

11 novembre 2009

## Jurisdição: da litigiosidade à mediação

di José Alcebiades de Oliveira Junior e Moacir Camargo Baggio

**Resumo:** Tentar expor a instrumentalização e superficialidade com que normalmente são tratados os conhecidos e relevantes temas da excessiva litigiosidade na sociedade contemporânea em transição e da conseqüente busca de alternativas para o desafogo dos Tribunais, oferecendo uma visão algo alternativa sobre o tema, é o primeiro objetivo deste trabalho. Para tanto, procede-se a uma breve explanação sobre as possíveis razões da exacerbação da litigiosidade e apresenta-se a defesa da ideia de uma necessária diferenciação entre este problema e aquilo que consiste na noção de conflituosidade imanente a uma sociedade democrática e multicultural. Propõe-se, então, que esta discussão e diferenciação possam contribuir para uma focalização mais adequada da função da jurisdição na contemporaneidade e de seu papel ideal no cenário social. Com isso, evidenciam-se, para além de necessidades e possibilidades atuais, alguns limites de suas possibilidades futuras na realização desse seu papel ideal. Apresentam-se, ainda, considerações acerca da necessidade e possibilidades de instrumentos afins à finalidade maior e última da prestação jurisdicional de reconstrução permanente de uma convivência possível. Conclui-se pela necessidade de se abandonar o discurso extremamente funcionalista e limitado do enfrentamento da exacerbação da litigiosidade como um problema exclusivo dos Tribunais, que põe em risco a própria realização final da realização da justiça concreta, como elemento permissivo da construção de uma convivência social mais fraternal, para propor-se o resgate da ideia de jurisdição como mais um elemento, dentre outros, ainda que de fundamental relevo, para a eterna reconstrução das possibilidades do viver gregário em sociedade hipercomplexas.

**Palavras-chave:** Alternativas - conflito – contemporaneidade - jurisdição – litigiosidade

### INTRODUÇÃO

A questão da chamada *explosão de litigiosidade*<sup>[3]</sup> e de um exponencial crescimento da demanda por prestação da atividade jurisdicional, vivenciada quotidianamente na sociedade contemporânea em transição<sup>[4]</sup>, é tema recorrente na pauta de debates dos operadores do Direito. Assim também, a conseqüente retórica da necessidade de que se proponham medidas alternativas e racionalizadoras<sup>[5]</sup> para o *desafogo* dos Tribunais - tudo se prestando, não raro, a motivar, inclusive, discursos políticos de ocasião.

Estão na ordem do dia, invariavelmente, discussões ligadas a essa temática, que parecem se repetir de maneira incansável, como a concernente à necessidade de incremento de celeridade da prestação jurisdicional, ou ainda, aquela pertinente aos limites de uma adequada, segura e efetiva atuação do Poder Judiciário na solução de disputas das mais variadas naturezas e graus de repercussão social. Disso derivam medidas que, em boa parte das situações, sem considerar causas mais profundas ou conseqüências mais sistêmicas, se prendem à busca de soluções iminentemente pragmáticas – e, modo freqüente, ilusoriamente imediatistas - para o problema da interdição das vias da prestação jurisdicional por essa congestão de demandas.

Nesse contexto surge, de forma destacada, uma pletera de proposições de alteração do ordenamento jurídico para o suposto atendimento desse desiderato de *celerização desobstrutora* dos canais oficiais de realização da justiça. Tais propostas vão desde os mais incoseqüentes e tresloucados projetos de lei, abortadas por sua mais flagrante inépcia já no seu próprio nascedouro, até emendas constitucionais que realmente acabam por se efetivar, surgindo como panacéias normativas para a solução “real” do que leigamente já se convencionou tratar como um problema *do* Judiciário[6].

Todavia, justamente o que talvez seja mais importe considerar neste trabalho é a constatação de que a discussão dessa complexa problemática nestes termos demasiadamente simplistas ou redutores[7] da realidade, por tributários da ótica estreita de uma certa racionalidade funcionalista tão em voga hodiernamente, acaba prestando imenso desserviço à busca de uma solução adequada das dificuldades referidas. Isso em termos de realização de uma justiça efetiva e seriamente comprometida com a concretização dos objetivos contratados constitucionalmente[8]. Quer dizer, por paradoxal que possa parecer, quanto mais se aposta em soluções rasteiramente práticas e aparentemente objetivas para a solução das dificuldades da atividade jurisdicional, mais se investe em pseudo-respostas que pouco mais fazem do que mascarar o problema e distorcer o quadro da realidade.

Ocorre que soluções do tipo simplista ou redutor, em matéria de tão grande envergadura, ao desconsiderarem certas sutilezas e distinções no trato do tema, contribuem para uma perda de foco ainda mais intensa quando se trata de discutir a *verdadeira função* da atividade estatal de prestação jurisdicional e de debater *suas efetivas possibilidades* de contribuição para a construção de uma sociedade nos moldes do que contratado na Constituição Federal. E mais: acabam mesmo por gerar mecanismos de insidioso solapamento desse importante instrumental técnico, teoricamente apto a conduzir, em boa parte, os naturais conflitos de uma sociedade pluralista e democrática a uma rede decisional inicial de compatibilização refletida e ponderada de diferenças, para fins de marcante contribuição para a obtenção de uma convivência verdadeiramente pacífica (por harmônica e fraterna[9], e não por simplesmente forçada) entre os variados integrantes desta sociedade.

Senão anote-se, primeiro, que a litigiosidade exacerbada é um fenômeno que deve ser compreendido desde suas origens, para que seja adequadamente enfrentando. Um fenômeno que não tem causa recente, mas múltiplas causas remotas, que inclusive, por novas formas, se renovam nos tempos que correm. Um fenômeno que nasce no seio da sociedade e na construção das relações de poder ao longo da história política das nações, que acaba se afirmando como experiência assentada culturalmente em determinado momento. Logo, um fenômeno que simplesmente não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema estrito do Judiciário. A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico; não é, portanto, um problema do “Judiciário”, nem debate de natureza estritamente jurídica, que possa ser resolvido por panacéias normativas ou medidas unilaterais e arbitrárias do Estado, tendentes a simplesmente *acelerar* a prestação jurisdicional[10] – a ponto de quicá anulá-la em sua essência e finalidade, nos termos do que identificado adiante – e justificar o Judiciário perante a corrente e crescente demanda (inclusive midiática) por soluções urgentes.

Para além do exposto, essa litigiosidade em estado ativo e crescente, não pode ser confundida com uma sempre existente (e até desejável) *conflituosidade das sociedades democráticas e plurais*, atravessadas por diferenças multiculturais derivadas de sua própria formação e, mesmo, incrementadas pela realidade contemporânea da globalização – que a todos põe em pressionado contato, em nosso hoje tão apequando orbe[11]. A diferença, ainda que não seja de essência - se for o caso de se dar crédito à visão de que os homens são ou devem ser considerados idealmente como entes *iguais-diferentes*[12], como é pressuposto neste ensaio -, na convivência, gera necessariamente o atrito. Só não divergem e discutem diferentes que estejam apartados, guetizados em castas de uma sociedade hierarquicamente cristalizada. Em sociedades com uma desejável dinâmica e fluidez entre grupos, classes ou diferentes segmentos, o conflito é natural e mesmo necessário para a definição mais concreta e casuística, bem como para a materialização e sedimentação de ideários abstratamente corporificados em princípios abraçados como nortes gerais contratados politicamente para um viver gregário. Destarte, essa *conflituosidade* inerente às pluralidades democráticas não pode nem deve ser confundida com a idéia de crescimento desmedido de uma *litigiosidade* que seja impeditiva justamente desse adequado processo de construção constante de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º da Constituição Federal do Brasil, de 1988[13]).

Anote-se, então, o risco de se supor coisas tão distintas como iguais (litigiosidade e conflituosidade), e, ainda, de se propor a criação ou redefinição de instrumentais, eleitos a partir da desconsideração dessa premissa distintiva fundamental, que de certa forma busquem tolher a possibilidade da concreta e casuística discussão da diferença, ou que acabem reduzindo artificialmente as possibilidades do conflito na esfera mediada do Judiciário e o alcance de suas soluções individualizadas e concretamente pensadas pelo filtro dessa mediação, tudo a pretexto de se resolver o problema “do Judiciário” e das dificuldades de prestação jurisdicional célere decorrente da litigiosidade extremada. Para onde haveria ou haverá de refluir a necessária solução dos naturais conflitos, rejeitados na consideração de sua inteireza casuística e única, se tratados nos moldes “estandardizados” que a racionalização extrema atual da prestação jurisdicional, de cunho funcionalista e burocratizante, propõe? Refluirá ao contexto da luta entre os indivíduos ou entes privados, no bojo da sociedade – atualmente sem os desejáveis instrumentos de composição extrajudicial devidamente estabelecidos culturalmente -, dando-se ganho efetivo de causa simplesmente a quem é o mais forte, quem sabe? Ora, as conseqüências, em termos de preservação da diversidade, de realização da igualdade material, bem como de preservação de tantos outros princípios e garantias constitucionais, além, é claro, do que diz respeito à construção da sociedade nos moldes do objetivo constitucional antes já referido, nessa hipótese, parecem evidente e alarmantemente prejudiciais.

Do exposto, brota, ainda, a firme demonstração de duas considerações fundamentais que exsurgem relevantes na seara deste estudo, quais sejam: *A primeira*, é a de que a jurisdição, então, deve passar a ser lida de uma forma renovada em termos de sua *real função atual*, a partir de tais constatações.

Se parece evidente que a sua posição não seja mais a de simplesmente garantir a realização de determinados direitos subjetivos de um particular contra outro, mas sim, a de buscar a proteção e tutela dos direitos, tendo o “dever de aplicar a lei na dimensão dos *direitos fundamentais*, fazendo sempre *o resgate dos valores fundamentais neles contidos*” (MARINONI, 2006, p.138)[14], também parece restar evidente que a sua função precípua passa a ser a de auxiliar, de forma determinante, na tarefa maior de constante e infindável viabilização da convivência harmônica (ou fraterna) entre os iguais-diferentes. Vale dizer, *uma nova forma de pacificação social*, não como expressão de um instrumental destinando a garantir a imposição forçada a qualquer custo da solução da lei ou do poder de ocasião, mas sim, como expressão de um agir tendente a resolver os infindáveis conflitos da diferença que notabilizam as relações sociais contemporâneas através da aplicação da lei filtrada hermeneuticamente pelos nortes constitucionais[15] que, ao final, tendam necessariamente à construção real daquela forma de *convivência qualificada* já mencionada antes[16].

Como essa tarefa se renova sempre, e é mesmo eterna no bojo de uma sociedade que vive do surgimento

das expressões da diferença, é essencial que se reconheça a necessidade de suporte ao conflito, do eterno assistir e solucionar, adequadamente, as discussões e divergências da pluralidade e da multiculturalidade – sem que se negue direta ou indiretamente o acesso dos integrantes da sociedade ao real debate de seus casos concretos, tonificador casuístico dos princípios ou ideários democráticos postos abstratamente na Constituição Federal (uma vez que a diversidade só é garantida a partir da garantia do igual tratamento e consideração).

A *segunda* importante consideração, adiante, é a de que essa função mais relevante da jurisdição - conformar conflitos derivados do viver gregário de forma a torná-lo uma realidade tendente a uma convivência nos termos do que estabelecido constitucionalmente - não é e não pode ser só dela; aliás, não é nem mesmo somente do Estado propriamente dito, mas, em verdade, da sociedade como um todo – numa variação da afirmação de que o problema da litigiosidade não é só do Judiciário. A *unicidade* dos meios de solução já não é suficiente – nem desejável. Resgatar essa idéia é fundamental. Não que a jurisdição não tenha as suas peculiaridades e especificidades e – hoje principalmente – um lugar de relevo extremamente diferenciado na construção ao menos inicial dessa diferenciada sociedade plural e harmônica, como se verá. Mas a bem da verdade, o que a caracteriza e identifica como atividade diferenciada não é essa função de especial e relevante atividade de corporificação social dos ideais constitucionais, e, sim, a prestação de soluções fundamentadas e tendentes ao cumprimento desta finalidade por meio de um *terceiro imparcial*, que se *substitui* aos particulares potencialmente interessados no caso (OVÍDIO B. DA SILVA, 2006a, p. 27-8).

Essa função, de construção social nos termos do contrato social politicamente entabulado, então, deve ser levada a cabo também pela sociedade propriamente dita, por outros meios. O conflito pode e deve, em determinadas medidas, ser resolvido por quem, afinal de contas, outorgou ao Estado o direito de se substituir em tais atividades, em determinadas circunstâncias, onde se possa presumir presente a viabilidade de um autônomo agir racional das partes – sem desconsiderar-se, é claro, de forma ingênua, ao menos para a realidade presente, as atuais agruras, mormente dos indivíduos desvalidos social e economicamente, do mundo transnacionalizado por ideais libertários (no sentido de extremadamente liberalizantes) e da voraz sociedade de consumo.

Ou seja, por outras palavras, aqui se alcança a questão de *alguns limites*, senão atuais, ao menos desejáveis, futuramente, da jurisdição – porque se reconhece, com as variações que as circunstâncias e momentos históricos impõem, que uma tal atividade de construção da sociedade, ao menos idealmente, não deva ser atribuída *exclusivamente* ao Estado, mesmo que por meio de uma diferenciada (e reequilibradora) atividade judicante<sup>[17]</sup>. Surgem candentes as possibilidades, por exemplo, de métodos alternativos de resolução de conflitos, mormente daqueles que dizem respeito ao resgate de uma *ética da mediação*, onde os indivíduos, havendo condições para tanto, encaminham seus casos à solução debatida e intermedida, mas, ao final, definida por um certo *consenso* a respeito da aplicação das regras pertinentes ao seu caso concreto.

E nesse passo, atente-se, fecha-se finalmente o círculo do raciocínio ora proposto: se o resgate da verdadeira finalidade última ou função precípua da jurisdição é realizado de forma adequada, consoante ao desiderato de se buscar a concretização da Constituição, na perpetração da idéia de *vontade-de-constituição*<sup>[18]</sup>, nos termos do que designa a expressão de HESSE, resta patente que não só a temática do conflito social, mas a problemática da própria litigiosidade passa a ter de ser abordada, modo necessário, de uma forma totalmente diversa daquela exposta pela inicialmente criticada ótica rasteiramente funcionalista. Ao invés do discurso pelas formas impostas de redução das possibilidades de conhecimento e solução particular dos casos concretos, o estímulo a que a jurisdição progressivamente conheça e solucione de forma adequada (e particularizada) os casos concretos que lhes devam efetivamente chegar à apreciação – encontrando, os demais conflitos, uma via de vazão em instrumentos alternativos (via essa não necessariamente imposta, mas progressivamente construída,

inclusive de um ponto de vista cultural), tais como o da mediação em sociedade. Ao invés da paradoxal negação da litigiosidade e estímulo a judicialização do pequeno conflito, por meio de instrumentos supostamente solucionadores daquela problemática anterior, que presenciamos hoje (num verdadeiro “dar com uma mão e retirar com outra”), o acolhimento da idéia de que a conflituosidade menor, até mesmo daquela que por uma série de razões sequer chega mesmo nos dias atuais ao Judiciário, pode ser abarcada por um sistema de construção da sociedade do artigo 3º, sem perdas para a jurisdição e para a sociedade, se um novo modo de ver essa atividade estatal e a solução alternativa de conflitos (justamente, antes de mais nada, como um meio de concretização da construção da sociedade contratada constitucionalmente) for culturalmente estabelecida entre lidadores do Direito e grupos ou integrantes individuais da sociedade.

Para envidar, então, uma melhor demonstração de tais proposições, atente-se ao sumário desenvolvimento dos pontos que seguem.

## **1. A CULTURA DA LITIGIOSIDADE: ORIGENS E CONTEMPORANEIDADE**

A referência inicial de que se vive uma *explosão de litigiosidade*, com conseqüentes dificuldades de toda a ordem para a prestação de uma adequada prestação jurisdicional, não é expressão de um alarmismo sem suporte científico. Pelo contrário. Trata-se de constatação que transcende a notoriedade do que se constata empiricamente na realidade dos foros e é oriunda de reconhecidas fontes acadêmicas. Tanto que a expressão mesma em consideração é utilizada francamente pelo sociólogo português BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS[19] em estudo sobre os tribunais nas sociedades contemporâneas, que dá base essencial ao desenvolvimento do presente ponto.

É de se esclarecer, por oportuno, que não se diverge, pois, da relevância dada à questão pelos interessados na busca de soluções para uma prestação jurisdicional mais conforme às supostas necessidades de celeridade e efetividade da sociedade contemporânea em transição, mas, sim, da forma de abordar, considerar e encaminhar o problema constatado à solução. Nem se pretende afirmar, ainda, que todas as soluções de cunho mais pragmático alvitadas para a adaptação dos instrumentos processuais a tais necessidades sejam desgarradas de propósito útil, de razão sustentável e de finalidade conforme aos desideratos finais da Constituição Federal brasileira. Não há dúvida, inclusive, de que determinadas modificações promovidas por reformas legislativas relativamente recentes nas leis processuais vêm ao encontro da necessidade de se dotar a prestação jurisdicional de um dinamismo mais consentâneo com os tempos atuais e até mesmo de corrigir vetustos posicionamentos doutrinários consolidados em leis[20] que foram se tornando progressivamente anacrônicas - e que, assim, acabavam por deixar de ter necessariamente razão de ser, mesmo e principalmente quando considerada a diferenciada função hodiernamente exigida da jurisdição, como mencionado alhures.

O que parece ser de extrema relevância, todavia, é que a ainda crescente busca pela dita “racionalização” extrema (leia-se também, “normalização” ou padronização) da prestação jurisdicional, no passo do ainda crescente incremento da litigância, desconsidera que há um limite do desejável (e até do validamente possível) quanto a este ponto, em se considerando as origens e conseqüências da sobrelitigiosidade. Trata-se do limite dado pela necessidade de preservação da possibilidade de uma apreciação minimamente detida e casuística do conflito instalado em sociedade, por força do que já adiantado, e o da impositividade de que se perceba e se trabalhe na formatação de um diferenciado sistema de edificação da sociedade constitucionalmente desejada, que seja apto transcender com responsabilidade os lindes dos esforços exclusivamente desenvolvidos pelo Judiciário nesta seara.

Daí por que necessária a exposição das considerações sobre a questão da litigiosidade exacerbada hodierna, em suas origens e conseqüências, a partir das lições tomadas do já referido trabalho de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS[21].

De plano o estudo revela que a dita explosão de litigiosidade não é fenômeno tão recente, eis que se origina a partir do que ele chama de *período desse Estado Providência*, tendo continuado e progredido no *período seguinte de crise do Estado Providência*.

Para melhor contextualização e compreensão da discussão nos termos do estudo em questão, veja-se que Boaventura, ao tratar dos Tribunais e do Estado moderno, aborda o tema descrevendo as relações entre os poderes instituídos e fenômenos sociais circundantes em três períodos: o período do Estado Liberal, o período do Estado Providência e o período da crise do Estado Providência.

Sumariamente, tem-se então, quanto a esta análise esquemática de tais fenômenos e relações, o seguinte: (1) quanto ao **período do Estado Liberal** (aí considerado todo o século XIX até final da I Guerra Mundial), assevera BOAVENTURA, no essencial, que: a) o Poder Legislativo é predominante em razão da maneira como vista a teoria da separação dos poderes; b) há uma *neutralização* política do Poder Judiciário por conta da aplicação inflexível do princípio da legalidade; c) isso leva o poder judicial a ser meramente reativo (ou seja, tem ele o objetivo de apenas reconstituir uma realidade normativa plenamente já constituída, levando os tribunais a se constituírem na *garantia* de que o monopólio estatal da violência é exercido legitimamente) – o que significa dizer, também, que só atua quando solicitado pelas partes ou pelo Estado; d) os litígios são individualizados e não têm validade geral (sua funcionalidade é ligada à microlitigiosidade individual); e) para a solução dos litígios é dada a total prioridade à *segurança jurídica*, assente na generalidade e universalidade da lei (observância das regras do processo e necessidade de sacralizar a coisa julgada); f) a independência dos tribunais reside em estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei. Tudo isso resultava no fato de que, nesse período, **os tribunais tivessem diminuto peso político em comparação com os demais poderes, ficando à margem dos grandes debates e das grandes disputas políticas sobre o modelo ou padrão de justiça distributiva a adotar na nova sociedade então em emergência** (e aqui o estudioso faz lembrar que se tratava de período de desenvolvimento vertiginoso nos países centrais – Revolução industrial – com grandes transformações e revoltas sociais). Nos dizeres de BOAVENTURA, **foi assim que a justiça retributiva transformou-se numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política.**

Já, quanto ao **(2) período do Estado Providência**, situado pelo estudioso a partir do final do séc XIX, se consolidando após a II Guerra Mundial, tem-se que, por impacto de seu surgimento, uma série de eventos significativos para a diferenciação do significado e relevo da prestação da jurisdição ocorre: a) a teoria da separação dos poderes colapsa, com predominância, agora, do Executivo (“governamentabilização” da produção do direito); b) ocorrem sucessivas “explosões legislativas”, com conseqüente *sobrejuridificação da realidade social*, o que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico, surgindo um caos normativo que torna *problemática* a vigência do *princípio da legalidade* e até impossível a aplicação da mera subsunção lógica na atividade jurisdicional; c) a *liberdade* a proteger deixa de ser um mero vínculo negativo, passando a ser um vínculo *positivo*, que só se concretiza mediante *prestações* do Estado; d) sucede-se uma *proliferação de direitos*, que faz surgir um quadro que causa o fortalecimento dos atores e interesses *coletivos* de que eles são portadores. Ora, esquemática e resumidamente tem-se que tudo isso conduz ao que BOAVENTURA chama de **explosão de litigiosidade**. Nos termos do exposto literalmente no estudo em consideração:

Essa descrição sugere, por si, que o significado sóciopolítico dos tribunais nesse período é muito diferente do que detinham no primeiro período. Em primeiro lugar, a juridificação do bem-estar social abriu caminho a novos campos de litigação no domínio laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que nos outros, veio a se traduzir no **aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão de litigiosidade** (...). A explosão de litigiosidade deu maior visibilidade social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve em geral para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da **eficácia**, da **eficiência** e da **acessibilidade** do sistema

judicial.

Em segundo lugar, a distribuição das responsabilidades promocionais do Estado por todos seus poderes fez com que os tribunais tivessem de se confrontar com a gestão da cota-parte da responsabilidade política. A partir desse momento, estava comprometida a simbiose entre independência dos tribunais e neutralização política que caracterizara o primeiro período. Em vez de simbiose passou a existir a tensão, uma tensão potencialmente dilemática. (...) (BOAVENTURA *et alii*, p.5-6 - destacamos).

Ou seja, intrincados fenômenos bem maiores do que singelas e estritas considerações jurídicas animam e permitem a formação de uma constelação de razões para a ocorrência da dita exacerbação da litigiosidade já a partir do momento em que o Estado passa a ser devedor de prestações a seus cidadãos, como expressão de direito – tratando-se de ocorrência anterior às questões exclusivamente ligadas ao mundo em transformação das últimas décadas.

Nesse sentido, a confirmar o exposto e a deslindar as razões do recrudescimento dessa problemática que progressivamente foi engendrando o engessamento do Judiciário – não só pelo *quanto*, mas também *pelo o quê* se passou a esperar dele -, as colocações do estudo acerca do **(3) período da crise do Estado Providência** (situado no tempo, por BOAVENTURA, a partir de finais da década de 70 e princípios de 80 do século passado, nos países ditos centrais). Eis, sintetizadas, as causas apresentadas para a manutenção e incremento da litigiosidade no período: a) a incapacidade financeira do Estado para atender as prestações previstas pelo *Welfare State*; b) a criação de enormes burocracias; c) a clientelização e normalização dos cidadãos, cujas opções de vida ficam sujeitas a controle e à supervisão de agências burocráticas despersonalizadas; d) a alteração dos sistemas produtivos e nas regulações do trabalho pelas revoluções tecnológicas e difusão do modelo neo-liberal; e) a crescente proeminência das agências financeiras internacionais (FMI, Banco Mundial); f) a globalização da economia.

Vale dizer, em razão disso tudo, a *sobrejuridificação* das práticas sociais, que vinha do período anterior, *continuou* a ocorrer, aprofundando a perda de coerência e de unidade do sistema jurídico, tudo com causas, agora, parcialmente diferentes: o modelo liberal ganha importância e cresce a idéia de desvincular o Estado enquanto regulador da economia, o que leva a um processo de *desregulamentação*, que, segundo o dito estudo, no entanto, é contraditório, na medida em que a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e, portanto, *sobrecarga legislativa adicional*. Também se propõe a existência de um segundo motivo para uma *inflação legislativa* nesse período: a globalização da economia, com a emergência de um novo *Direito transnacional*, o direito dos contratos internacionais e da nova “lex mercatoria”.

Nesse ponto, merece referência literal o que consta da investigação que dá base ao ponto em exame:

[a ‘lex mercatoria’] ...acrescenta mais uma dimensão ao caos normativo, na medida em que coexiste com o direito nacional, ainda que esteja por vezes em contradição com ele. Emerge, por essa via, um novo pluralismo jurídico, de natureza transnacional. Este novo pluralismo é simultaneamente causa e conseqüência da erosão da soberania do Estado nacional que ocorre nesse período (...) [que] acarreta consigo a erosão do protagonismo judicial na garantia do controle da legalidade (BOAVENTURA *et alii*, p.8).

E nesse ponto chega-se a mencionar que a ‘lex mercatoria’, por conta deste incremento da complexidade das demandas chega mesmo a passar a privilegiar a arbitragem internacional ao invés de buscar a prestação jurisdicional dos tribunais nacionais, para fins de solução dos conflitos havidos em relações desse naipe.

Afirma-se, ainda, que nesse novo contexto surgem *litígios altamente complexos no domínio civil* – com dificuldades para um Judiciário não preparado para o trato de tal realidade -, bem como se *agravam as*

*desigualdades sociais, e, ainda, aumentam dramaticamente a corrupção e os crimes organizados, com sérios reflexos, novamente, sobre o Poder Judiciário e a questão da litigiosidade.*

Por fim, para tornar ainda mais complexa a situação, afirma-se, no estudo em consideração, que nos países periféricos e semiperiféricos, como no Brasil, tudo isso é agravado pela realidade de que **os períodos de Estado Providência e de crise sofreram uma certa sobreposição**, dada a necessidade de, a partir dos processos de democratização, buscar-se a realização de um Estado Providência em momento já muito posterior ao de sua ocorrência nos países centrais[22].

Como, então, ante a um quadro de uma complexidade de tal magnitude, supor seja razoável considerar que uma simples **sobreracionalização** dos procedimentos judiciais possa dar conta de resolver a questão da problemática da litigiosidade exacerbada, que, por essa miríade de causas, impõe crises que transcendem a do Poder Judiciário, transpassando Estados, sociedades, enfim, o mundo de alto a baixo?

Tudo isso só serve para reforçar o que já se adiantou no sentido de que a luta inglória contra o atravancamento do Poder Judiciário e contra uma certa perda de nitidez nos contornos de suas funções, só poderá ser bem encarada a partir da verificação de que este não é um problema exclusivo daquele poder estatal. E muito menos, ressalte-se, um problema que possa ser enfrentando e gerido somente pela adoção de novas sistemáticas normativas padronizantes da atividade jurisdicional, propensas apenas a acobertá-lo e a propiciar o engendramento de situações de mera aparência de adequada prestação jurisdicional – com efetivo abandono da idéia-força de auxílio fundamental do Estado na construção da sociedade fraterna que se desejou contratar na Constituição Federal de 1988[23].

## **2. CONFLITO, DEMOCRACIA E MULTICULTURALISMO**

A exacerbada litigância dos tempos em curso, marcante nessa chamada sociedade contemporânea em transição (e de resto, presente desde há bom tempo, ao menos nos países centrais), traduz respostas complexas dos atores sociais e instituições ao intrincado fenômeno da sobrejuridificação da vida. Expressa um problema moderno e contemporâneo hipercomplexo, e, como tal, designa, sob o mesmo nome, uma miríade de dificuldades do Estado e da sociedade que alcançam fortemente a realidade abrangente de nossas existências e relações intersubjetivas[24].

Daí porque não é racionalmente sustentável tratar essa verdadeira caixa de Pandora da dita contemporaneidade (ou pós-modernidade, como se queira) da forma simplista mencionada ao início, para fins de supostamente dar cabo de problemas de atravancamento da prestação jurisdicional midiaticamente desejada hoje.

E mais: daí porque há grande e real perigo para institutos tão caros, como o da democracia, enquanto garantidora da pluralidade e da própria convivência possível entre os iguais-diferentes, em se proceder na busca de soluções para os “problemas dos tribunais” (leia-se, de dificuldades inerentes à prestação jurisdicional de forma mais efetiva e célere), sem se considerar a real dimensão do verdadeiro problema (que é, em verdade, de toda a sociedade), em posicionamentos que na verdade corporifiquem pontuais e simplistas arremedos de respostas, por desconectadas da consideração de toda esta realidade até aqui exposta.

Senão, considere-se que tais propostas de “racionalização” da resposta do Judiciário ao “excesso de demandas” via de regra deságuam, nos tempos atuais, numa busca pela *desconsideração do caso concreto*, pretendendo a *máxima padronização* das discussões trazidas à solução judicial. No entanto, essas medidas, que podem variar em conteúdo e forma enormemente, mas que estão unidas pelo mesmo *propósito homogeneizante da realidade*, como forma de dar uma resposta retórica à sociedade que demanda ação em tempo imediato dos julgadores, tratam necessariamente sob o mesmo nome e com as mesmas armas a *massa de litígios* a ser enfrentada e eliminada pelos juízes e os *conflitos sociais*

detentores de intrínseco relevo que surgem habitualmente no seio de uma sociedade democrática e marcada pela pluralidade e multiculturalidade dos tempos atuais - e cujo deslinde requer cuidado e é a própria razão de ser da função jurisdicional em sua essência mais nobre (cuidar de auxiliar na construção real de uma sociedade plural devidamente harmonizada pela edificação concreta e pontual dos princípios constitucionais abstratamente previstos). Na ânsia de combater o problema do excesso do litígio, na busca pelo enfrentamento impossível de um tal fugidio e gigantesmo fantasma, há o risco sério de se atingir o alvo errado e chegar à retomada das *excessivas idealizações* superadas dos tempos de Estado Liberal. Há o risco iminente de se padronizar, de forma radical, a prestação jurisdicional, cada vez menos afeta ao exame do caso concreto e à possibilidade de busca, em alguma medida, de um justo que transcenda precisamente o padrão homogeneizante das abstrações legais[25], e realize concretamente os princípios constitucionais em *cada conflito* socialmente relevante, ainda que postos em variadas e diminutas causas do ponto de vista econômico, por exemplo (com a formação de progressivas e sedimentadas redes decisórias que materializem paulatina e pensadamente o abstrato constitucional no mundo real das coisas).

Com efeito, é interessante a lição de MARILENA CHAUI[26] a propósito do exposto:

Alguns **traços caracterizam a democracia**. Em primeiro lugar, **a legitimidade e a necessidade do conflito**. A democracia é o único regime político no qual o conflito não é algo que precisa ser exorcizado, ocultado ou terminado, mas aquilo que vivifica o regime político, pois, ao contrário de qualquer outra forma política, a democracia tem a peculiaridade extraordinária de ser a única na qual o conflito é constitutivo de seu modo de ser. O conflito não é obstáculo, é a constituição mesma do processo democrático. Essa talvez seja uma das maiores originalidades da democracia.

Sua segunda característica é a de ser o único regime política que não se apóia na noção de privilégio, mas na idéia de direito. Não apenas o direito como Estado de Direito, isto é, como definição e garantia jurídica de alguns direitos, e sim como *criação de direitos novos*. **Por seu vínculo constitutivo com o conflito, a democracia não cessa de fazer surgir novos sujeitos políticos, que emergem dos conflitos e são criadores de direitos novos**. Ela é, fundamentalmente, processo de criação de direitos (o que também é uma de suas originalidades) e, por isso mesmo, é uma forma política aberta ao tempo e à história.

A terceira característica da democracia, justamente porque opera com o conflito e a criação de direitos, é a de não se confinar a um setor específico da sociedade, no qual a política se realiza – o Estado -, mas determinar a forma das relações sociais e de todas as instituições, ou seja, é o único regime político que é também a forma social da existência coletiva. Ela institui a *sociedade democrática*.

(...)

Finalmente, é a forma da vida social que cria para si própria um problema que não pode cessar de resolver porque, a cada solução que encontra, reabre o seu próprio problema, qual seja, a questão da participação.” (2000, p.138-139 - destacamos).

Se é assim, é no seio do conflito, também na esfera da discussão mediada pelo Judiciário – ainda que também para além dela - e filtrada pela Constituição, que se apresenta a possibilidade de considerar e ponderar as *diferenças* de uma sociedade, *compatibilizando-se* as divergências de percepção da realidade, de desejos, de crenças, de ideais, de seus distintos integrantes individualmente considerados ou reunidos em grupos - e até mesmo criando-se “direitos novos” -, de forma a que, sempre, no mínimo, se respeite e faça respeitar o outro diferente, antes de tudo. E isso, principalmente, quando se considera a necessidade de resistência, justamente no seio das democracias, a maiorias eventuais que acabem utilizando-se até mesmo da lei para o exercício de verdadeira opressão ou desrespeito de minorias, de forma não-autorizada pelo contratado originalmente na Constituição – e veja-se, sob este enfoque, o

relevantíssimo papel do Judiciário na consolidação de uma democracia verdadeira, por legitimada nas bases constitucionais primeiras, transcendentais às maiorias legislativas eventuais[27].

Só nesse contexto – justamente *aquela permitido pelo conflito inerente ao modo de ser da democracia* - pode a sociedade ser confrontada legitimamente com suas divergências, com seus antagonismos internos, e salutarmente crescer como comunidade que encontra unidade ao menos no almejar a construção de uma realidade de democracia e respeito mútuo – tudo a partir, inclusive, da renovação e solução eterna dos conflitos, em constante e infindável reedição[28]. Só com a percepção da relevância e no respeito devido ao conflito veiculado em cada caso concreto, que pode trazer amalgamados em seu bojo precisamente os problemas relativos à questão de como lidar com a questão da atual presença do multiculturalismo em nossa realidade[29] - multiculturalismo este “entendido, dentre outras maneiras, como a coexistência de diferentes culturas em um mesmo país, continente ou mesmo na sociedade global” [30] -, é que haverá a possibilidade de uma substancial e real construção referida. E isso, inclusive, também a partir da percepção de que, justamente porque nem tudo o Judiciário pode, de que nem tudo está a seu alcance resolver pronta e efetivamente como desejado e necessário, deve ela mesma, sociedade, passar a progressivamente assumir suas responsabilidades na resolução de conflitos que se mostrem aptos a serem solvidos por meio de expedientes alternativos como, por exemplo, os da arbitragem e, principalmente, os da mediação.

Perceba-se, então, que ao se buscar a resposta simplista do mascaramento da solução do problema real da extrema litigância atual, desconsiderando-se o que há de essencial e necessário na existência e permanente renovação do conflito social como expressão mediadora das diferenças sociais que progressivamente se acomodam e se reestabelecem, em ciclos, engendra-se algo de extremamente danoso ao desiderato de atingimento dos objetivos constitucionais contratados. Isso tanto pela perpetração reeditada de uma ação defectiva sobre o agir esperado dos poderes instituídos, tal como o do Judiciário, quanto, ainda mais, pela ocultação e desestímulo das possibilidades do agir derivado dos demais atores sociais, no que tange à busca da real solução de conflitos. Esses mecanismos homogeneizantes e simplificadores, de expressão racional vazia e meramente funcionalista, acabam por tender à eliminação da riqueza e variabilidade do conflito social e de sua constante renovação, impedindo a conseqüente diversificação da resposta jurisdicional e social na construção do que significa a miragem sempre mutável da sociedade justa e solidária devida a todos em cada momento do tempo e do espaço.

De resto, para além da perda do sentido último e realmente essencial da prestação jurisdicional como instrumento de resolução de casos concretos, mas também de progressiva e infindável fixação de contornos materiais dos direitos e garantias constitucionais no tempo e na vida de relação, bem como dos significados plurivalentes dos princípios mais abertos daquele ordenamento superior, justamente por meio da eventual aplicação acrítica dos ditos instrumentos de “racionalização” desmedida, o que se haverá de perder, ainda, será a noção e a oportunidade de incitar a sociedade a fazer a sua parte, no enfrentamento aberto e produtivo dos conflitos, como catalisadores de infinitas e ricas soluções aos também inexauríveis problemas da realidade da convivência plural à luz da Constituição[31].

### **3. JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DA CONVIVÊNCIA POSSÍVEL: QUAL PACIFICAÇÃO SOCIAL?**

Na visão antes proposta a jurisdição tem como sua *função essencial* na sociedade contemporânea em transição – mas não necessariamente característica distintiva de outras atividades[32] – a *instrumentalização da construção da convivência possível entre os iguais-diferentes, nos termos do que contratado constitucionalmente*, precisamente pela viabilização da garantia de tutela real dos direitos, pela aplicação da lei aos casos concretos[33], mas sempre a partir das garantias e princípios constitucionais[34]. Numa linha que talvez não distoie muito dessa assertiva, porquanto privilegiadora da idéia de instrumentalização prática do que disposto de forma abstrata na Constituição Federal –

contentando-se, talvez, com um alcance ou possibilidades mais modestas –, é o que refere MARINONI (p. 134):

Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Isto não quer dizer, como é óbvio, que a constituição se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. *O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.* Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.

Isso quer dizer que a solução dos casos concretos é posta legitimamente[35], como prestação jurisdicional devida e adequada, nos termos do exposto, não só quando dá um deslinde qualquer ao conflito entre as partes, tendente a definitivização garantida pelo instituto da coisa julgada, mas quando o faz de forma comprometida com e a partir dos ditos ditames constitucionais de base. Ou seja, somente quando resolve a partir de uma filtragem hermenêutico-constitucional os casos que lhe são trazidos a exame – no mínimo pela aplicação da lei isenta de contradição com o ordenamento superior –, contribuindo para a materialização pontual do que previsto na Carta Magna, se tem a prestação devida da atividade do Estado-juiz[36].

Em outras palavras, isso significa asseverar que mesmo considerado o estado de coisas explicitado anteriormente, mesmo em meio às pressões extremas por decisão judicial quase que imediata e, por consequência, padronizada dos casos, é ainda necessário prestar a jurisdição de forma tal que essa função alcance aquele seu desiderato fundamental de viabilização de uma **pacificação social**[37] do conflito que seja **qualificada pelo ensejo da atuação constitucional em cada caso concreto**. Somente essa pacificação social, como expressão ainda possível da função da jurisdição contemporânea, a dita **pacificação social qualificada**, é que preserva a finalidade precípua de solução individualizada dos casos e ao mesmo tempo conformadora e transformadora do conflito-vivo, do mundo dos fatos, em precedentes materializadores e definidores dos nortes e abstrações normativas da constituição.

Resta claro, ainda, que a dita pacificação social qualificada será sempre um “estar entre”, um estado de assentamento e letargia temporária do conflito, da disputa. A esse estágio fugaz de inércia do conflito resolvido para o caso concreto – ainda que a solução para este esteja dada e acabada, definitivamente – sucedem-se outros tantos conflitos em casos similares – mas necessariamente sempre distintos em suas idiossincrasias –, o que demandará novas atuações jurisdicionais individualizadas, sempre modificadoras, ainda que em mínima porção, da definição anterior do justo e do correto para determinados casos[38]. E disso a indesejabilidade das soluções superficiais e genéricas para o fim de supostamente se fazer apaziguar a litigiosidade excessiva a partir da desconsideração das especificidades dos conflitos. Negar a atenção particular devida aos embates que emanam da sociedade é negar a própria essência da função jurisdicional (sempre com conteúdo constitucional), de construir (e reconstruir), incansavelmente e um pouco a cada vez, de forma interminável, conceitos densificados e possibilidades concretas de convivência dos iguais-diferentes[39], a princípio, pouco mais do que imaginados em abstrações da lei e da Constituição.

#### **4. OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NA PERMANENTE CONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO DA CONVIVÊNCIA E OS DEMAIS INSTRUMENTOS DE RENOVAÇÃO DA BUSCA**

Também é da constatação da complexidade desta tarefa construtiva e reconstrutiva da jurisdição que deriva a certeza de que essa solução não pode e não deve partir só do Estado-juiz.

Primeiro, porque para além do que emerge a uma primeira vista da realidade algo impressionante da

litigiosidade exacerbada, existe a questão da inadequação ou da falta de sintonia entre a forma de solução requerida pelo conflito e a via eleita como suficiente e adequada para essa sua solução. Assim, tem-se, por exemplo, que determinadas demandas que talvez pudessem ou devessem ser melhor resolvidas pela ação de uma resolução construída por mediação, acabam transitando longamente pelos canais processuais, por falta de um sistema adequado ou confiável de mediação – ou mesmo pela ausência de uma *cultura da mediação* (não-oficial); no mesmo sentido, algumas causas entre entes suficientemente detentores de autonomia para arcar com as responsabilidades das soluções dadas pelo arbitramento, acabam não encontrando espaço adequado e suficiente para tanto em nossa realidade local.

Mas não é só. Como se extrai de uma rápida análise da chamada *pirâmide de litigiosidade* apresentada no já citado trabalho dirigido por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, muitas vezes há problemas de simples busca da realização do direito porque determinadas situações não comportam adequadamente a sua instrumentalização via prestação jurisdicional. Basta lembrar que, segundo o autor referido, “de todos os mecanismos de resolução de litígios disponíveis [os tribunais] tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis” (p.30). Assim, quando, por exemplo, na percepção da parte cujo direito foi desrespeitado “não vale a pena” ir além do estágio de “reclamação junto ao responsável pela lesão”<sup>[40]</sup>, na inexistência de algum sistema de mediação, fica este conflito sem resposta adequada, gerando instabilidade e inconformidade no seio da sociedade – com perda de oportunidade de atuação no sentido de buscar na resolução da situação mais uma via de conformação real de uma convivência mais fraternal. Da mesma forma, quando uma parte percebe que o dano potencial aos seus interesses e relações, derivado da atuação jurisdicional – que sempre responde em termos extremos de “perdedores” ou “ganhadores” (decisões do tipo “soma-zero” como refere BOAVENTURA) -, poderá ser significativo, acaba por eventualmente suportar o desrespeito ao seu direito – perdendo-se, novamente, outra oportunidade de *pacificação qualificada da sociedade*, e permanente reconstrução de suas bases, nos termos do já exposto.

Só essa massa de situações que representam áreas ou espécies de relação difícil entre o conflito existente e a sua possibilidade de resolução pela via tradicional (e oficial) da jurisdição já seria suficiente para justificar, então, uma atividade, no mínimo, *complementar* à atuação estatal na busca da dita pacificação social qualificada. Mas ainda não é só. Basta pensar, como diz o próprio BOAVENTURA, que, “do ponto de vista sociológico, as sociedades são juridicamente pluralistas na medida em que o direito oficial convive com outros direitos que circulam não-oficialmente pela sociedade, no âmbito de relações sociais específicas, tais como relações de família, de produção e de trabalho, de vizinhança etc”, numa normatividade que “normalmente é mobilizada pelos mecanismos informais de resolução de litígios”, para pensar que também aí haveria espaço e razão, com base no respeito à diferença consagrado na Constituição Federal, para incentivar tais mecanismos e pluralidade<sup>[41]</sup> normativa para-estatal – ao menos enquanto não-caracterizadores de situações essencialmente desbordantes de um mínimo ético e da construção social essencial prevista na Carta Maior<sup>[42]</sup>.

Veja-se, pois, que enfoques ou argumentos para a justificação e acolhimento das formas alternativas de solução de conflitos, muito distintos daqueles de índole meramente funcionalistas (somente preocupados com o desafogo do Judiciário) referidos ao início, são identificados aqui, sempre como forma precípua de realização de uma pacificação qualificada e temporária (por sempre renovada e renovável) da sociedade.

E é precisamente nesse contexto que há de se citar essas modalidades instrumentais diferenciadas de solução de conflitos, ditas soluções para-estatais de conflito, como formas passíveis de aproximar o Direito que temos e já tivemos, daquele que poderia ser o Direito ideal do mundo moderno ou proximamente futuro, no sentido de um Direito até mesmo mais apto a realizar ou proteger, por princípio, os Direitos Humanos. Nesse passo, aliás, é de se referir que uma tal idéia já encontrou colocação expressa em escrito anteriormente desenvolvido sobre o presente tema (conforme se extrai de OLIVEIRA JUNIOR, 2008).

Para tanto, é de se anotar que desde aquele ensaio já se anotou que seria possível tratar dessas formas alternativas e para-estatais de solução de conflitos a partir de diferentes enfoques, dentre os quais, se destacariam particularmente dois: um enfoque de cunho *pragmático* e outro de cunho “*utópico*”.

O enfoque ou *argumento pragmático* seria “...relativo à importância da *arbitragem*[43], como solução no mínimo *complementar* à justiça do Estado”, principalmente no que diz com a solução de litígios em negócios e contratos internacionais[44], mormente em tempos de globalização econômica e de comunicação global em rede. Já no que concerne ao enfoque ou *argumento de cunho “utópico”* (por relacionado à aspiração de uma justiça melhorada ou ideal), se destacaria a *mediação*[45], eis que “...se poderia afirmar que a mediação pode ser”, segundo posto no dito escrito anterior, “uma *importante ponte para que a sociedade civil declare sua independência face aos Estados* que rejam suas relações de forma arbitrária”. (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p.220 - destacamos). Quanto a esse aspecto estaria em linha de consideração a obtenção, inclusive, de uma “*justiça com maior qualidade de vida*”, que poderia ser entendida como uma justiça **(a)** mais **simplificada**, **(b)** mais **célere**, **(c)** com maior **privacidade** (e, quiçá, autonomia, no sentido de realização de liberdade, mesmo) e, por fim, **(d)** **menos traumática** (de um ponto de vista psicológico), aspectos esses todos que configurariam alguns dos itens desse projeto utópico.

Enfim, no referido trabalho anterior apresentou-se este instrumental de realização de uma pacificação social qualificada (e temporária), nos termos do que já exposto alhures a tal respeito, que parece ser, além de compatível com as idéias iniciais propostas aqui - no sentido de que (a) a questão da litigiosidade não trata de resolver problemas exclusivos do Judiciário, nem (b) pode ser confundida com a questão da solução devida e adequada para os conflitos havidos no bojo de uma sociedade democrática e plural -, também algo diferenciada da abordagem normalmente feita nesta temática, por justamente privilegiar a noção de que estes instrumentos alternativos se prestam para a construção e realização de garantias constitucionais ou mesmo de ideais jurídicos maiores, antes de qualquer coisa.

Veja-se, inclusive, que a constatação desse **potencial pragmático-utópico** das soluções para-estatais de conflito como elementos de construção de até mesmo de um *novo direito*, apto a melhor proteger os Direitos Humanos, nos termos do que já foi exposto no referido ensaio pretérito, é que parece exsurgir agora, com grande clareza, como a motivação mais visceral daquele estudo - e precisamente nisso, o que eventualmente poderia se reconhecer como algo diferenciado naquela abordagem.

A **indagação** que haveria de se pôr nesse momento, então, seria a seguinte: *mas porque, afinal, haveria esse potencial de melhor proteção dos Direitos Humanos com a utilização dessas novas formas de resolução de conflitos?* E a resposta que parece apresentar-se possível a uma tal indagação, segundo o raciocínio intentado já desde o dito ensaio pretérito, parece evidenciar-se pelo seguinte: *porque o exercício de poder no interior de direitos não-estatais (arbitral e de mediação) pareceria, em princípio (e ao menos em determinados casos), se apresentar com maiores chances de realizar os valores e os princípios essenciais aos Direitos humanos - da liberdade, da igualdade, da solidariedade*(OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p.233). Isso porque a utilização de tal instrumental parece ter o potencial de **(1)** permitir, em determinados casos e sob determinadas circunstâncias, soluções mais livres e autônomas (na medida em que mais dependentes da vontade e envolvimento direto das próprias partes na solução dos conflitos), num verdadeiro processo de “retomada do exercício por parte do poder dos cidadãos” (p.233) (no que tange ao “contratado” socialmente com o Estado, já que “ceder o poder não significa abdicar da razão” - p.221); ou ainda porque **(2)**, em se tratando de métodos não-adversariais e baseados no diálogo (p.233), também permitiriam uma melhor realização desses princípios (mormente de igualdade e solidariedade), bastando se pensar, adiante, na seguinte proposição apresentada naquele escrito, aparentemente válida hodiernamente: a de que a preocupação dos Direitos Humanos, nas crises da pós-modernidade, volta-se para a valorização da tolerância e do reconhecimento das diferentes culturas, para fins de harmonização de identidade e diferença, o que coloca mais em evidência a importância

destes meios alternativos de solução de controvérsias, enquanto *instâncias dialogadas de resolução de conflitos*. (p.231-232)[46].

**Por fim, reforce-se, quanto ao ponto**, o elemento que se quer distintivo nessa abordagem: nela trata-se da problemática ora em tela a partir de um claro e radical **deslocamento** do eixo ou do **foco tradicional** dessa discussão. Ou seja, mais especificamente: **deixa-se de discutir** a arbitragem e a mediação **dando-se (a) prioridade** aos aspectos *puramente pragmáticos* (o aspecto “utópico”, principalmente na mediação, parece ser aquele mais relevante, nesse sentido, dado o seu potencial de transformação sociológica), e **deixa-se** de realizar tal discussão **(b) partindo-se da premissa dada** de uma inquestionável correção da idéia vigorante de **necessidade de preponderância absoluta das soluções estatais de Direito**.

Não se trata mais, como se vê, de pensar tais formas de alternativas à solução de controvérsias sociais como meros instrumentos de *desafogo* do Judiciário (como se esse fosse o único meio para a realização da justiça) ou como se isso fosse um problema exclusivo do Estado. Parece, aliás, que se trata de questionar a própria legitimidade e efetividade dessa posição de preponderância absoluta ou de quase exclusividade estatal no se buscar uma verdadeira e suficiente pacificação social qualificada. Não, todavia, como forma de alijar o Judiciário ou o Estado da discussão em determinadas searas, mormente no quadro atual de nossa realidade nacional, ou de se buscar uma redução de suas competências ou de seu poder (que o Poder Judiciário sempre poderá ser acionado, por princípio, e, de qualquer forma, ainda terá o suficiente com o que se envolver, bem como sempre terá ainda outras funções insubstituíveis, nos termos do que expõe Boaventura), e, sim, para encetar uma interessante busca *deadequação das formas de realização do Direito* (nas áreas e nas situações onde isso for possível, na máxima medida, de acordo com o progressivo desenvolvimento evolutivo da sociedade nesse sentido).

E nisso haveria também uma tentativa de viabilização da construção de formas de solução de conflitos ou controvérsias que seria paralela, e inicialmente complementar, àquelas tradicionais, e que comporia um quadro geral de busca de uma dita (a) pacificação social qualificada mais *ampla e real* (não só do conflito que chega ao Judiciário; não só através da dissipação do litígio já instalado; não só por meio de traumáticas soluções de “soma-zero”, na expressão de Boaventura de Souza Santos (“perde” ou “ganha”)), e mais (b) verdadeiramente comprometida com os ditos valores ou ideais de liberdade, igualdade e solidariedade ou fraternidade (por se pretender a progressiva utilização, sempre que possível, de métodos consensuais, dialogados, com assunção de posição de responsabilidade e compromisso dos próprios envolvidos nas controvérsias, ou seja, da própria sociedade) – e não mais com a mera engendração de soluções funcionalistas de *desafogo* do sistema judiciário.

### **CONCLUSÃO: POR UMA ÉTICA DO ETERNO RETORNO (OU POR UMA ÉTICA DA BUSCA DE ETERNA RECONSTRUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DO VIVER GREGÁRIO)**

Conclui-se pela necessidade de se abandonar o discurso extremamente funcionalista e limitado do enfrentamento da exacerbação da litigiosidade como um problema exclusivo dos Tribunais, que põe em risco a própria realização final da justiça concreta, como elemento permissivo da construção de uma convivência social mais fraternal. Propõe-se, em seu lugar, o resgate da idéia de jurisdição como mais um elemento, dentre outros, ainda que de fundamental e destacado relevo, para a eterna reconstrução das possibilidades do viver gregário em sociedade hipercomplexas.

Como asseverou BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, no contexto do estudo já por vezes citado neste escrito, a “cultura jurídica” “é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos” (p.16). Essa cultura jurídica, quase sempre articulada com a cultura política, “reside nos cidadãos e nas suas organizações e, nesse sentido, é

também parte integrante da cultura da cidadania” – algo distinta, sob este prisma, da cultura jurídico-profissional, dos profissionais do foro.

Não será, portanto, mediante a desconsideração da necessidade de se levar em conta os aspectos complexos dessa temática abordada aqui, para fins de ceder convenientemente a apelos midiáticos pela realização de uma “justiça mais célere” a qualquer preço – uma justiça de “aparência”, por desconectada dos compromissos de uma ampla busca da constante *pacificação social qualificada* -, que se fomentará uma cultura jurídica que permita uma ampla construção das possibilidades do viver gregário e harmônico.

A cidadania e esta espécie de cultura jurídica afeta a uma tal condição, somente terá uma chance de florescer, e, pois, de surgir como um futuro elemento de diferenciada contribuição direta do meio social para a solução adequada e produtiva dos naturais conflitos de uma sociedade democrática e plural, nos termos contratados constitucionalmente, se as condições para tanto forem fomentadas[47]. E tudo isso, não só pela educação direta para tanto[48], como pela educação pelo exemplo, a partir de uma atuação forte e persistente do próprio Estado, antes de qualquer um, quando do exercício de seu poder-dever jurisdicional nos termos rigorosos de uma tal busca construtiva.

Essa, pois, uma outra obrigação e uma outra ética que deve permear a consecução dessa diferenciada atividade estatal: a da busca dinâmica, incessante e persistente também pela realização concreta, na solução dos conflitos em cada caso julgado, da convivência fraterna assegurada pela Constituição. Onde o *conflito* é fonte produtora de *solução apaziguadora*, mas também *educativa* com relação ao respeito e ao reconhecimento das diferenças, impõe-se um *eterno retorno* à *materialização* dos princípios constitucionais e à *busca pela precária pacificação social qualificada*, como fonte infindável de *lições de cidadania* e de *realização* propriamente dita *dos direitos* postos em jogo no quadro-vivo do complexo mundo contemporâneo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGGIO, Moacir Camargo. *Da tolerância (Direito, diferença e conflito sob o signo da tolerância: por uma prestação jurisdicional constitucional comprometida com a fraternidade)*. São Paulo: Editora LTr, 2009 (no prelo).

BAGGIO, Moacir Camargo. *Jurisdição e Previdência em tempos de crise de solidariedade: Alguns pressupostos para uma prestação jurisdicação adequada*. São Paulo: Editora LTr, 2008.

BAGGIO, Moacir Camargo. *Notas introdutórias ao problema da jurisdição nos contemporâneos conflitos da diferença (sociedade contemporânea, Constituição e fraternidade realizada como princípios da tolerância e da solidariedade)*. In: Paulo Afonso Brum Vaz; Jairo Gilberto Schäfer (Org.). Curso Modular de Direito Constitucional. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. – p.433-470.

BAGGIO, Moacir Camargo. *O pensamento complexo e uma hermenêutica restauradora do sentido: alternativas para para uma convivência possível?* In: Revista da AJUFERGS – Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul, v.06, 2009 – pp.229-268.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: Fundamentos de um ‘ethos’ de liberdade universal*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. (Grandes temas da atualidade, v.7) Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Boaventura de Souza Santos e o papel do direito na globalização*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo : EDIURI, 2007. pp.73-79.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Multiculturalismo: o ‘olho do furacão’ no Direito pós-moderno*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.1, nº1 (dezembro de 2006). Santo Ângelo : EDIURI, 2006. pp.161-175.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *O exercício do poder no direito estatal, arbitral e de mediação*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. (Grandes temas da atualidade, v.7) Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.219-234.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº30. ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (extraído de [www.anpocs.org.br](http://www.anpocs.org.br), disponível em 23/07/2008).

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol.1. 7ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. In: “Revista Forense” – v.400 (novembro/dezembro 2008) – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.189-205.

SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA DA. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

TARUFFO, Micheli. *Cultura e processo*. In: “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile” – n.1, Anno LXIII (Marzo 2009). Milano: Giuffrè Editore, 2009. pp.63-92.

TARUFFO, Micheli. *La Motivazione della sentenza*. In: “Gênesis: Revista de Direito Processual Civil” – n.31 (janeiro/março de 2004). Curitiba: Editora Gênesis, 2004. pp.176-190.

TARUFFO, Micheli. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. In: “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile” – n.1, Anno LV (Marzo 2001). Milano: Giuffrè Editore, 2001. pp.665-695.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 7ª ed. Petrópolis : Editora Vozes, 2002.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2ª Ed. Santa Cruz do Sul (RS): EDUNISC, 2000.

WOLKMER, Antônio C. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

WOLKMER, Antônio C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WOLKMER, Antônio C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Alfa-OMEGA, 2001.

WOLKMER, Antônio C. *Pressupostos de legitimidade da justiça e do direito na contemporaneidade*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo : EDIURI, 2007. pp.23-32.

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC. Coordenador e Professor do Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada Alto Uruguai e das Missões – URI/RS. Professor do Doutorado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

[2] Juiz Federal. Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC/RS e Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI/RS.

[3] A expressão pode ser encontrada em BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS *et alii*, no ensaio “Os Tribunais nas sociedades contemporâneas”, p.5 (referência bibliográfica completa ao final).

4. A expressão “sociedade contemporânea em transição” é de MICHAEL WALZER (1999, p.119), e se presta para apontar o momento diferenciado vivido pela sociedade hodierna, sem que imponha que se

adentre em discussões, por vezes estéreis, acerca do cabimento da denominação “pós-moderna” e suas variações. De qualquer sorte, o fenômeno da exacerbação da litigiosidade é mais antigo e atualmente apenas renovado ou reforçado, como se verá adiante.

<sup>5</sup>. Nesse sentido, manifestação do próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, em entrevista concedida à Revista da Associação Nacional dos Juizes do Trabalho: “Tenho impressão de que parte das questões ligadas à morosidade (da justiça) depende da nossa própria capacidade de uma **atuação pautada por critérios de maior racionalidade**. Seleção de processos; a aceleração do próprio processo decisório, que vai refletir sobre outros processos em andamento; formação dos casos que devem servir de paradigma; tudo isso acho que pode ser enfrentado com satisfatoriedade pelo Poder Judiciário.”(Revista da ANAMATRA, 1º semestre de 2008, p.9). Ora, ainda que o ilustrado jurista mencione pertinentemente, adiante, a questão do problema da litigiosidade ativa e a necessidade de que todo essa questão passe por um “processo de revisão cultural”, parece relevante e possível identificar o fato de que esta espécie de fala – inadvertidamente ou não – se presta à manutenção de um foco instrumentalizador, no que tange à discussão sobre esse tema, no sentido de que essa maior “racionalização” da atuação judicial acabaria por conduzir necessariamente a uma significativa redução de litigiosidade e (ou, no mínimo) ao cumprimento adequado do papel do Judiciário em sociedade. Essa compreensão parcializada do estado de coisas atual não parece considerar, contudo, a realidade de que (a) a problemática da exacerbação da litigiosidade não pode ser reduzida a um problema do Judiciário; (b) de que ela não pode e não deve ser confundida com a questão da conflituosidade inerente a uma sociedade democrática; (c) de que a simples burocratização técnica da prestação jurisdicional, massificante e homogeneizante, reduzida a um mero serviço judiciário de somenos importância política, ainda que para um corte correspondente à maioria das demandas de menor relevo econômico ou político, não só não lida ou tende a solucionar adequadamente a questão, como baralha os temas anteriores, conduzindo à indesejável redução das possibilidades de consideração dos casos concretos propriamente ditos, à luz dos conflitos sociais instalados em suas especificidades. Há o sério risco, então, da repressão de salutares e naturais conflitos no seio de uma sociedade plural, sob a invocação da necessidade de uma rápida (e desvirtuada) “pacificação social”, em detrimento da realização de uma prestação jurisdicional que condiga realmente com a sua verdadeira função de busca de convivência social fraterna, nos termos do contrato constitucionalmente. Essa espécie de atividade ficticiamente “pacificadora” só é capaz, entretanto, de gerar insatisfação, sentimento de injustiça e segregação - porque sempre haverá, então, a possibilidade dos instrumentos que conduzem alguns casos a apreciação de uma justiça que não seja aquela da “racionalização” (ou padronização) extrema, reservada às massas, criando-se novas formas de desigualdade não autorizada constitucionalmente -, e de, no extremo, engendrar a retroalimentação de uma litigiosidade transformada, ainda mais deletéria e perniciosa às possibilidades reais da convivência democrática.

<sup>6</sup>. No ponto chama a atenção, por exemplo, que a introdução do 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 garantem a celeridade de sua tramitação*”) pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, tenha sido tão comemorada – como se uma tal garantia não pudesse antes já ser extraída do próprio ordenamento e dos princípios e finalidades que regem a atividade jurisdicional - e freqüentemente seja mesmo invocada, em discursos ou mesmo processos judiciais, como “solução mágica” para que as enormes dificuldades materiais à concretização da sempre desejável e devida prestação jurisdicional célere sejam prontamente exorcizadas e tal garantia seja concretizada automaticamente no mundo dos fatos. As dificuldades estruturais e limitações institucionais e humanas, contudo, não desaparecem pela pura criação de normas, mesmo em nível constitucional, como é palmar. O pensamento mágico dos ritualísticos invocadores de fórmulas, de um lado, não elimina a realidade de tais limitações ante a extraordinária litigiosidade que chega ao Judiciário hoje; e por outro, custa a crer que alguém admita e deseje conscientemente que o caso concreto que diga respeito à sua vida e à solução de seus interesses seja resolvido, então, sem maior consideração de suas particularidades, por

aplicação de meros modelos ou padrões de decisão, à luz da necessidade de se dar forma concreta plena e infalível a esse ideal normatizado constitucionalmente para os milhões de casos que assomam às unidades de prestação jurisdicional do país. Há de se perceber que nesse ponto, ao menos no estado de coisas atual, as escolhas são reduzidas pela realidade do mundo dos fatos: ou se leva ao extremo a novel promessa constitucional e se aceita a ficcionalização da justiça, ou se pondera que o ideal de presteza corporificado na Constituição é relevante signo de uma busca incessante, mas nem sempre tangível imediatamente, em determinados casos ou circunstâncias, sob pena do sacrifício da busca do casuisticamente “justo”, ainda que numa mínima medida aceitável. Devemos decidir, pois, se estamos prontos a aceitar e pagar o preço de um mundo que reinstitucionalize com ainda mais força a mera prestação de “ficções” de Justiça à sociedade, a pretexto de realização da tarefa maior da prestação jurisdicional, ou se queremos a realização de outros ideais, que a par de tenderem à solução célere de conflitos, tendam também à mínima busca pelo justo de cada caso concreto, como sólida expressão da construção de um mosaico de decisões (estatais) que contribuam para uma convivência verdadeiramente mais harmônica entre os iguais-diferentes que somos em sociedade.

<sup>7</sup> E aqui cabe distinguir a necessidade de preservação da simplicidade para tratar o que é complexo daquilo que poderia ser qualificado como um pensamento simplificador, no sentido de “reductor” da realidade, que segundo EDGAR MORIN (2007, p.6), “desintegra a complexidade do real”, de forma artificial. Isso porque uma das ilusões que desviam o foco adequado do pensamento complexo é, sim, acreditar que a “complexidade conduz à eliminação da simplicidade”, quando na verdade o pensamento complexo “integra o mais possível os modos simplificadores de pensar...”. Entretanto, um tal modo de pensar o complexo de forma simplificada e integradora justamente “...**recusa as conseqüências mutiladoras, redutoras, unidimensionais e finalmente ofuscantes de uma simplificação que se considera reflexo do que há de real na realidade.**” (destacamos).

[8] Para um tratamento bastante profundo e crítico desta temática, consulte-se, de forma geral, a obra “Processo e Ideologia: o paradigma racionalista”, do emérito processualista brasileiro, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (2006b).

<sup>9</sup> Eis o tão olvidado preâmbulo da Constituição Federal de 1988, se houver dúvida a respeito do ponto: “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o **exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (Destacues apostos).

<sup>10</sup> Acerca do exposto, pertinentes as conclusões de FRANCISCO ROSITO no artigo “O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica”, publicado na Revista de Processo nº161 (ano 33 – julho de 2008 – Editora Revista dos Tribunais): “...é ilusão imaginar que as reformas processuais como um todo e a explicitação do princípio da duração razoável do processo na Constituição brasileira (art. 5º, LXXXVIII), em particular, resolverão o grave, crônico e perverso problema da morosidade da justiça. Problemas de tamanha complexidade não podem ser resolvidos ‘por decretos’ legislativos, por melhor que sejam as intenções. É preciso ir muito além, modificando-se as condições estruturais do sistema, e implementando-se – o que é fundamental – *uma nova cultura entre os operadores do Direito, sem olvidar os valores fundamentais do sistema*. Em termos pragmáticos, é impossível fixar ‘a priori’ uma regra determinante do que representaria ‘prazo razoável’. (...) à luz do princípio da duração razoável, sob o adequado perfil axiológico, *o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça* (...)” (p.36 - destacamos).

[11] Para maiores esclarecimentos sobre o ponto, elucidando mais pormenorizadamente o contexto em que se descortina a problemática presentemente tratada, confira-se o ensaio “*Notas introdutórias ao problema da jurisdição nos contemporâneos conflitos da diferença (sociedade contemporânea, Constituição e fraternidade realizada como princípios da tolerância e da solidariedade)*” (BAGGIO, 2008b).

12. A respeito, a fundamental colocação de NOBERTO BOBBIO: “O dado básico que considero o ponto de partida de meu raciocínio é o seguinte. **Os homens são entre si tão iguais quanto desiguais. São iguais por certos aspectos e desiguais por outros.** Dando um exemplo bastante óbvio: são iguais diante da morte porque todos são mortais, mas são desiguais diante do modo de morrer porque cada um morre de modo particular, diferente de todos os demais. Todos falam, mas existem milhares de línguas diversas. Nem todos, mas milhões e milhões de indivíduos mantêm uma relação com um além ignorado, mas cada um adora seu próprio Deus ou seus próprios deuses. Pode-se dar conta deste indiscutível dado de fato estabelecendo que **os homens são iguais se considerados como ‘genus’ diverso**, como o dos outros animais e demais seres vivos, dos quais se diferenciam por algumas características específicas e particularmente relevantes, como a que por longa tradição permitiu definir o homem como ‘animal rationale’. **São desiguais entre si se considerados ‘uti singuli’, isto é, tomados um por outro.** Entre os homens, tanto a igualdade quanto a desigualdade são fatualmente verdadeiras, pois são confirmadas por provas empíricas irrefutáveis. *A aparente contraditoriedade das duas proposições – ‘os homens são iguais’ e ‘os homens são desiguais’ – depende unicamente do fato de que, ao observá-los, ao julgá-los e ao extrair disso conseqüências práticas, se enfatize mais o que têm em comum ou mais o que os distingue.* Por isso, podem ser corretamente chamados de igualitários aqueles que, ainda que não ignorando que os homens são tão iguais quanto desiguais, apreciam de modo especial e consideram mais importante para a boa convivência aquilo que os une; podem ser chamados de inigualitários, ao contrário, aqueles que, partindo do mesmo juízo de fato, apreciam e consideram mais importante, para fundar uma boa convivência, a diversidade.” (BOBBIO, 2001, pp. 119-120 – destaques apostos).

13. Estatuí o artigo 3º da CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988): “*Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*” (Destaques apostos).

14. Prossegue MARINONI, para maior esclarecimento: “Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos *direitos* fundamentais. É o atuar da lei na medida das normas constitucionais e dos valores nela encerrados. Há aí um nítido plus em relação à teoria chiovendiana e uma intenção que nem sequer passava na cabeça dos antigos doutrinadores, que viam na jurisdição uma função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados violados.” (2006, p.138).

[15] Nesse sentido, conferir a obra “Ideologia, Estado e Direito”, de A.C.WOLKMER (2001 a, p.177 e ss.).

[16] Para uma discussão mais alentada acerca das possibilidades de construção de um viver gregário mais qualificado, ainda que no contexto de uma sociedade multifacetária e hipercomplexa, bem como mediante a utilização de elementos de uma hermenêutica filosófica restauradora de sentidos (nos termos dos estudos de PAUL RICOEUR), verifique-se ensaio anterior publicado sob o título “*O pensamento complexo e uma hermenêutica restauradora do sentido: alternativas para para uma convivência possível?*” (BAGGIO, 2009b).

17. O que, alerte-se, em nada macula a idéia de amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, nos termos do que

hoje disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, sempre que alguém se sinta lesado, mesmo que seja para que o próprio Judiciário eventualmente reconheça que o caso já foi ou devia ser resolvido noutra esfera.

18. Adverte KONRAD HESSE, a respeito: “Mas a força normativa da Constituição não reside tão-somente , na adaptação inteligente de uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Bsechaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, transformar-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, *se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo*, pode-se afirmar que *a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder ('wille zur Macht'), mas também a vontade de Constituição ('Wille zur Verfassung').*[...]” (1991, p.19 – destaques apostos).

19. Além de Boaventura, figuram como co-autores do dito estudo, intitulado “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, MARIA MANUEL LEITÃO SOARES e JOÃO PEDROSO, publicado na Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº30, da ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (extraído de [www.anpocs.org.br](http://www.anpocs.org.br), disponível em 23/07/2008).

20. Ninguém haverá de negar, por exemplo, que o acolhimento explícito, ainda na década de 1990, no corpo do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 1973, do instrumento da antecipação de tutela, permitindo a antecipação dos efeitos ou mesmo de parcelas da tutela jurisdicional final apenas com base em juízos de verossimilhança, tenha sido um avanço positivo em direção à busca da efetividade jurisdicional e uma verdadeira quebra do paradigma então vigente em nosso ordenamento de sacralização do processo de conhecimento como forma de busca de (uma impossível) verdade final, mediante uma pesada ordinarização de suas formas e da adoção do dogma da cognição plena e exauriente como forma central de prestação jurisdicional. Tampouco se poderá falar em pouca relevância na instituição de mecanismos tais como os Juizados Especiais Federais, pela Lei 10.259/01, a partir do substrato da Lei 9.099/95 e da base constitucional permissiva de tais normas, para o trato mais ágil e simplificado de causas de suposta menor complexidade – ainda que os critérios constitucionalmente eleitos para tal distinção não pareçam infensos a significativas críticas -, tudo só para se mencionar alguns dos exemplos mais óbvios e extremados no tempo acerca destas desejáveis transformações do contemporâneo processo civil brasileiro.

[21] A contribuir sobremaneira para justificar a relevância dada neste ensaio à obra do sociólogo português, confira-se o escrito “Boaventura de Souza Santos e o papel do Direito na globalização” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007).

[22] Para um estudo crítico da chamada crise da Previdência Social no contexto brasileiro, insiro no cenário mundial contemporâneo já mencionado, bem como dos reflexos de tal problemática no âmbito da prestação jurisdicional nesta área específica do Direito, confira-se o escrito “**Jurisdição e Previdência em tempos de crise de solidariedade: Alguns pressupostos para uma prestação jurisdição adequada**” (BAGGIO, 2008a).

[23] Conforme Preâmbulo e artigo 3º da CRFB, ambos já transcritos alhures – afora outros dispositivos reveladores de tal opção, disseminados pelo texto constitucional como um todo.

[24] Sobre o ponto - e para que se possa compreender plenamente o que se pretende dizer nesse passo - ,

veja-se o que já foi objeto de longa exposição na introdução da obra “**Da tolerância** (Direito, diferença e conflito sob o signo da tolerância: por uma prestação jurisdicional constitucional comprometida com a fraternidade)” (BAGGIO, 2009a).

[25] Exatamente no sentido do exposto, *vide* OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu “**Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista”, mais especialmente o que consta de seu capítulo XII (“Processo Civil, individualismo e democracia”) e da p.303, ainda mais especificamente, onde refere aquele autor: “A exigência de ‘uniformidades’ que os permitam a inserção do ‘individual’ numa série de casos ‘idênticos’, de modo a tornar possível a construção dos ‘sistemas’, obriga a eliminar as peculiaridades do caso concreto, toda a sua riqueza, aquilo que o faz ‘diferente’, obrigando o ‘cientista’ do Direito a reduzir as hipóteses concretas a seus ‘esqueletos’.

O pressuposto liberal de que todos os homens são iguais é expressão desta mesma ideologia, que deu origem ao ‘princípio da isonomia’, ou da igualdade, elevado a direito fundamental em nossas Constituições. *Entretanto, nada mais diferente, enquanto realidades vivas, do que os homens entre si.* A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual, porém a formação dos ‘sistemas’ jurídicos assenta-se nessa abstração, na fuga do individual, como o seu pressuposto metodológico. Supõe-se que cada caso concreta seja a expressão individual de uma série de casos idênticos.

Em obra anterior dissemos o seguinte, transcrevendo uma observação de Habermas: ‘ ‘Conceitualismo’, próprio das ciências matemáticas, a que Leibniz procurava aproximar o direito (‘Ensaio acerca do entendimento humano’, Cap. III, nº18), firma-se através de uma epistemologia que não tolera o individual porque o ‘indivíduo’, em toda a sua riqueza existencial, é a negação do geral, portanto, da regra e do conceito.’ [citando ‘Jurisdição e execução, cit., 2ª ed., p.131].

(...) A redução do Direito ao ‘mundo jurídico’ de tal modo que o ‘jurídico’ isole-se do ‘político’ está centrada neste mesmo objetivo.” (OVÍDIO, 2006b, p.303-304).

[26] Aliás, para uma melhor compreensão do que se trata aqui, à luz das particularidades da realidade brasileira, sugere-se consulta ao estudo da mesma filósofa brasileira publicado sob o título “**Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária” (CHAUI, 2006).

[27] Nesse sentido, confira-se OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: (...) Nosso Direito é um produto da modernidade. (...) Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. (...)

Torna-se, portanto, indispensável ter presentes as condições do terreno para onde pretendemos levar o processo civil, fazendo com que ele recupere o espaço que lhe cabe como ciência do espírito.” (2006b, pp.304-305).

[28] Verifique-se WOLKMER, 2001a, p.179-180.

[29] Diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, quanto ao ponto, após considerar a dificuldade decorrente do fato observado por NORBERTO BOBBIO de que a democracia ‘nasceu de uma concepção individualista de sociedade’, enquanto, segundo o mesmo BOBBIO (2000, p.36), contemporaneamente a ‘sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista’ (para o ponto, no original, *vide* “O futuro da democracia”, pp.34-36): “A compatibilidade entre democracia e ‘individualismo’ é problema crucial que deve ser tratado quando se pretende um direito processual que supere o ‘dogmatismo’, porquanto, como sugerimos nas considerações precedentes, o dogmatismo é expressão de um regime autoritário.” (2006b, p.306).

<sup>30</sup>. Conforme considerações em OLIVEIRA JUNIOR, 2006, p.161.

[31] Impositivo citar aqui a seguinte passagem de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (2006b, p.316), que dá a dimensão da relevância da atividade jurisdicional concebida criticamente para os dias de hoje: “Os liberais, aliás, não escondem que, apesar da retórica, dirigimo-nos, cada vez menos na direção do povo. Giovanni Sartori nô-lo confirma, ao escrever: ‘Hoje em dia, não obstante a retórica em contrário, ‘nos movemos’ na direção de cada vez ‘menos’ poder do povo. A causa óbvia disto é que um máximo de poder popular só é possível em sociedades simples nas quais as funções de direção sejam relativamente elementares. A maior complexidade, interconexão e a magnitude gigantesca dos mecanismos da vida social e econômica determinam que a opinião dos especialistas adquira um peso específico superior a seu voto como eleitor’ [citando-se ‘Teoria de la democracia’, original de 1987, tradução de 1990, Madrid, vol.II, p.528.].”

Esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximá-lo do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, *de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser um agente ‘pulverizador’ do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam.*” (destacou-se).

<sup>32</sup>. No sentido do que efetivamente distingue e caracteriza a atividade jurisdicional, a razão parece estar, ao menos da essência das proposições, novamente com o emérito processualista brasileiro e gaúcho, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (2006a, p.27-8): “...cremos que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso, pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica em função de sua função ‘tendo a lei por limite de sua ação’, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, ‘segundo o direito objetivo’; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de ‘terceiro imparcial’ em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela. Como observa MICHELI (‘Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria’, RDP, 1947, v.1, p.31; agora em ‘Estudios de derecho procesal civil’, v.4, p.19), não é tanto o caráter de ‘substitutividade’, como afirmava CHIOVENDA, que define a jurisdição, mas seu caráter de ‘imparcialidade’. ‘A norma a aplicar é, para a administração pública, a regra que deve ser seguida para que uma certa finalidade seja alcançada; a mesma norma é, para o órgão jurisdicional, o objeto de sua atividade institucional, no sentido de que a função jurisdicional se exercita como o único fim a assegurar o respeito do direito objetivo. O juiz, por conseguinte, é portador de uma interesse público na observância da lei’ (MICHELI, ‘Curso de derecho procesal civil’, b.1, p.7) (....)”

[33] Confira-se a respeito o ensaio de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA denominado “Justiça da lei e justiça do caso” (2008).

<sup>34</sup>. Nesse sentido, repita-se o que já foi apontado antes e acrescente-se (MARINONI, p.138): “Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir de direitos fundamentais. É o atuar da lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. (....) Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição”, sem que, alerta o processualista, obviamente confunda-se, por conta dessa idéia, os planos do direito material e do direito processual (tutela dos direitos e tutela jurisdicional).

[35] Sobre legitimidade, considere-se a expressão à luz do enfoque dado ao tema por WOLKMER (2009), em ensaio onde discorre sobre a natureza da legitimidade, diferenciando tal conceito daquele de mera legalidade: “Antes de mais nada, torna-se importante aclarar, como já foi feito atentamente noutra momento [citando-se WOLKMER, Antônio Carlos. “Ideologia, Estado e Direito”. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000] que a *legalidade* ‘reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em determinada instituição social’. Já a *legitimidade* refere-se à ‘esfera de consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, **a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo advogado pela coletividade**’ [citando-se WOLKMER, *Op.cit.*, p.81]. (p.24 – negritos, apostos; itálicos, do original).

[36] Registre-se, ainda, que o tema é objeto de tratamento mais detido e abrangente de trabalho de pesquisa denominado “Notas sobre a legitimidade da prestação jurisdicional nos conflitos da diversidade e do multiculturalismo”, em fase de elaboração pelo segundo autor do presente ensaio. Naquele estudo estão sendo desenvolvidos os temas da deficiência e da busca por legitimidade da prestação jurisdicional no quadro complexo da contemporaneidade, através da análise das questões basilares da adequação do modo de decidir (a questão da interpretação/aplicação do direito), da suficiência da fundamentação, da efetivação da CRFB/88 em seus nortes fundamentais, bem como da busca por legitimidade através do resgate da ideia do justo casuístico (em contraposição à soberracionalização e burocratização crescente da prestação jurisdicional) e da adequação da função de transcendência da prestação jurisdicional.

<sup>37</sup>. Nesse passo é importante esclarecer que não se ignora a pertinente crítica que se pode fazer a essa afirmação, acaso compreendida sob limitado e determinado sentido. Com efeito, tem razão LUIZ GUILHERME MARINONI quando assim discorre criticamente sobre este ponto específico (“A idéia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social”, item abordado no contexto do exame da “Jurisdição no Estado Contemporâneo”): “Na verdade, a idéia do fim de pacificação social da jurisdição está relacionada com três questões: i) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos têm uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; ii) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; iii) ainda que um dos litigantes não se conforme com a decisão, sabe ele que, diante da impossibilidade de levar novamente ao juiz a situação conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer, e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição.

*Acontece que estas três características, que serviriam para identificar um fim de pacificação social na jurisdição, são completamente neutras e indiferentes à substância da função ou da decisão jurisdicional que conduziria à pacificação. E definir jurisdição sem saber como a pacificação social é alcançada pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição.*

*Na realidade, como não é difícil perceber, a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobreponha sobre os seus subordinados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional.*

*Por isso, no atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado Legislativo com a jurisdição do Estado contemporâneo [nota do autor, no original, refere ainda o seguinte: ‘A pacificação social pode ser vista como um objetivo que deve ser perseguido pela jurisdição, mas não serve para caracterizá-la’.1.]” (MARINONI, 2006 : 108-9 – grifos apostos). Todavia, há que se considerar*

que “pacificar” não significa necessariamente amainar ou conter ânimos pela força ou pela impossibilidade lógica de reação, pura e simplesmente, mas a par disso, também, e muito mais, realmente apaziguar pelo convencimento racional, a partir de uma aplicação legítima, porque competente para tanto, não só da lei, mas da regra interpretada à luz da Constituição, isto é, pela realização efetiva, concreta, no mundo dos fatos, das promessas e garantias contidas no contrato social que é a Constituição Federal. Nesse sentido mais completo – e nisso, não desbordante do que em essência defende o renomado processualista citado -, é que se fala aqui em “pacificação social” como finalidade e essência de uma adequada prestação jurisdicional.

[38] E aqui é imperioso registrar os alertas de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no já referido ensaio “Justiça da lei e justiça do caso” (2008): Chegamos, agora, ao ponto central deste estudo. (...): a comparação entre a ilusória ‘justiça da lei’ e a autêntica ‘justiça do caso’, que nosso sistema não pratica, nem pode praticar, porque, ao dar-lhes efetividade, abalaria seus alicerces racionalistas.

(...) Antes de mais nada, quero reafirmar o que tenho dito e escrito reiteradamente. Nós, os que labutam no foro, não somos responsáveis pelo vício que nos obriga a ignorar a norma constitucional do artigo 93, IX, da Constituição Federal [cito: “art.93. (...) IX- *Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a este, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudica o interesse público à informação;*”]. Às vezes acusamos a Revolução Francesa e Montesquieu de haver-nos legado apenas uma jurisdição oracular (declaratória), ao tornar os juízes simples ‘bouche de la loi’. Mas esta acusação não tem fundamento. A Revolução Francesa, pode-se dizer, teve suas origens próximas das filosofias políticas do século XVII, especialmente em Thomas Hobbes. Mas é impossível ignorar que o filósofo inglês vinha sendo preparado desde o século XIII pelos padres franciscanos.

Esta é uma premissa importante, porque, ao quebrar o solipsismo metodológico que Descartes nos impôs, somos novamente introduzidos na tradição cultural que nos conformou como seres essencialmente históricos, que temos passado e que vivemos sob inúmeros ‘paradigmas’ culturais, aos quais – a não ser através de uma constante vigilância – não nos é dado furtar-nos, quanto mais criticá-los.

(...) É assim que trabalha o normativismo: ‘norma sem fatos’. Claro, os fatos não são normatizáveis. Como seria possível meter fatos em um texto legal? É a este desprezo pela ‘diferença’ que Jürgen Habermas se refere quando afirma que o pensamento europeu só trabalha com ‘universais’, tendo horror ao individual, que escapa à fixação conceitual’ (‘La lógica de las ciencias sociales’, original alemão de 1982, Madrid: Editorial Tecnos, 1988, p.84, nota 8).

*Essa jurisdição esquece que a justiça não pode ser concebida como um valor abstrato.* Ela existe como expressão de comportamentos humanos, sejam eles individuais ou sociais. Basta comparar com a injustiça, que é um dos componentes essenciais da ética, para tomar consciência de que não existe, jamais, injustiça abstrata ou normativa. O que existirá sempre será o horror, a desolação e o sentimento de revolta ou desprezo para a injustiça ‘cometida’. Assim ocorre também com as ‘condutas’ que os valores dominantes da sociedade tenham como justas.

Como mostra Paul Ricoeur, no lúcido ‘Prefácio’ para sua coleção de ensaios sobre a Justiça, não sem antes referir-se a Platão e Aristóteles, ‘Nosso primeiro ingresso na região do direito não terá sido marcado pelo grito: É injusto! É esse o grito de ‘indignação’, cuja perspicácia às vezes é assombrosa, se medida pelos parâmetros de nossas hesitações de adultos instados a nos pronunciar-nos sobre o justo em termos positivos. A indignação sobre o injusto vai muito além daquilo que John Rawls chama de ‘convicções ponderadas’, cujo auxílio nenhuma teoria da justiça pode recusar’ (‘O justo – A justiça como regra moral e como instituição’, Edição original 1995, Paris, São Paulo: Livraria Martins Fontes

Editora, 1º vol., p.5).” (pp.201-203 – destaques apostos).

Saliente-se, por fim, que os caminhos para uma aproximação da justiça do caso, e, pois, da jurisdição que se defende aqui como aquela efetivamente devida, estão também dados, então, por aspectos tais como o da efetiva consideração do papel da compreensão da cultura em que imersos a sociedade e os operadores do direito responsáveis pela interpretação e funcionamento das normas processuais, bem como o da real consideração dos fatos específicos do caso – e isso também à luz das realidades experienciadas quotidianamente naquela sociedade especificamente posta em consideração. Isso tudo, por sua vez, deve não só ser considerado quando da tomada da decisão, mas também precisa ser posto devidamente a descoberto na fundamentação das decisões e sentenças judiciais, para que assim se possa falar numa real apreciação de casos que guardem ainda um mínimo suficiente da complexidade da vida, quando de seus julgamentos. Nesse ponto, parecem particularmente relevantes os escritos de MICHELI TARUFFO a respeito de tais temas, dos quais destacam-se, aqui, apenas exemplificativamente, aqueles arrolados nas referências bibliográficas finais deste ensaio (TARUFFO, 2009, 2001 e 2004, respectivamente).

<sup>39</sup>. Sobre a crítica jurídica acadêmica feita por autores nacionais na área do Processo Civil (dentre outros, como Kazuo Watanabe, citando-se, ainda, expressa e precisamente Ovídio Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni), WOLKMER (2001b, p.132-3) refere: “A crise do Direito que atravessa suas instâncias de jurisdição permite a criação de nova metalidade, que vem repensando a administração da justiça, tendo em vista uma maior participação da comunidade. Se é certo que, até há pouco tempo, o processo jurisdicional era concebido unicamente como um mecanismo estatal técnico, hoje transforma-se no instrumento político para a garantia dos direitos e efetivação da justiça.”

<sup>40</sup>. Diz BOAVENTURA que o lesado que não tenha atendido a sua reivindicação direta por rejeição de sua reclamação pode ter boas razões para não levar adiante o seu inconformismo. O incentivo para “agüentar” a lesão pode, em algumas condições, ser muito grande, destacando ele que “quanto mais desiguais são as posições sociais das partes no litígio, maior é esse incentivo no caso em que o lesado é a parte com posição social inferior.” (p.19).

<sup>41</sup>. Nesse ponto, é de se atentar para as constatações e considerações críticas feitas por ANTÔNIO C. WOLKMER acerca da construção histórica de um monismo jurídico, que só tem no Estado a fonte de produção normativa válida para a regulação das relações: “Deveras, neste segundo ‘ciclo’ [do monismo jurídico, referindo-se ao período que vai da Revolução Francesa até o final das codificações do Século XIX], correspondente à sistematização dogmática do monismo jurídico, é **perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo; consagra-se a exege-se de que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito.**” (WOLKMER, 2001 a, p.48 - destacamos). O renomado jurista, reforçando ainda mais a idéia aqui sustentada de que a temática em foco é de complexidade impar, transcendente em muito a um problema de índole processual ou do Poder Judiciário, refere ainda: “A crise do monismo jurídico estatal enquanto paradigma hegemônico reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas, como ainda ‘não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear’ a convivência social. Ora, não tendo mais condições de oferecer soluções, o modelo jurídico dominante apresenta-se como a própria fonte privilegiada da crise e das incongruências.” (WOLKMER, 2001a, p.67 - destacamos).

<sup>42</sup>. Sobre a posição crítica de Boaventura de Souza Santos quanto a questão da administração da justiça, WOLKMER (2001b, p.57) diz: “(...)Mesmo reconhecendo o tipo de reforma que passa pela ‘administração tenocrática da justiça’, Boaventura Santos declina por modelos alternativos de administração da justiça, como a ‘informalização/deslegalização da justiça’ e a ‘justiça comunitária’, através da mediação ou da conciliação, compreendendo a ‘criação de processos, instâncias e instituições

relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados que substituam ou complementem, (...) a administração tradicional da justiça e a torne, em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível.”.

<sup>43</sup> Para um CONCEITO DE ARBITRAGEM: Em escrito anterior, já se referiu o seguinte acerca desse tópico: “Como salienta GARCEZ (2002, p.84), ‘a arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes *por delegação expressa destas*, resultante de *convenção privada*, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.” (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p.225 - destacamos). E, a título de contribuição para maior aprofundamento crítico na construção de tal conceito, veja-se, ainda, o que diz sobre o tema ANTÔNIO HÉLIO SILVA, no artigo “Arbitragem, mediação e conciliação” (*In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. (Grandes temas da atualidade, v.7) Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.19-37): “...a arbitragem, disciplinada pela lei nº 9.307/96, que, após longa discussão jurídica, foi considerada constitucional pelo STF. A arbitragem **em muito se assemelha à forma tradicional**. A principal característica em comum é que, em ambas as formas, *a decisão é tomada por terceiros, e não pelas próprias partes envolvidas no litígio*. Na arbitragem, *a decisão também é imposta*. Há um processo que também se caracteriza pela disputa, onde, da mesma forma que o processo judicial, as partes atacam e defendem, saindo *ao final um vencido e um vencedor*. Além disso, a arbitragem é caracterizada por ser de acesso restrito, não se destinando à parcela carente da população, uma vez que envolve gastos que podem torna-la ainda mais elitista que a forma tradicional, não contribuindo, conseqüentemente, para redução de desigualdades sociais. No entanto, *a vantagem que se espera da arbitragem é que a solução seja alcançada mais rapidamente*. A sua **maior diferença** em relação ao Judiciário é que na arbitragem tem-se como regra que *a decisão não compete ao Estado, mas sim a terceiro(s) escolhido(s) pelas próprias partes*. Os primeiros artigos da Lei de Arbitragem abordam três questões: QUEM, O QUE e COMO: \* QUEM pode valer-se do instituto da arbitragem (as pessoas capazes de contratar); \* O QUE pode ser objeto do litígio na via arbitral (direitos patrimoniais disponíveis); e \* COMO submeter a solução de litígios ao juízo arbitral (mediante convenção de arbitragem). A escolha pela via arbitral decorre da vontade das partes, que também têm ampla liberdade para convencionar quais as regras serão aplicadas na arbitragem, respeitando-se a ordem pública e os bons costumes. A convenção de arbitragem, que é a forma de se submeter os litígios à arbitragem, compreende a cláusula compromissária e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir em decorrência de determinado contrato (...) (art. 4º,§1º). Já o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem, ocorrendo, portanto, após o conflito efetivamente surgir. Pode ser judicial (por termo nos autos do juízo onde corre determinada demanda) ou extrajudicial (celebrada por documento público, ou por documento particular assinado por duas testemunhas).” (p.22-3 - destacamos).

<sup>44</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS refere, inclusive, que em determinadas áreas, mormente em países centrais, essa busca preferencial pela arbitragem já chega mesmo a ocorrer de forma significativa, dentre outros fatores, em razão globalização da economia, complexidade dos litígios havidos nessa seara e oferta judiciária deficiente para a solução de conflitos tão especificamente diferenciados por uma justiça estatal que se amolda cada vez mais à busca e às necessidades de um “produtivismo quantitativo”: “...Se a desregulação da economia pode criar, por si, alguma litigação, já o mesmo não tem de suceder com a globalização da economia. Pelo contrário, a dirimição de litígios emergentes das transações econômicas internacionais raramente é feita pelos tribunais, já que a *lex mercatoria* privilegia para esse efeito uma outra instância, a arbitragem internacional. Pode, em geral, afirmar-se que nos países centrais o aumento drástico da litigação ocorrida no período anterior teve uma certa tendência para se estabilizar. Para isso, contribuíram vários fatores. Em primeiro lugar, os mecanismos alternativos

de resolução dos litígios desviaram dos tribunais alguma litigação, ainda que seja debatível até que ponto o fizeram. Em segundo lugar, a resposta dos tribunais ao aumento da procura de tutela acabou por moderar essa mesma procura, na medida em que os custos e os atrasos da atuação dos tribunais tornaram a via judicial menos atrativa.” (p.8 do texto “Os Tribunais nas sociedades contemporâneas”, BOAVENTURA *et alii*).

45. Para uma CONCEITUAÇÃO DE MEDIAÇÃO, nos diz ANTÔNIO HÉLIO SILVA, no artigo “Arbitragem, mediação e conciliação” (In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. (Grandes temas da atualidade, v.7) Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.19-37): “Outra forma alternativa de solução de conflitos é a mediação, cuja solução tem natureza jurídica de um contrato, pois sempre baseada na manifestação de vontade das partes, criando, extinguindo, modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato. **É uma forma pacífica**, tendo em vista que *a decisão nasce da vontade das pessoas que vivem o conflito, as quais encontram uma solução que melhor lhes atenda, mediante o diálogo e de forma harmônica, com o auxílio do mediador*. Muitas vezes as pessoas não conseguem, sozinhas, estabelecer o diálogo, de modo a chegarem a um acordo. Torna-se necessária, então, a presença de uma terceira pessoa que as *auxilie a fazê-lo*, o que acontece na mediação. **A conceituação sobre mediação é das mais variadas**. Os autores costumam diferencia-la da conciliação. No entanto, não estabelecem critérios claros e objetivos de distinção. O que determinado autor chama de mediação, outro chama de conciliação e vice-versa, razão pela qual não vou me deter nessa questão. **Entendo que mediação é uma forma mais sofisticada de se chegar ao acordo, pois nela pode haver a oitiva da partes separadamente e outras diligências prévias. As partes são conduzidas a realizar os seus acordos, sem que haja uma interferência real do conciliador, demonstrando que a solução da controvérsia será sempre das partes**. O objetivo da mediação é *a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis*. O trunfo da mediação é *a restauração do diálogo e da comunicação*, alcançando sua *pacificação duradoura*. **Não é um instituto jurídico**, mas simplesmente *técnica de solução alternativa de conflitos*. É uma modalidade do processo de conciliação, mas entendo que com esta não se confunde, embora se assemelhe, por se tratar de um método para a solução de controvérsias entre as partes, com participação de um terceiro mediador. Ele aproxima as partes, procura identificar os pontos controvertidos e facilitar o acordo, sem fazer sugestões. É um ato privado que pode ter participação dos advogados das partes [e aí, apontamos, quiçá a abertura e oportunidade ímpar para um novo papel, com potencial para um grande resgate ético]. Poderá ser objeto da mediação todo o conflito no qual não incidam sanções penais e que não atente contra a moral e os bons costumes. É muito utilizado em processos de família, principalmente nos de separação e divórcio. *A mediação, além de acordo, vista também à melhora da relação entre as partes envolvidas*. Uma parte poderia, por exemplo, se sentir aliviada, satisfeita ou reconhecida, tanto pela sua condição, quanto pela condição da outra parte. *Isso permitiria uma maior empatia e, conseqüentemente, maior facilidade na reconstrução das relações humanas*.” (p.24-5 – destaquei).

E nessa passagem, saliento, chamam a atenção os destaques da aptidão e desígnio da mediação para (a) a “responsabilização dos protagonistas”, porque aí se identifica uma possível fonte de respeito à autonomia racional das pessoas (e, pois, uma valorização da dignidade da pessoa humana, enquanto liberdade (desde que se considere a ressalva da necessidade de um ambiente minimamente equilibrado em termos de igualdade de condições para essa responsabilização), bem como para (b) a “restauração do diálogo e da comunicação”, com vistas a se alcançar uma real pacificação social, o que parece invocar as idéias habermasianas de busca pelo consenso através do diálogo. De resto, o fato de que a mediação (c) “não é um instituto jurídico” chama a atenção para o seu potencial de realização fora dos lindes da intervenção do Estado, ao menos direta, permitindo uma possibilidade de edificação concreta de um ideal de fraternidade (tal como posto no preâmbulo da CF/88) no seio e a partir da própria sociedade e seus movimentos próprios, através do (re)nascimento de uma cultura de composição racional de interesses, em substituição àquela de “litigiosidade ativa” exacerbada, verificada nos tempos que correm

(*vide* o texto de Boaventura *et alii*, sobre a realidade disso, seus contornos e causas), bem como de uma resultante pacificação social mais verdadeira e mais ampla do que aquela visada e supostamente obtida no âmbito do processo judicial.

46. E, **ainda muito mais do que isso**, como parece ficar claro adiante, porque a valorização de tais formas, principalmente da mediação, seria “...também uma “**estratégia educativa**”, enquanto realização de uma política para a cidadania, para os direitos humanos e a democracia” (WARAT *apud* OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p.229 - destaquei). Um resgate de CIDADANIA e de um autônomo e disseminado agir **ético** seriam os mais extraordinários feitos potenciais da mudança de cultura da litigiosidade, que migraria progressivamente para uma cultura da busca da priorização do diálogo e da maior tentativa do consenso (daí a referência ao elemento utópico a animar o discurso em favor do fortalecimento do direito-não estatal, em particular, do direito de mediação).

[47] Também nesse sentido, veja-se WARAT: “*Acredito que o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade*. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar não só com os governantes que a admitam, mas também com uma sociedade questionante e desmistificadora dos eufemismos donde surge o mito da unidade; o mito de um dever uniformizado como virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo.” (2000, p.31 - destaquei). E complementado a ideia: “*A democracia é sempre uma procura de confrontos. O importante nela é assegurar a procura, não sua resolução*. A democracia, tal qual Eros, não tem como função aquietar o sangue ardente. Eles servem para esquentar o conflito integrando o instituído com o pólo da marginalidade. Uma das razões pelas quais pode pensar-se na mediação como realização da democracia. (...) Quando se *dialoga*, criam-se espaços ambíguos, ambivalentes espaços onde existe uma forte dualidade moral [ um “romance que se realiza *estabelecendo ambigüidade no confronto do instituído com o marginal*”]. (*Op.cit.*,pp.34-5 –destaquei).

48. Em sentido similar, reforce-se a menção feita noutra escrito (OLIVEIRA JUNIOR, 2008) à ideia de mediação como **estratégia educativa, enquanto realização de uma política para a cidadania**, para os **Direitos Humanos** (lembrando dos valores liberdade, igualdade e solidariedade) e **democracia**. Ou seja, **a mediação como agente de potencial transformação da sociedade e do Direito**.