizada, mutuamente aceitável. Pretende-se investigar, pois, como a construção de uma matriz principiológica constitucional, mediante o manejo de políticas públicas, pode dar novo sentido ao Estado contemporâneo, em que haja a ruptura dos cânones positivistas, ao se proceder ao fortalecimento de uma cultura político-democrática de não demandismo.

A EFETIVIDADE OBSTACULIZADA PELA JUDICIALIZAÇÃO: O SISTEMA EM COLAPSO

As conflituosidades são, não raras vezes, vislumbradas tão somente pelo seu aspecto negativo, como se nada pudessem acrescentar para o contexto sociojurídico ou, sequer, para a evolução cultural e dos sujeitos. Conseqüentemente, houve a banalização das controvérsias, o que acarretou a construção da hodierna cultura do litigar a qualquer custo e por qualquer motivo, enfim, o próprio demandismo. Os litígios não são adequadamente tratados pela via do consenso, ao revés, são,

cada vez mais, judicializados. Entretanto, em decorrência deste desproporcional volume de litígios conduzidos ao Poder Judiciário, há uma inefetividade na prestação jurisdicional como consequência da defasagem do sistema.

À medida que se compreende indispensável fomentar novas alternativas de gerenciamento dos conflitos, entende-se fundamental, da mesma forma, proceder à conscientização de se buscar mecanismos não judicializados para dirimir controvérsias. Nesse aspecto, é fundamental promover a cultura do não litígio por meio de práticas de mediação, conciliação e arbitragem.

Com suporte nestas concepções, visualiza-se que a violência, as guerras e os conflitos são parte integrante do contexto social, independentemente do grupo no qual o indivíduo se encontra inserido. Nesse viés, é possível constatar que a cultura do conflito está correlacionada aos valores que vão sendo apreendidos pelos sujeitos ao longo de suas vidas. A interpretação das situações conflituosas que vão sendo engendradas neste transcurso temporal e a maneira pela qual é resolvida a disputa dizem respeito às disposições psicoculturais que foram assimiladas.

É imprescindível, portanto, efetivar práticas construtivas como meios consensuais, autonomizadores e democráticos para dirimir controvérsias. Como corolário, mostra-se crucial que os sujeitos empreendam esforços para a aplicação de técnicas, normas e disposições que resultem no desfecho positivo das demandas conflitivas, como resultado do processo de conscientização e da própria transformação social, restabelecendo o consenso a partir do diálogo e da cooperação mútua.

Tais ilações demonstram que é possível reverter a lógica daqueles que ainda trabalham sob a ótica do positivismo jurídico e sob a égide da cultura do conflito, ou seja, do ganhador *versus* o perdedor. Ao se fomentar as disposições consensuais não apenas como meio de acesso à justiça, mas sim como meio de instrumentalizar práticas sociais que revertam em resultados positivos para os sujeitos, conduzirá a uma evolução em todo o contexto sociocultural. É promovendo, portanto, a cultura de não judicialização das litigiosidades que se estará construindo uma *práxis* alternativa embasada não na busca por somente litigar, mas sim na viabilização do consenso.

Compatibilizar a busca pela justiça com o sistema que hoje se afigura obsoleto e ineficiente é tarefa que exige sejam perquiridas novas alternativas e caminhos mais eficazes na solução de litígios. Partindo de uma intervenção diferenciada por meio dos cânones mediativos, entende-se que se pode construir um sistema de justiça mais acessível, mais célere e, principalmente, mais equânime. Dessa forma, não há mais espaço para a postergação deste debate, especialmente levando-se em consideração a banalização do sistema e da inefetividade das medidas até agora aplicadas. São urgentes encaminhamentos diferenciados para desafiar o sistema existente.

É público e notório que o sistema judicial que hoje está estruturado se afigura obsoleto e defasado, especialmente porque a justiça buscada é encontrada, via de regra, após o longo transcurso processual. Ocorre que a judicialização de toda e qualquer litigiosidade acarretou o acúmulo processual, que concatenado ao reduzido número de juízes e servidores, não conseguem efetivar o princípio constitucional da razoável duração do processo. Assim, a justiça antes perquirida via sistema judicial não se concretiza da maneira esperada.

Perpassa-se, dessa forma, por uma crise judicial, já que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o volume de novos processos cresceu mais de 7000%, conforme os dados do Anuário da Justiça³, revelando as complexidades vivenciadas pelo Judiciário brasileiro. Isto porque a expansão dos direitos teve como consequência a insustentável explosão da demanda ao Judiciário. O movimento processual aumentou desproporcionadamente, mas a estrutura judiciária não acompanhou de igual modo. Logo, é essencial debater sobre esta problemática da crise numérica.

O reconhecimento dos novos direitos – coletivos, individuais homogêneos e difusos – produziram sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los, o que determinou a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornaram jurídicas, haja vista que a consagração desses novos direitos provocou o aumento significativo das litigiosidades, tanto em termos qualitativos

3 ANUÁRIO DA JUSTIÇA. **Explosão de Direitos**: Constituição faz 25 anos. São Paulo: Consultor Jurídico, 2013. p. 10.

quanto em quantitativos. Isto realçou ainda mais as deficiências do esquema judiciário, o qual passou a ser requisitado de forma ampla e indistinta, fomentando a mencionada situação judicial caótica.

Nesse enfoque, é mister enfatizar a que noção de crise se está referenciando, visto que, no contexto brasileiro contemporâneo, falar em crise tornou-se, inevitavelmente, um lugar comum quando se verifica que o sólido aos poucos esmaeceu corroído pela incompatibilidade entre as complexas relações sociais e as estratégias hegemônicas atuais. A concepção de crise não é exatamente igual em todas as áreas, embora exista um conjunto de traços comuns a toda crise, desde que se situe a análise em um nível profundo das estruturas reais do fenômeno. Por isso a crise aparece como um momento no qual se inicia o jogo do par de oposição continuidade/ruptura, na ótica de Arnaud⁴.

Segundo algumas estimativas do Anuário da Justiça⁵, em 1988, ano da promulgação da atual Constituição Federal, foram ajuizadas no país, em todos os ramos da justiça brasileira, 350 mil ações. De acordo com o último levantamento do Conselho Nacional de Justiça, que retrata a realidade de 2011, foram mais de 26 milhões de novos processos submetidos ao crivo dos juízes no ano. A carga de trabalho multiplicou-se por 75 sem que o sistema estivesse preparado.

Ao se comparar os números de 1988, quando se discutia, timidamente, o início de uma crise, percebe-se que os indicativos podem ser considerados muito pouco em detrimento dos patamares atuais. Tal situação, com contornos dramáticos, está seriamente prejudicada e pode ser inviabilizada caso não sejam estudadas e implantadas soluções pragmáticas para dar conta da hodierna demanda processual.

No Brasil do início do século passado, o Judiciário constituía a última *ratio*. Não se litigava à toa. Pessoas de gerações mais longevas ainda se orgulham de proclamar – “Nunca entrei no Fórum!”, uma vez que existe uma ética própria. Recorrer ao Judiciário denota certa debilidade de caráter. Pessoas probas

4 ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capper e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 171.

5 ANUÁRIO DA JUSTIÇA. **Explosão de Direitos**: Constituição faz 25 anos. São Paulo: Consultor Jurídico, 2013. p. 10

sabem resolver seus problemas como seres civilizados, de maneira autônoma, dispensada a intervenção estatal, a base da honradez, geradora de idêntica expectativa de comportamento. Alguém de boa-fé não se recusa a discutir, a dialogar, a entender as razões alheias e a transigir. O Brasil já foi um espaço ético mais saudável. Mas tudo mudou. A palavra empenhada é reminiscência arqueológica. A esperteza é a regra. Desconfiar do próximo, o mandamento por todos observado. A depauperação dos costumes tem desaguadouro natural na Justiça. É por isso que se pode referir que o brasileiro padece de *demandismo*, de acordo com o entendimento de Nalini⁶.

Analisando sob outra perspectiva, na cúpula do Judiciário, os tribunais bateram recordes de julgamento e o estoque não baixa. O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho julgaram, juntos, em 2012, 694.355 casos, entre recursos, agravos, embargos e ações de competência originária. Aos olhos dos juízes, o volume é imbatível. Entretanto, é difícil entender como se consegue chegar ao atual volume de julgamentos. O STJ, por exemplo, julgou 371.618 processos. Ao se imaginar o cenário ideal, com a composição do tribunal completa e com todos os ministros enfurnados no trabalho. O ano judicial para os tribunais superiores tem dez meses úteis. Cada mês, em média, 23 dias úteis – deixando de lado feriados, inclusive os prolongados e pontos facultativos. Para chegar ao volume de julgados, cada um dos 33 ministros do STJ tem de ter trabalhado 12 horas diárias e julgado quatro processos por hora. A conta simplesmente não fecha, ainda consoante o Anuário da Justiça⁷.

Não há fórmula mágica para enfrentar a questão. A solução para o problema não é meramente legislativa. Além de leis, é necessário um conjunto de medidas administrativas e de gestão e, principalmente, mudanças culturais que permitam que o Poder Judiciário responda à demanda crescente a que vem sendo submetido nos últimos anos. A palavra de ordem é racionalização. Os tribunais, em maior ou menor grau, vêm implantando soluções caseiras para combater o problema, no entanto elas são insuficientes.

6 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 107.

7 ANUÁRIO DA JUSTIÇA. **Explosão de Direitos**: Constituição faz 25 anos. São Paulo: Consultor Jurídico, 2013. p. 10-11.

Em decorrência das pressões centrífugas, da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário – como estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei –, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente. Os limites territoriais até então organizados de modo preciso têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação, na ótica de Spengler e Spengler Neto⁸.

Esta crise que permeia o sistema judiciário deve ser resolvida por meio da conjugação dos diversos atores jurídicos e perpassa pela revisão paradigmática. Uma das formas de possibilitar o acesso à justiça, aproximando o cidadão dos ritos procedimentais, passa pela necessidade dos juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, aprendendo por meio de outras culturas, em conformidade com o que assevera Cappelletti⁹.

Acrescentando a esta compreensão, Nalini¹⁰ reforça que a morosidade judiciária encontra causa, muitas vezes, nas próprias partes que com sua prática

8 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A Crise das Jurisdições Brasileiras e Italianas e a Mediação Como Alternativa Democrática da Resolução de Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação Enquanto Política Pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 12.

9 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.

10 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 107.

legal de atos processuais (petições, recursos, agravos, produção de prova, etc.), ainda que legal e, principalmente, constitucional, têm por objetivo tão somente ganhar tempo. Assim, elas instrumentalizam o Judiciário porque se aproveitam exatamente de sua maior deficiência: a lentidão, a morosidade, o ritualismo, o exacerbado procedimentalismo, que leva a ministra Eliana Calmon a afirmar que não é difícil o acesso à justiça: “o difícil é sair da justiça”.

Ainda em consonância com o pensamento de Nalini¹¹, isso ocorre quando os conflitos trazidos ao processo não recebem solução, no sentido de tratamento adequado, e sim respostas processuais. Uma coisa é diferente da outra. Grande percentual de lides é resolvido, mediante análise de questões procedimentais, sem que se alcance o cerne do conflito que a elas deu origem. Pobre em estatísticas, o Brasil não dispõe de dados confiáveis para saber qual a percentagem de processos judiciais que terminam sem o conhecimento do mérito. São as decisões epidérmicas ou periféricas, que tanto denigrem a credibilidade da justiça. As demandas se eternizam, o processo não resolve, senão institucionaliza o conflito até o seu natural e espontâneo exaurimento. Tal situação se agrava ainda mais quando se verifica que no Brasil existe a cultura de que sentença de primeiro grau é irrelevante, o que converte os tribunais em casas de passagem de processos, cujos responsáveis almejam sempre que a decisão seja revista por tribunais superiores.

No embalo dessa sistematização, do aprendizado mecânico e acrítico desenvolvido nas universidades, o modelo de direito que hoje predomina no Brasil é aquele da “cultura manuelesca”. Desse modo, se construiu um imaginário jurídico produzido a partir dos manuais, a maioria de duvidosa qualidade. Com efeito, simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado da arte desta crise judicial. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, por meio dos manuais, estão desconectados com a complexidade social. Além disso, essa cultura estandardizada procura explicar o direito por meio de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social. Por conseguinte, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com

11 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 18.

exemplos fantasiosos e idealistas, o *deficit* de realidade aumenta dia a dia, como referem Spengler e Spengler Neto¹².

De igual modo, Rocha¹³ analisa que há uma dupla crise que se apresenta nas faculdades de Direito: por um lado, devido ao fato de não produzirem uma dogmática jurídica dotada de uma técnica atualizada perante as novas demandas do capitalismo tardio; de outro, por não terem uma efetiva função social, notadamente em relação aos segmentos marginalizados da população. Deste modo, muito mais do que uma crise da “ciência do Direito”, há crise na reprodução legítima da dogmática jurídica que não consegue justificar a sua ideologia de “bem comum” devido à ausência de críticas mais efetivas à racionalidade jurídica e à formação dos juristas. O que se traduz, conseqüentemente, na hodierna massificação do ensino jurídico brasileiro.

Em razão da conjugação desta e de outras variáveis, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário, como sistema, depende do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência medida por meio da sua capacidade, em termos estruturais e temporais, de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político, segundo informa Bastos¹⁴.

Vislumbra-se, assim, que a reflexão acerca da racionalização processual deve ser continuamente realizada visando à reestruturação dos modelos judiciais postos. É indispensável implementar novas alternativas de resolução das controvérsias,

12 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A Crise das Jurisdições Brasileiras e Italianas e a Mediação Como Alternativa Democrática da Resolução de Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação Enquanto Política Pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 25-26.

13 ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 131.

14 BASTOS, Aurélio Wander Chaves. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 91.

especialmente a fim de oxigenar o sistema judiciário, sendo que uma das soluções perpassa pelo cultivo da cultura de conciliação e mediação e pela percepção de que a morosidade judicial provocada pelo volume não é um assunto apenas da Justiça: trata-se de um problema de política pública, que requer o envolvimento de todos os sujeitos sociais.

PROMOVENDO A RUPTURA DA CULTURA DO CONFLITO: UM NOVO CAMINHO

Trabalhar com métodos alternativos de resolução de conflitos é um caminho viável para diminuir o fluxo processual, sobretudo as chamadas demandas de massa poderiam ser resolvidas com um sistema de mediação mais adequado. Sob este prisma, devem ser estudadas as possibilidades alternativas de evitar que os litígios deságuem todos no Judiciário. É preciso, portanto, acabar com o “jogo do empurra”, que interessa apenas a quem ainda usa a lentidão judicial como forma de ganhar dinheiro, já que todos estão acomodados. As empresas estão acomodadas. Os grandes litigantes estão acomodados, porque transferiram o seu *call center* para a Justiça.

Nesse sentido, mostra-se fundamental e necessária a reinvenção da própria atividade do Judiciário. Conquanto, esta não é tarefa simples, constituindo-se em um desafio extremamente complexo, pois a tendência é a de buscar resolver o problema do volume de processos um pouco com as fórmulas processuais disponíveis, como o efeito vinculante, a Súmula Vinculante, os processos repetitivos, e um pouco com a expansão da própria máquina judiciária. São estas as respostas convencionais que se conhecem.

Nessa conjuntura, explicita Warat¹⁵ que a mediação é considerada, atualmente, como uma maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”. É, pois, uma forma consensuada de resolução das controvérsias, uma vez que o terceiro mediador tem “um poder de decisão limitado

15 WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 05.

ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa”.

Focalizando neste sentido, destaca Torres¹⁶ que o fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade e da outridade. Encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as artes e as divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social.

Examinando sob este prisma, para que seja exitoso o procedimento de mediação, é necessário que exista equilíbrio das relações entre as partes: não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar a garantida compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á harmonia por meio do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se de um método conciliatório, como destaca Bolzan de Moraes¹⁷.

Esta cultura do conflito se reflete na problemática da defasagem do sistema judiciário como único meio de resposta à solução de tais litígios. Nesse aspecto, Spengler¹⁸ destaca que a crise de eficiência da jurisdição é consequência de diversos pontos de ruptura, entre eles: crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infraestrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos; crise objetiva, relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, bem como ainda a burocratização, a lentidão de procedimentos e os acúmulos de demandas. A crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal. Por fim, a crise paradigmática diz respeito aos métodos e aos conteúdos utilizados pelo

16 TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

17 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 149-151.

18 SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2010. p. 189.

direito para buscar tratamento pacífico dos conflitos, partindo da atuação prática do direito aplicável a cada caso.

A disseminação da cultura da solução de conflitos pelas vias autocompositivas demanda permanente foro de discussão sobre o tema, o que deve ser feito internamente, com a participação de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores, em encontros e fóruns periódicos, que propiciem compartilhamento das práticas e das experiências e fomentem a uniformização dos procedimentos, mas também com eventos voltados ao público externo em instituições que atuam junto ao Poder Judiciário, como a OAB e o Ministério Público, bem como em instituições privadas de mediação e arbitragem, como menciona Nogueira¹⁹.

De igual modo, não se pode deixar de considerar que os protagonistas da mediação são os próprios conflitantes, e a atuação desses operadores do Direito somente é positiva quando há nela a intenção de ajudá-los a encontrar a melhor solução para o litígio. Ocorre, portanto, uma mudança de paradigma, que substitui a cultura da sentença pela cultura da pacificação social, segundo esclarecem Bolzan de Moraes e Spengler²⁰. A mediação, ainda consoante os citados autores, não constitui um fenômeno novo, na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação de litígios. Torna-se, no contexto cultural, uma importante política pública na busca por uma cultura de paz.

Nesse sentido, tal modelo consensual surge em meio à nova tendência de transformação de conflito a partir da própria vivência participativa e autônoma dos sujeitos sociais. É uma prática cultural e uma concepção nova para o Direito, um modo particular de democratizar as decisões e pacificar os conflitos que surgem no contexto sociocultural. A implementação desta política pública, priorizando a qualidade dos serviços e a disseminação da cultura de pacificação social.

Por outro lado, em meio às discussões e às propostas, surgem vozes, principalmente da classe dos advogados, contra reformas, muitas vezes

19 NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação**: estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 255.

20 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 275.

fundamentais para que a Justiça volte a ser efetivamente prestada. E para que o Judiciário consiga tirar do papel o princípio inscrito no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nenhum juiz ou operador do Direito admite, conscientemente, a hipótese de se restringir o acesso à justiça ou de se limitar o direito de defesa. Mas o sistema recursal e a cultura litigiosa necessitam de revisão urgente.

Este dito demandismo brasileiro é proliferado pela sistematização acrítica, embasado no positivismo jurídico, que ainda opera nas ambiências sociopolíticas atuais. Entretanto, Nalini²¹ alude que, como contraposto a esta gestão jurídica, todas as modalidades de conciliação, mediação, arbitragem – enfim, as alternativas do Judiciário, sob sua orientação e controle ou fora dele – devem ser estimuladas. O ideal é a pacificação, a harmonização social, a resolução de conflitos. Não se deve cogitar em corporativismo, crescimento vegetativo do Judiciário ou alegada perda de seu prestígio. O prestígio advém da eficiência, não do tamanho.

Consequentemente, vislumbra-se que não há fórmula mágica para enfrentar a questão. A solução para o problema não é meramente legislativa. Além de leis, é necessário um conjunto de medidas administrativas e de gestão e, principalmente, mudanças culturais que permitam que o Poder Judiciário responda à demanda crescente a que vem sendo submetido nos últimos anos. A palavra de ordem é racionalização. Os tribunais, em maior ou menor grau, vêm implantando soluções caseiras para combater o problema, no entanto elas são insuficientes.

Isto porque é dominante uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias, conforme explica Santos²²: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de todo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos.

21 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 114.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 83.

A criação de uma cultura jurídica democrática passa pela transformação das faculdades de direito, mas passa também pela transformação dos modelos de recrutamento e formação, na ótica deste autor²³, argumentando que a educação jurídica deve ser uma educação intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da ideia de responsabilidade cidadã, pois só assim poderá combater os três pilares da cultura normativista técnico-burocrática referenciada: a ideia da autonomia do direito, do excepcionalismo do direito e da concepção tecnoburocrática dos processos.

Sob este prisma, o sociológico em questão²⁴, alude que a diversidade sociojurídica opera transformações de diferentes dimensões. No âmbito epistemológico, o direito cientificizado é depurado por um novo senso comum jurídico. O caráter elitista do direito em sua concepção e prática hegemônicas e o seu papel como mecanismo de dominação de classes, de diferenciação, hierarquização e exclusão social é submetido a uma profunda crítica. A suposta neutralidade da ciência e da prática jurídicas é posta em causa e confrontada com uma concepção política do direito que vê neste um importante instrumento de luta e de transformação social. No contexto normativo, o direito dogmático é reinterpretado à luz de critérios amplos de justiça social, muitas vezes consagrados nas Constituições, mas quase sempre letra morta.

Um mecanismo viabilizador da construção de uma cultura embasada no consenso é, consoante Bolzan de Moraes e Spengler²⁵, a existência de um setor de cidadania, cujo principal objetivo é orientar o cidadão quanto ao melhor método de gestão de suas litigiosidades, em um sistema símile àquele conhecido pelos norte-americanos como "Multiportas", no qual o cidadão é informado sobre o melhor método de tratamento do seu conflito, podendo exercer sua autonomia e sua escolha antes mesmo do início da sessão. No sistema múltiplas portas, a meta principal é a de oferecer tratamento às particularidades do litígio de maneira

23 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 94-95.

24 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 113.

25 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183-184.

efetiva, célere e com baixo custo. Seu procedimento requer, preliminarmente, uma avaliação, realizada por profissional capacitado, que identificará qual instrumento de tratamento ou resolução de demandas (ou "porta") será mais adequado.

Neste plano, mostra-se essencial a valorização de experiências e estratégias que fomentem a aproximação entre a justiça e a cidadania. Não basta uma proximidade apenas física, formal ou temporal. É necessário, então, fortalecer a dimensão humana no sentido de construção de uma justiça democrática de proximidade, conforme assevera Santos²⁶. Esta nova forma de um possível Estado democrático deve assentar em dois princípios. O primeiro é a garantia de que as diferentes soluções institucionais multiculturais desfrutaram de iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Por outro lado, deve-se não só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas, também, como segundo princípio, garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar os projetos alternativos.

Ilações tais demonstram que é possível proceder à efetivação desta política pública de tratamento não adversarial dos conflitos. Ao se fomentar a mediação não apenas como elemento de acesso à justiça, mas sim como meio de instrumentalizar práticas sociais que reflitam em resultados positivos para os sujeitos, o que conduzirá a uma evolução em todo o contexto sociocultural. É promovendo, portanto, a cultura de não judicialização de toda e qualquer litigiosidade que se estará construindo uma *práxis* alternativa embasada não na busca pelo litigar a qualquer conflito, mas sim na viabilização do consenso. Infere-se, então, que é por intermédio de cânones de interação social que transcendem àquele modelo impositivo, antagônico, único, arbitrário, que se pode abrir caminho para o vínculo participativo, dialógico, cooperativo, consensual, democrático, responsabilizatório e, assim, autonomizador.

Há muito se vem constatando que o direito não pode ser visualizado como um fenômeno puramente normativo, mas sim que este perpassa a concatenação das dimensões sociológicas, antropológicas, pedagógicas e políticas, inclusive.

26 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 71-79.

É indispensável, portanto, romper com o positivismo exacerbado que continua informando o ensino jurídico brasileiro, ao se desfragmentar tal visão altamente sistemática e cartesiana. Nessa esfera, é possível concluir que só haverá a ruptura tanto da alienação no âmbito do Direito quanto da cultura normativista, quando a politização for a ferramenta utilizada para desfragmentar a hegemonia da ciência jurídica cartesiana e positivista que persiste. Só dessa forma haverá uma revolução democrática da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível visualizar que a formulação e a implementação de políticas públicas concernentes ao gerenciamento das controvérsias dependerá de uma concepção hermenêutico-pragmática, para a qual as instâncias de democracia participativa contribuem decisivamente. Com efeito, disto resulta a necessidade de adoção de uma perspectiva substancial da democracia e da Constituição, visando, por conseguinte, desfragmentar a cultura do demandismo.

Nesse sentido, investigar as formas pelas quais estão sendo operacionalizadas as bases conceituais, metodológicas e principiológicas de resignificação do Estado Democrático de Direito é urgente, especialmente ao se considerar fundamental a imprescindibilidade de construção epistemológica de cânones democráticos, a partir da ruptura da cultura do demandismo, visando à reformulação deste campo jurídico-constitucional na materialização dos direitos fundamentais.

Logo, percebe-se a necessidade constante de buscar substrato, tanto fático quanto jurídico, para almejar a efetiva acessibilidade à justiça por intermédio de políticas públicas de tratamento dos conflitos, almejando dar um novo significado ao Estado Democrático de Direito pela via das modificações político-jurídicas. Analisando sob esta ótica, é essencial permanecer vigilantes na luta pela substancial materialização dos direitos fundamentais.

A partir de uma interpretação constitucional e principiológica, o Judiciário não poderá se eximir do exame das questões relativas às políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais. Esta perspectiva se traduz na valorização

da democracia substancial, de modo que estes direitos fundamentais constituem o limite e a própria razão de ser dos instrumentos de controle jurisdicionais, o que tende, também, a ressignificar o próprio Estado Democrático de Direito.

Embasando-se nestas confrontações, entende-se que um dos principais desafios que se coloca neste contexto é que todo o sistema de justiça, incluindo o de ensino e formação, não foi criado para responder a um novo tipo de sociedade e a um novo tipo de funções. O sistema é gerenciado não para um processo de inovação, de ruptura, mas para um processo de continuidade, para fazer melhor o que sempre tinha feito. Como corolário, para a concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, mostra-se indispensável uma revolução na dominante cultura normativista.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO DA JUSTIÇA. **Explosão de Direitos**: Constituição faz 25 anos. São Paulo: Consultor Jurídico, 2013.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

BASTOS, Aurélio Wander Chaves. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação**: estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A Crise das Jurisdições Brasileiras e Italianas e a Mediação Como Alternativa Democrática da Resolução de Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação Enquanto Política Pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2010.

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.