



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

VINICIUS DE MOURA XAVIER

O PODER E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E O “FORDISMO JUDICIAL”

Brasília
Março de 2014

VINICIUS DE MOURA XAVIER

O PODER E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E O “FORDISMO JUDICIAL”

Dissertação apresentada como requisito para
conclusão e obtenção do título de Mestre em
Direito no Programa de Mestrado e Doutorado do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Inocêncio Mártires Coelho

Brasília

Março de 2014

VINICIUS DE MOURA XAVIER

O PODER E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E O “FORDISMO JUDICIAL”

Dissertação apresentada como requisito para conclusão e obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Inocêncio Mártires Coelho

Brasília

Março de 2014

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho
Orientador

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Membro Externo

XAVIER, Vinicius de Moura.

O Poder e a questão do Acesso À Justiça. Uma análise da judicialização de conflitos e o “fordismo judicial”/ Vinicius de Moura Xavier. – 2014. 125f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

1. Direito Constitucional; 2. Acesso à Justiça; 3. Poder.I. Título.

CDU:

Dedico este trabalho à minha amada noiva Thais, por todo o incentivo e companheirismo de todos os dias e noites de estudo e leitura, a você a minha eterna gratidão e meu amor. Aos meus pais Valter e Cleidy, por serem meus grandes exemplos e por sempre acreditarem em mim e me apoiarem a alcançar todos os meus objetivos. À minha irmã Caroline, obrigado pelos livros doados e pelas discussões jurídicas que tanto acrescentaram ao presente trabalho.

Agradeço a Deus, pois sem Ele nada seria possível; ao meu orientador Inocêncio, exemplo de ser humano, de professor e de acadêmico e a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o desenvolvimento do tema e do trabalho com opiniões, sugestões, críticas e conselhos. Muito obrigado.

“Não podemos mais escolher nossos problemas.
São eles que, um após o outro, nos escolhem”.

Albert Camus

RESUMO

O presente trabalho analisa a abertura do acesso à Justiça, sobretudo com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto ao monopólio da Jurisdição pelo Judiciário e as formas alternativas de resolução de controvérsias. Busca-se delimitar o panorama da análise à questão do Poder e examinar as propostas de solução engendradas para reduzir o número de processos em curso perante os órgãos judicantes, de viés processual, sob a ótica da reserva material da composição de conflitos como mecanismo de manutenção do Poder. Tem como marco teórico a questão do Poder na forma tratada por Luhmann e Foucault. Inicia-se o trabalho com breves apontamentos históricos sobre o panorama do Poder e das fórmulas alternativas de solução de litígios; parte-se para uma análise da questão ideológica e, posteriormente, vale-se de um breve estudo de direito comparado ao cotejar o sistema alemão e o brasileiro, destacando-se o quanto adotado na esfera extrajudicial e se analisando a viabilidade de importação de alguns pontos para o ordenamento pátrio. Por fim, realiza-se um cotejo analítico com base na dicotomia da relação do Poder com o problema do excesso de processos em curso perante o Judiciário, sopesando a denominada *cultura* da litigância e trazendo conclusões e sugestões em políticas públicas com vistas ao aprimoramento da discussão na esfera acadêmica.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Acesso à Justiça; Poder.

ABSTRACT

The present work analyzes the opening of access to justice, especially with the entry into force of the Constitution of 1988, especially as the monopoly of jurisdiction by the Judiciary and the alternative forms of dispute resolution. Seeks to define the landscape of analysis to the question of power, and examine the proposed solutions engendered to reduce the number of cases pending before the judicantes organs, procedural bias, from the perspective of the composition of the material reservation conflicts as maintenance mechanism Power. Its theoretical framework the question of power in the form treated by Lühmann and Foucault. Begins the work with brief historical notes on the landscape of power and alternative forms of dispute resolution, we go to an analysis of the ideological issue and subsequently, it is a brief study of comparative law in comparing the system German and Brazilian, highlighting how the court adopted sphere and analyzing the feasibility of importing some points for the paternal order. Finally, we make an analytical collation based on the dichotomy of the relationship of power with the problem of excess cases pending before the courts, hefting the so-called culture of litigation and bringing conclusions and suggestions for public policies aimed at improving the discussion in the academic sphere.

Keywords: Constitutional Law, Access to Justice, Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – MARCO TEÓRICO E PROBLEMÁTICA	16
1.1 Uma perspectiva analítica do Poder.....	16
1.2 A questão do Poder em Luhmann.....	18
1.3 A questão do Poder em Foucault.....	19
1.4 O monopólio judicial.....	21
1.4.1 Razões do monopólio judicial – o distanciamento das relações pessoais.....	23
1.4.2 Tolerância e aceitação das diferenças. Ideias de distanciamento.....	24
1.5 A planificação da razão como instrumento de automatização.....	25
CAPÍTULO II – A QUESTÃO IDEOLÓGICA	35
2.1 O conceito de ideologia	36
2.2 Considerações sobre Ideologia.....	41
2.3 Ideologia e interpretação jurídica.....	42
2.4 Interpretação jurídica e legitimidade.....	46
2.5 A promoção judicial da “desjudicialização”	47
2.6 O viés da dignidade humana como norte interpretativo da resolução de conflitos.....	50
2.6.1 Panorama teórico sintético da dignidade humana.....	50
2.6.2 Dignidade humana e acesso à Justiça.....	53
2.7 A “harmonia coercitiva” e a resolução “patrocinada” de conflitos	54
CAPÍTULO III – ESTUDO COMPARADO. REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA	62
3.1 Justificativas ao estudo comparado	62
3.2 Aspectos Gerais.....	64
3.3 Litígios entre consumidores e empresas (sentido lato)	68
3.4 Litígios entre empresas.....	70
3.5 Litígios entre empregadores e trabalhadores.....	71
3.5.1 Entidades de conciliação em caso de litígios relacionados com a formação profissional	71

3.5.2	<i>Entidades de conciliação nos termos da Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)</i>	71
3.6	Litígios familiares	73
3.7	Litígios resultantes da aplicação da lei das transferências bancárias ou do uso abusivo de cartões de pagamento	75
3.8	Litígios entre indivíduos	76
3.9	A questão da admissibilidade	78
3.10	A questão do sigilo	79
3.11	O papel do advogado	79
3.12	A resolução de litígios à distância e tecnologia	81
3.13	Custos	81
3.14	A relação com o Poder Judiciário	82
	CAPÍTULO IV – POLÍTICAS PÚBLICAS	84
4.1	Políticas públicas e acesso à Justiça	85
4.1.1	<i>Problemática</i>	88
4.1.1.1	<i>Rede de causas</i>	89
4.1.1.2	<i>Políticas Públicas específicas para cada causa</i>	90
4.2	A questão do paradigma	94
4.3	Os atores do campo	97
4.4	Instrumentos de aferição	107
4.4.1	<i>Indicadores</i>	107
4.4.2	<i>Metas</i>	108
4.4.3	<i>Resultados esperados</i>	108
	CAPÍTULO V – DIGNIDADE HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA	109
	CONCLUSÃO	120
	REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

Segundo o relatório Justiça em Números 2013, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça há, em trâmite, no Judiciário brasileiro, 92,2 milhões de ações. O aumento no volume de processos ocorre apesar da melhoria da produtividade quantitativa de magistrados e servidores e resulta, principalmente, do aumento de 8,4% no número de casos novos em 2012 e de 14,8% no quadriênio.

No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, segundo o mesmo relatório, cada Ministro julgou 10.519,12 feitos de forma terminativa no ano de 2012. Considerando as férias de 60 dias, isso implica que a taxa mensal de julgamentos foi de 1051,91 feitos, por Ministro, ou 47,81 feitos por dia, ou, ainda, aproximadamente 06,83 processos por hora (considerando uma cara horária diária de 7 horas dos Tribunais Superiores), o que significa uma decisão terminativa a cada 9 minutos, aproximadamente. Tal situação demonstra a automatização ou a “Mc Donaldização” do Tribunal da Cidadania, que longe de demonstrar produtividade real acaba por conduzir a um “fordismo” e à produção em massa de decisões, afastando-se do escopo de individualização e acesso à Justiça garantido constitucionalmente.

Nesse cenário, o Judiciário brasileiro vive um conflito paradoxalmente estimulante. De um lado as normas e diretrizes da Constituição Republicana de 1988 a elevar a garantia do acesso à Justiça à condição de cláusula pétrea e ampliando de forma significativa os portais do Judiciário às pessoas carentes, as quais tinham pouca ou nenhuma possibilidade de levar e verem resolvidas suas queixas e anseios, fato, inclusive, que ensejou a criação dos juizados de pequenas causas – hoje juizados especiais –; a flexibilização do conceito de hipossuficiência financeira e a inversão do ônus da prova em demandas

consumeristas, dentre outras diversas medidas que facilitaram o acesso à antiga “torre de marfim”, como até então se conhecia o Judiciário.

Entretanto, referida abertura encontra contraponto no excesso de litígios e de processos em andamento no Judiciário, o que acaba se traduzindo em uma das causas de sua morosidade, duramente criticada por diversos setores da sociedade, situação a acarretar a busca por soluções processuais, paliativas e pontuais para a resolução do problema. Daí a criação do instituto da repercussão geral; da súmula impeditiva de recursos; da súmula vinculante; do recurso especial representativo de controvérsia e, mais recentemente, da Proposta de Emenda à Constituição conhecida como a “PEC dos Recursos¹”.

Nesse cenário, o papel dos meios alternativos de resolução de controvérsias e a chamada “desjudicialização” ganham cada vez mais destaque, muito embora haja outro conflito paradoxalmente interessante no cenário jurídico nacional, qual seja a relação dialética entre a necessidade de se reduzir a quantidade de demandas recebidas pelo Judiciário e a possibilidade de que essa redução cause a diluição do Poder dos órgãos judicantes.

Em outras palavras, ao se prestigiar verdadeiramente as fórmulas alternativas de solução de pendências ou a composição de litígios em caráter definitivo em outras esferas, o Judiciário, em tese, pulverizaria seu poder, legitimando um maior número de intérpretes hábeis a solucionar conflitos² o que causaria a redução do Poder unitário hoje existente em virtude do monopólio da

¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>. Acesso em 22/04/2012.

² à Häberle.

atividade judicial³.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendeu a eficácia do artigo 625-D⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho, nela inserido pela Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, o qual previa a obrigatoriedade de submissão de qualquer demanda trabalhista a uma Câmara de Conciliação Prévia. Emprestou-se, no caso, interpretação “conforme” a Constituição para que essa circunstância não fosse considerada cogente ou impositiva⁵.

Servindo-se desse fato como força motriz inicial, a finalidade deste trabalho acadêmico consiste em desnudar os motivos que levam o Judiciário a promover a conciliação/transação/mediação em suas hostes, mas a inviabilizá-la extrajudicialmente, como, por exemplo, em serventias notariais⁶ ou em sindicatos.

Nesse cenário, impende destacar a ausência, no debate do excesso de demandas, de formulações materiais para a solução extrajudicial de nascituros conflitos ou mesmo o aumento do número de Ministros e da estrutura julgadora – circunstância, ao menos, paliativa – haja vista que o próprio projeto arquitetônico de Cortes Superiores teria sido idealizado prevendo o dobro de Ministros que lá se

³ Como diria WATANABE: “ainda vivemos a cultura da sentença ao invés da cultura da pacificação” *in* “Especialistas discutem aumento da mediação” *Jornal Valor Econômico* de 16/06/2005.

⁴ Decreto-Lei nº 5452 de 1943. Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

⁵ JUDICIÁRIO. ACESSO. FASE ADMINISTRATIVA. CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso. (ADI 2160 MC, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Redator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-01 PP-00129 RIOBTP v. 21, n. 250, 2010, p. 18-47)

⁶ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/liminar-cnj-proibe-mediacao-conciliacao-cartorios-sp?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter. Acesso em 19 de junho de 2013.

encontram⁷.

Desse modo, o objetivo deste trabalho acadêmico consiste na análise da assertiva de que a obrigatoriedade de sujeição de demandas às Câmaras de Conciliação ou a outras formas de resolução de controvérsias vai de encontro aos preceitos constitucionais, ou ao revés, possibilitaria a sua plena execução e observância; ou se o acesso irrestrito e desarrazoado ao Judiciário, ao invés de possibilitar o acesso à Justiça, acaba por distanciar o julgador dos problemas específicos colocados sob sua tutela e o transmuda em mero administrador de controvérsias, e, nessa circunstância, se o modelo “Ford” de produção em massa apareceria como uma opção viável para lidar com o excesso de litígios e se isso atenderia ao viés de pacificação social. E, ainda, se a ausência de propostas materiais de soluções de conflitos guarda relação com a preservação do monopólio judicial e manutenção do Poder.

Destarte, Lühmann e Foucault foram utilizados neste trabalho para subsidiar o corte epistemológico acerca do Poder, pois sua abordagem sistêmica e institucional facilita a correlação com o Judiciário nos moldes do tratado por esta Dissertação, sem prejuízo de referências outras a diversos autores que muito contribuíram para o desenvolvimento do tema e das ideias aqui expostas.

⁷ Casos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, como é de conhecimento dos servidores desses Sodalícios

CAPÍTULO I – MARCO TEÓRICO E PROBLEMÁTICA

1.1 Uma perspectiva analítica do Poder

Os estilos de resolução de conflitos adotados em sociedade guardam correspondência com ideologias políticas – resultando frequentemente de imposição ou difusão – e, desse modo, desempenham funções políticas e econômicas⁸.

Nesse passo, imperativo identificar certos aspectos culturais e políticos na análise do caminho ideológico trilhado pela sociedade brasileira com relação às soluções de conflitos e, sobretudo, em face da relação dialética entre o Poder e o não-Poder, ou o Poder reduzido, com base na analogia entre ego e alter-ego em sintonia com a teoria de Lühmann, mas não apenas adstrita a ela.

De início, importante ressaltar que o poder pode ser entendido sob diversas formas. Parsons via o poder como um meio de intercâmbio simbólico entre o sistema das sociedades e as ações sociais⁹.

Nessa mesma corrente, tem-se a posição de Giddens, o qual também vê o poder como “um meio de conseguir que as coisas sejam feitas”¹⁰.

Tal perspectiva se repete nas lições de Habermas, o qual enxerga o Poder como meio de integração sistêmica sob tensão em relação à integração

⁸ NADER, Laura. *Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Outubro de 1994, n° 26, 18-29. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm. Acesso em 25/07/2012.

⁹ PARSONS, Talcott. *Sociological theory and modern society*. New York: The Free Press; London: Collier-Macmillan, 1968, p. 306: “Power is here conceived as a circulating medium, analogous to money, within what is called the political system, but notably over its boundaries into all three of the other neighboring functional subsystems of a society (as I conceive them), the economic, integrative, and pattern-maintenance systems.”

¹⁰ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 161.

social¹¹, mas reconstrói a sociedade de modo a substituir as pretensões de poder por pretensões de validade racionalmente justificáveis¹².

Sobre essa visão, explica Simioni¹³ que “para Habermas, a ação comunicativa não desempenha uma pretensão de poder, mas uma pretensão de validade. E isso significa que a ação comunicativa pode dispensar a sanção como elemento motivador da sua aceitação”.

Além dos alhures mencionados autores, importante salientar que Weber¹⁴, Freud¹⁵, Arendt¹⁶ e Bourdieu¹⁷, de igual modo, desenvolveram perspectivas

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Hacia una reconstrucción del materialismo histórico*. In: Sobre Nietzsche y otros ensayos. México: Red Editorial Iberoamericana, 1996, p. 106.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988, 387; e _____. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988, p. 168.

¹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A comunicação do poder em Niklas Luhmann*. In. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, p. 153-178. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097153178.pdf>. Acesso em 25/07/2012.

¹⁴ Segundo Weber, “Poder significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade”. In. WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México 1984, p. 43.

¹⁵ Freud se utiliza de pesquisas antropológicas sobre sociedades primitivas, para melhor compreender certos mecanismos e patologias da vida mental do homem moderno. Em totem e tabu, é possível encontrar traços do conceito de poder no pensamento social freudiano, identificado inicialmente, como sendo este, o poder do pai da horda primitiva sobre todos os homens e mulheres do clã. Este poder que será socializado entre os filhos após o banquete canibalesco, retorna em forma de Totem. O pai morto torna-se mais poderoso do que em vida. Das sociedades totêmicas a humanidade evolui para sociedades com religiões mais elaboradas, porém essencialmente fundadas na figura mítica de um pai poderoso. Deus, o pai absoluto. Poder e Religião se fundem no seu necessário jogo de dominação social, sendo o Estado moderno, apesar de representar um importante salto de qualidade sobre a religião, o legítimo herdeiro de parte desta forma de poder, que vem acompanhando o homem em todo o seu processo civilizatório. Pode-se inferir que o poder político, na visão freudiana, teria traços de uma herança, constituída das experiências arcaicas das sociedades primitivas, onde a figura paterna atuava como polo central do poder. Os líderes, políticos ou religiosos, incorporam com maior ou menor intensidade, traços significantes deste pai simbólico, fantasmático, que marca sua presença perene no imaginário da humanidade. Assim, em Freud, a formação social e o próprio Poder encontram seu núcleo gerador nas relações intrafamiliares, origem mais remota da organização social do homem. In. FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância Entre a Vida mental dos Selvagens e dos Neuróticos* (1913[1912-13]) [Totem und Tabu (Viena, 1913, G.S.,10,3; G.W., 9.) Trad. Inglês: Totem and Taboo (Londres, 1950; Nova Iorque, 1952; Standard Ed.13.)] Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XIII. Rio de Janeiro. IMAGO, p. 197.

¹⁶ Para Arendt, “o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome”. In ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo, Forense/Edusp. 1981, p. 36.

¹⁷ Bourdieu defende a existência do poder simbólico, mediante o qual, as classes dominantes (ou campos dominantes) são beneficiárias de um capital simbólico, disseminado e reproduzido por meio de instituições e

teóricas importantes a respeito do conceito de poder. Assim, pretender uma unificação conceitual do poder já materializa uma pretensão de poder – exatamente aquilo que Pierre Bourdieu chama de “poder simbólico”¹⁸.

1.2 A questão do Poder em Lühmann

O poder, na perspectiva teórica de Niklas Lühmann, surge do problema da correspondência a respeito da ação de ego em relação à ação de alter. O poder surge quando a ação de alguém tem que se manter previsível para outrem¹⁹.

Em outras palavras, entende-se que Poder seria a capacidade de reduzir opções de outrem²⁰ pela comunicação ou omissão eloquente. Assim, o destinatário de eventual comando – expresso ou tácito – somente tem as alternativas de obedecer ou não, em um código binário, tal como previsto por Lühmann.

Dessa forma, o poder reduz complexidade: diante dele, o mundo pode ser reconstruído na forma da diferença entre cumprimento e descumprimento de ordens. Todas as incertezas e toda a complexidade que o mundo disponibiliza

práticas sociais, que lhes possibilita exercer o poder. Para o autor, esses símbolos são instrumentos por excelência da integração social e tornam possível se obter o consenso acerca do sentido do mundo social o qual contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social dominante. O poder simbólico consiste, então, “[n]esse poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. In. BOURDIEU, P. O poder simbólico. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 7-8.

¹⁸ _____. Op. Cit, p. 9

¹⁹ LUHMANN, Niklas. Poder. Pensamento Político. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins, Ed. Universidade de Brasília, Brasília-DF, p. 9 a 11.

²⁰ Como o exemplo citado na obra, já referida, de SIMIONI: O anfitrião que serve o jantar pode até tolerar que algum convidado não goste do seu jantar ou que recuse uma bebida oferecida, mas os convidados só jantarão o que por ele foi servido. Nesse sentido, o poder se manifesta na forma de um monopólio das possibilidades: o possuidor do poder confere a liberdade para o submetido ao seu poder escolher entre as alternativas que o poder mesmo já delimitou.

para as ações sociais podem ser, através do poder, reduzidas à simples diferença entre cumprir ou descumprir uma pretensão de poder.

Dentre essas duas exclusivas opções, o risco de negação de uma delas não afeta a expectativa gerada pelo poder; afinal, a negação da selecionada pelo poder implica exatamente a aceitação de outra.

Nessa linha de raciocínio, “poder”, portanto, não pode ser simplesmente entendido como algo que se dispõe como propriedade ou como faculdade. Poder significa comunicação guiada por um código específico – binário –, que reforça a motivação para se aceitar a própria pretensão de poder. Ou seja, Poder é uma forma de comunicação para a qual o cidadão encontra-se submetido por falta de possibilidades, ou redução de alternativas²¹.

Reduzir essa submissão, em consequência, pressupõe a criação de outras opções – as “fórmulas alternativas de resolução de conflitos” – diante do monopólio judicial, ou abraçar caminhos administrativos de “desjudicialização”, por exemplo.

1.3 A questão do Poder em Foucault

Para Foucault, o Poder é algo que se exerce em rede. É algo concreto, que todo o indivíduo detém e que viria a ceder, total ou parcialmente, para constituir um poder, uma soberania política²². Não existe uma entidade que centraliza o poder. O Poder se exerce tanto no nível macro quanto no micro²³, é algo

²¹ LUHMANN, Niklas. Poder. Pensamento Político. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins, Ed. Universidade de Brasília, Brasília-DF, p. 9 a 11.

²² FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

²³ In. FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

que não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas que se reprime²⁴.

Outrossim, sem abandonar outras possíveis vias críticas a respeito do Poder, sob as óticas alhures mencionadas, inclina-se, também, pela perspectiva de Foucault como marco teórico analisando o poder como mecanismo de repressão²⁵ resumida em sua célebre frase: “a política é a guerra continuada por outros meios”²⁶.

Para Foucault, mais importante que a definição conceitual de Poder é entendê-lo como prática social, historicamente constituída, e suas múltiplas formas de exercício.

Nesse norte, entendemos que Poder seria a capacidade de reduzir escolhas de outrem²⁷. Assim, o destinatário de eventual comando – expresso ou tácito – somente tem duas opções: obedecer ou não, em um código binário, tal como previsto por Luhmann.

E, combinando com Foucault, a ordem judiciária seria a expressão do poder público – tirado dos particulares –, árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver “justamente” os litígios e de assegurar “autoritariamente” a ordem pública²⁸.

Dessa forma, a legitimidade dos julgadores estaria vinculada à sua

²⁴ FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 21.

²⁵ Op. Cit. p. 22. Como desenvolve em seu livro “A repressão nada mais seria que o emprego, no interior da pseudopaz solapada por uma guerra contínua, de uma relação de força perpétua”.

²⁶ Op. Cit. p. 22.

²⁷ Como o exemplo citado na obra, já referida, de SIMIONI: O anfitrião que serve o jantar pode até tolerar que algum convidado não goste do seu jantar ou que recuse uma bebida oferecida, mas os convidados só jantarão o que por ele foi servido. Nesse sentido, o poder se manifesta na forma de um monopólio das possibilidades: o possuidor do poder confere a liberdade para o submetido ao seu poder escolher entre as alternativas que o poder mesmo já delimitou.

²⁸ Op. Cit. p. 25.

neutralidade e a uma ideia de justiça com valor absoluto ou científico²⁹, o que veremos adiante não se afigura antropológicamente³⁰ ou empiricamente possível³¹.

1.4 O monopólio judicial

O monopólio judicial³², em nossa visão, fortalece o Estado e enfraquece as possibilidades de resoluções pessoais de conflitos, fazendo com que questões comezinhas sejam levadas à estrutura político/jurídica da sociedade com o fito de se obter uma resposta externa apta a gerar efeitos na esfera pessoal dos indivíduos, ou seja, o terceiro retira o poder das partes e o dá a si próprio.

Cediço que a conduta dos particulares em levar para um ente externo e, a princípio, descompromissado em favorecer esse ou aquele³³, suas divergências pessoais possui um traço de correspondência na doutrina de Freud entre o Estado, mais especificamente o Juiz, e a figura paterna.

A figura paterna, em regra, seria aquela que, descompromissada em favorecer esse ou aquele, definiria a divergência entre os filhos, resolvendo a questão, “dando a cada um o que é seu”³⁴, mesmo contrariando o interesse de um

²⁹ Op. Cit. p. 26.

³⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Pressupostos hermenêuticos gerais*. (texto atualizado em 29/07/2012). Texto distribuído pelo autor para os alunos da disciplina “*Hermenêutica Constitucional*” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, no segundo semestre de 2012. p. 20.

³¹ Op. Cit.

³² No sentido dado por Agamben: “a soberania estatal não deve ser definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão”. In. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer o poder soberano e a vida nua* (trad. Henrique Burigo). Editora UFMG. p. 24.

³³ Embora existam inúmeros estudos sobre a falsa neutralidade dos juízes e o seu papel relevante na questão do ativismo, ou protagonismo, judicial, sob o viés ideológico que será abordado adiante.

³⁴ Como o Poder Judiciário, o qual, no momento em que “dá a cada um o que lhe é de direito” acaba por ensejar ainda mais a separação entre os seres viventes. Em outras palavras, em tese, e até com um certo aspecto “Rousseauiano” não deveria ser um terceiro o responsável pela resolução da vida de outrem, mas sim as próprias partes. Nesse cenário tem-se que as pessoas retiraram de si o poder de solucionar seus litígios dando a um terceiro essa condição, o que, pontualmente poderia ser o necessário. Todavia, o terceiro, em nossa visão, para se fazer cada vez mais necessário busca a manutenção de sua importância reforçando e até contribuindo para a existência de celeumas em um viés de Poder, reduzindo a regra – solução entre as partes – para torná-la exceção, como aprofundaremos no decorrer do presente trabalho. Ademais, sobre o tema, traz Foucault, em sua

ou de ambos. Essa, hoje, tem sido a figura do Judiciário.

Dessa forma, como alhures assinalado, a legitimidade dos julgadores estaria vinculada à sua neutralidade e a uma ideia de justiça com valor científico, o que não se afigura antropológica ou empiricamente possível.

Antropologicamente, porquanto “nenhum juiz se encaminha virgem nem impermeabilizado para a decisão de um caso³⁵” e o julgador que acredita extrair a decisão “só da lei” e não também da sua pessoa, com suas características peculiares, incorre num erro certamente funesto, pois acabará sendo, inconscientemente, dependente de si mesmo³⁶.

Nesse sentido, aliás, é que se afirma que o juiz asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma *impossibilidade antropológica*, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz³⁷.

Importa salientar, ademais, que essa “terceirização” na resolução dos conflitos passa pela insegurança própria da sociedade atual em que tudo que é “não-eu” se torna agressivo, ou seja, na dificuldade da relação dicotômica do “eu” com o “outro”³⁸.

“Microfísica do poder”, que na Idade Média se substituiu um tribunal arbitral (a que se recorria por consentimento mútuo, para por fim a um litígio ou a uma guerra privada e que não era de modo nenhum um organismo permanente de poder) por um conjunto de instituições estáveis, específicas, intervindo de maneira autoritária e dependente do poder político (ou controlado por ele). Op. Cit. p. 24.

³⁵ Arthur Kaufmann. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 12; Hannah Arendt. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p.19; Miguel Reale. *Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123.

³⁶ Arthur Kaufmann. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universida Externado de Colombia, 1999, p. 101 e 181; e *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 16, Nota 48.

³⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 109.

³⁸ RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. *A Estranheza do Estrangeiro*. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As

Todavia, como a pluralidade humana constitui um fato insuperável, as relações de dominação tornam-se mais sorrateiras, mais dissimuladas, mais pregnantes³⁹.

Assim, antes mesmo de entrar na questão judicial do conflito afigura-se necessária a análise acerca do distanciamento entre os seres vivos, causa da outorga de poderes pelos legítimos detentores – pessoas – a terceiros como o Estado, ou mais especificamente, o Judiciário.

1.4.1 *Razões do monopólio judicial – o distanciamento das relações pessoais*

No contexto do distanciamento das relações pessoais, sob a ótica de Derrida, é de se destacar que as religiões⁴⁰ exercem papel duplo: ao mesmo tempo em que reúnem sob sua filosofia pessoas diferentes, igualando-as naquele contexto, distanciam aqueles dos que não professam a mesma ideia.

Outro ponto a ser destacado é a agressividade das minorias dentro das minorias e como essas tendem a ser menos tolerantes com os demais. Paul Ricoeur⁴¹ entende que isso se dá, pois, em razão de que quando as pessoas se aproximam da igualdade há uma supervalorização das diferenças sutis e que, diante desse fato, existem faixas de população a reclamar proteção contra si mesmas muito mais que contra outras.

Questão interessante é que a exclusão do outro não visa à própria

Grandes Indagações da Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999, p. 16.

³⁹ Op. Cit. p. 19.

⁴⁰ A questão da religião é bem desenvolvida por Derrida que leciona: “Hay religión, em el sentido proprio de la palabra, a partir del instante em que el secreto de lo sagrado, el misterio orgiástico o demoníaco Sean, si no destruídos, por lo menos dominados, integrados y sometidos al fin a La esfera de La responsabilidad”. In. DERRIDA, Jacques. Dar La murte. Editorial Paidós. 2006. p. 14. E a religião, no caso, justifica o “outro” mais desconhecido, Deus, tentando aproximá-lo de nossa realidade.

⁴¹ Op. Cit. p. 16.

inclusão. Estar na posição majoritária – mesmo que essa seja excludente – é uma forma de estar dentro de um grupo, de ser ouvido. Dessa forma, possível fazer com que todos sejam incluídos ou isso seria uma utopia? E qual o aspecto dessa inclusão? Será que ela já não existe, mas de forma dissimulada, na qual todos fazem parte do sistema, sem exclusão, mas desempenham papéis previamente pensados e desejados? A questão é obscura.

Afinal, o debate não se resume a “aceitar” ou “tolerar” as diferenças, mas efetivamente vivê-las.

1.4.2 *Tolerância e aceitação das diferenças. Ideias de distanciamento.*

Para que as partes em conflito tenham consciência da visão do outro e possam efetivamente solucionar suas divergências, indispensável entender que não há apenas uma solução, mas várias. É preciso experimentar as ideias e alternativas criadas e trazidas pelo outro e não apenas “respeitá-las”⁴².

Logo, não se cuida de individualização, mas de responsabilidade⁴³, de desconstrução⁴⁴, de desinstalação dos conceitos prévios para que o diálogo seja possível. Sem isso, não se afigura viável um discurso teórico unitário, formal e científico de justiça.

⁴² “Uma experiência é uma travessia, como a palavra o indica, passa através e viaja a uma destinação para a qual ela encontra passagem”. In DERRIDA, Jacques. Força de lei. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 29.

⁴³ “El deber o la responsabilidad me vinculan con el otro, con el otro en cuanto que otro, y me vinculan en mi singularidad absoluta com el outro en cuanto que otro y en tanto que único (...) Soy responsable ante el otro en cuanto que otro, le respondo y respondo ante él” In. DERRIDA, Jacques. Dar La murte. Editorial Paidós. 2006. p. 80. Ou nos termos de Ricoeur “A fatalidade não é ninguém, a responsabilidade é alguém” In. RICOEUR, Paul. O Conceito de Responsabilidade In: O Justo ou a Essência da Justiça. Lisboa, Instituto Piaget, 1995. p. 52. Interessante destacar o paradoxo trazido por Ricoeur, ao criticar a teoria do risco, aqui chamada de responsabilidade objetiva, quando diz que “numa sociedade que só fala de solidariedade, com o cuidado de reforçar eletivamente uma filosofia do risco, a procura vindicativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados de danos”.

⁴⁴ “O sofrimento da desconstrução, aquilo de que ela sofre e de que sofrem os que dela faz sofrer, é talvez a ausência de regra, de norma e de critério seguro para distinguir, de modo inequívoco, direito e justiça”. In DERRIDA, Jacques. Força de lei. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 5.

Sobre o tema, Derrida expõe:

Não se pode falar diretamente de justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer “isto é justo” e ainda menos, “eu sou justo”, sem trair imediatamente a justiça, senão o direito⁴⁵.

Referida pretensão esconderia uma ambição de poder, qual seja a de definição da verdade⁴⁶ de caráter ideológico. Nesse sentido que Montaigne descreve, lembrado por Derrida, que “as leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade”⁴⁷.

Nesse descortino, porquanto a origem da autoridade⁴⁸, a instauração da lei, não pode apoiar-se nela mesma, caracterizaria violência sem fundamento⁴⁹. Em outras palavras, o paradoxo da soberania se enuncia no sentido de que o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico⁵⁰.

1.5 A planificação da razão como instrumento de automatização

Nessa quadra, destaca-se o conceito gnosiológico de ideologia quando sua análise esteja vinculada à questão da falsidade, ou seja, quando enunciados ideológicos se expressam como um conhecimento, mas são na realidade uma forma de erro.

⁴⁵ Op. Cit. p. 17.

⁴⁶ Foucault, sobre o tema escreve sobre a pretensão de poder no discurso científico: “Quando eu vejo vocês se esforçarem para estabelecer que o marxismo é uma ciência, não os vejo, para dizer a verdade, demonstrando de uma vez por todas que o marxismo tem uma estrutura racional e que suas proposições dependem, por conseguinte, de procedimentos de verificação. Eu os vejo, sobretudo e acima de tudo, fazendo outra coisa. Eu os vejo vinculando ao discurso marxista, e eu os vejo atribuindo aos que fazem esse discurso, efeitos de poder que o Ocidente, desde a Idade Média, atribuiu à ciência e reservou aos que fazem discurso científico”. In FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15.

⁴⁷ DERRIDA, Jacques. Força de lei. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 21.

⁴⁸ Nesse sentido que Camus destaca que “o escravo, no instante em que rejeita a ordem humilhante de seu superior, rejeita ao mesmo tempo a própria condição de escravo” In. CAMUS, Albert. O Homem Revoltado (Trad. Valerie Rumjanek) . Editora Record. 9ª Ed. p. 26.

⁴⁹ Op. Cit. p. 26.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer o poder soberano e a vida nua* (trad. Henrique Burigo). Editora UFMG. p. 23.

Essa concepção estaria ligada à teoria do conhecimento e à razão instrumental de Horkheimer. Nesse sentido a plausibilidade dos ideais, os critérios que norteiam as ações e crenças, os princípios orientadores da ética e da política, todas as decisões dependem de fatores outros que não a razão⁵¹, ou seja, o pensamento serve a qualquer empenho, bom ou mau⁵².

Com base em Villoro⁵³, fácil entender que o referido discurso apresentaria interesses particulares, de classe, como gerais; enunciados de valor (preferência pessoal) que se apresentam como enunciados de fatos; e/ou enunciados que expressam desejos e emoções pessoais e se apresentam com descritivos de qualidades objetivas.

Assim, a ideologia consistiria em uma forma de ocultamento de interesses e preferências de um grupo social que se passa por valores universais aceitos por todos⁵⁴.

Nessa ordem de inteligência, sob a ótica de Horkheimer cabe frisar que a planificação do pensamento jurídico por intermédio de fórmulas vinculantes dos órgãos de jurisdição “superior” teria o escopo de automatização das ideias que, sob uma justificativa institucional, acabaria por mecanizar um sistema humano.

Em outras palavras, quanto mais as ideias se tornam automáticas, instrumentalizadas, menos alguém vê nelas pensamentos com um significado

⁵¹ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da Razão* (Trad. Sebastião Uchoa Leite). Ed. Labor do Brasil S/A, Rio de Janeiro, p. 16/ 17.

⁵² Horkheimer inclusive destaca que “os filósofos do Iluminismo atacaram a religião em nome da razão; e afinal o que eles mataram não foi a Igreja, mas a metafísica e o próprio conceito de razão objetiva, a fonte de poder de todos os seus esforços”. In. Op. Cit. p. 25/26.

⁵³ VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 16 e ss.

⁵⁴ VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 17.

próprio⁵⁵.

Desse modo, assim que um pensamento se converte em instrumento, pode-se esquecer do “pensar”, isto é, de examinar detidamente os atos lógicos envolvidos na formulação desse comando, ou seja, corresponde a uma “economia intelectual” altamente deletéria⁵⁶, lembrando a oportuna advertência de Chaplin⁵⁷.

Tal mecanização conduz a uma espécie de cegueira, pois se torna uma entidade mágica, a qual passa a ser aceita ao invés de ser intelectualmente apreendida. Não há razoabilidade no engessamento cognitivo. Essa seria a razão instrumentalizada combatida por Horkheimer.

Por outro lado, a razão instrumental apresenta-se ideologicamente pensada com o falso viés científico, mas que, ao nosso sentir, busca legitimar o Poder e o Estado e, ao final, a própria atividade judicante.

Quanto à questão ideológica, importante frisar que há dois tipos de armadilhas iniciais que comprometem a definição do fenômeno. A primeira corresponde a aceitarmos como evidente uma análise em termos de classes sociais.

Isso parece natural, tão forte é a marca do *marxismo* sobre o problema da ideologia, muito embora a história ensine que foi Napoleão quem, pela primeira vez, fez dessa expressão uma arma de combate.

Para Paul Ricoeur: “aceitar a análise, no ponto de partida, em termos de classes sociais, é fechar-se ao mesmo tempo numa polêmica estéril pró

⁵⁵ HORKHEIMER, Max. Eclipse da Razão (Trad. Sebastião Uchoa Leite). Ed. Labor do Brasil S/A. Rio de Janeiro, 1976. p. 29.

⁵⁶ Op. Cit. p. 31.

⁵⁷ Não sois máquinas; homens o que sois.

ou contra o marxismo”⁵⁸, revelando-se necessário um pensamento com a audácia de cruzar *Marx* sem o seguir ou com ele entrar em conflito.

A segunda consiste em definir a ideologia por seu viés de justificativa de uma classe dominante, afigurando-se necessário escapar do fascínio exercido pelo aspecto da dominação, ampliando o foco do problema para o problema da integração social, da qual ela, a dominação, constitui mero detalhe e não condição única e autônoma. Desta forma justifica o mestre:

se tomamos como adquirido o fato de a ideologia ser uma função da dominação, é porque admitimos também, sem crítica, o de a ideologia ser um fenômeno essencialmente negativo, **primo do erro e da mentira, irmão da ilusão** (grifamos)⁵⁹.

Nesse ponto, tem-se que geralmente a suspeita está no outro⁶⁰.

A ideologia, no aspecto negativo, seria inerente ao adversário, ao *ex adverso*, ou seja, daquele com quem não se concorda. Destarte, dentro dessa premissa estaria outra: a de que alguém poderia discutir a ideologia de um lugar não ideológico, geralmente denominado ciência.

Entretanto, e como se demonstrará adiante, tal possibilidade inexistente, haja vista que todo ser está amalgamado na teia histórica⁶¹ de tradições que o precedem⁶² e que guardam sua gênese em data muito anterior à de sua própria existência como indivíduo, o que reforça a ideia de que o discurso científico

⁵⁸ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 64.

⁵⁹ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 65.

⁶⁰ O que dificulta a relação do “eu” com o “outro”.

⁶¹ “A história me precede e antecipa-se à minha reflexão. Pertencço à história antes de me pertencer”. In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 108.

⁶² O indivíduo é já um sujeito de direito completo antes de entrar na relação contratual; cedendo direitos reais, que então se chamam naturais, em troca quer de segurança, como em Hobbes, quer de civilidade ou de cidadania, como em Rousseau e Kant. In RICOEUR, Paul. *Quem é o sujeito do direito?* In: *O Justo ou a Essência da Justiça*. Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p 32.

do terceiro não abandona o viés ideológico.

Para Ricoeur, o fenômeno da ideologia encontra-se ligado à necessidade para um grupo social de conferir-se uma imagem de si mesmo; de representar-se, no sentido teatral do termo.

Nesse descortino, a ideologia seria revelada com base na distância que separa a memória social de um acontecimento – fundador do grupo social – propagando as convicções iniciais para além do intuito da “autoridade fundadora”, a ponto de convertê-las num credo de todo o grupo, ou seja, para perpetuar a energia inicial para além do período pós-revolução, além da efervescência⁶³.

Em outros termos, a ideologia seria sempre mais que um reflexo, na medida em que também é justificação e projeto. Tais atributos compõem possíveis em razão de sua característica esquemática e simplificadora ou mecanizadora na análise Horkheimeriana. Sobre esse ponto, entendemos preciso o pensamento de Ricoeur:

sua capacidade de transformação só é preservada com a condição de que as ideias que veicula tornem-se opiniões, **de que o pensamento perca rigor para aumentar sua eficácia** (grifamos)⁶⁴.

Colocada a questão nesses termos, a ideologia traduz um fenômeno insuperável⁶⁵, portanto, da existência social-histórica, haja vista que a realidade sempre possui uma constituição simbólica e comporta interpretação em imagens e representações do próprio vínculo social, ou seja, “não dispomos atualmente de uma

⁶³ RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 68.

⁶⁴ RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 69.

⁶⁵ Se tudo que dizemos é ideia preconcebida, se tudo o que dizemos representa interesses que não conhecemos, como podemos nós ter uma teoria da ideologia que não seja em si ideológica? In RICOEUR, Paul. Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 76.

noção não-ideológica da gênese da ideologia”⁶⁶ e não é possível uma visão de completude⁶⁷, de abrangência total⁶⁸, que seja verificável cientificamente⁶⁹.

Cabe aqui uma observação para diferenciar *utopia*⁷⁰ e *ideologia*⁷¹. A utopia seria formulada pela classe ascendente, visando o futuro, enfrentando a realidade e a fazendo explodir (implodir); a ideologia seria concebida pela classe dirigente, olhando para o passado, justificando-o e dissimulando-o, embora ambas se situem em fundo comum de não congruência com a realidade⁷².

Dessa forma, a mutação⁷³ de um sistema de pensamento em sistema de crenças sintetiza o fenômeno ideológico⁷⁴, ameaçado quando surge a intolerância ao outro⁷⁵, quando a novidade trazida por um terceiro ameaça

⁶⁶ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 84.

⁶⁷ Percebe-se, nesse ponto, uma crítica também a qualquer teoria de sistemas que tenha o escopo de esgotamento, completude, como a desenvolvida por Lühmann, por exemplo.

⁶⁸ Não existe um *ponto arquimediano*, fora do tempo e do espaço – uma espécie de “olhar de Deus”, estranho à história –, de onde possamos apreender os fatos com *isenção e objetividade*; por isso, no âmbito das coisas e/ou das ciências do espírito, todo *objetivismo* é ilusório e ingenuamente neutro, porque não existem caminhos que contornem o mundo nem a história, senão caminhos através do mundo e através da história. A própria atividade hermenêutica, também ela, é um evento histórico, sujeito, portanto, a todas as vicissitudes espaço-temporais da condição humana. In Richard Rorty. *Objetivismo, relativismo e verdade*. Rio de Janeiro: Dumará, 2002, p. 41; Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 454, e *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.57; Hans-Georg Gadamer. *Le Problème de la Conscience Historique*. Paris, Éditions du Seuil, 1996, p.74. Karl Jaspers. *Origen y Meta de la Historia*. Madrid: Revista de Occidente, 3ª ed., 1965, p.348 e 352. Karl-Otto Apel. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Ediciones Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 47; *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61/62. In. COELHO, Inocêncio Márties. *Plano de Ensino da Disciplina Hermenêutica Constitucional do 2º semestre de 2012*. UniCEUB, Brasília, p. 23.

⁶⁹ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 78.

⁷⁰ “Aquilo que não está em lugar algum”. In RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez*, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 87.

⁷¹ RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez*, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 66.

⁷² RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 88.

⁷³ Para *Marx* o fenômeno ideológico por excelência é a Religião, pois para ele aquela é a representação invertida da realidade. Dito de outra forma, para ele os homens criaram os deuses e não o contrário, assim, a ideia de Religião seria a manifestação da inversão dos valores humanos invertendo sujeito e objeto. A ideologia seria esse menosprezo que nos faz tomar a imagem como consequência e o reflexo como causa.

⁷⁴ ELLUL. J. *Le rôle médiatur de l'idéologie, Demythisation et Idéologie, Paris, Aubier, 1973, p. 335/354*. In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 68.

⁷⁵ Assim que o “eu” é definido pelo “não-eu”; tudo o que é “não-eu” torna-se agressivo. In RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. *A Estranheza do Estrangeiro*. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As Grandes Indagações da

gravemente a possibilidade, para o grupo, de reconhecer-se, de reencontrar-se⁷⁶.

Outrossim, quando a ideologia se presta a legitimar uma conduta de grupo, justificando e projetando comportamentos, ideias e opiniões, ou em *ultima ratio*, quando se presta a legitimar grupos cada vez mais reduzidos até o ponto de chegar a legitimar indivíduos, ou seja, a ideia de um só, a origem da história dissimulada, a autoridade, encontra o ponto de coesão⁷⁷ entre a teoria das tradições de Gadamer e a teoria de instrumento de dominação⁷⁸ de Habermas⁷⁹.

Nesse ponto, entendemos como parece apontar Ricoeur, que o momento de encontro entre as teorias seria a autoridade. Isso por que a autoridade seria aquela que deu gênese à ideologia, aquela que propagou a dissimulação inicial da realidade, aquela, que, como vimos, situa-se dentro e fora do sistema, porquanto criadora e criatura ao mesmo tempo. Em suma: seja qual for a ideologia, ela não revela um fenômeno natural, mas humano, e é nesse ponto que o Judiciário se encontra nesta quadra histórica.

Assim, a autoridade não se prende ao conceito mais contido da ampla polissemia da expressão, mas naquele de quem deu início à ideia propagada como origem e justificação de sua própria ideia, fazendo-a ser propalada por um grupo que ganha espaços sociais exponenciais, seja, ou não, a ideia inicial admitida.

Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999, p. 16.

⁷⁶ Referida questão, como vimos, é mais profundamente abordada por Ricoeur em “A estranheza do estrangeiro” e por Derrida, Agamben e Kristeva na linha desconstrutivista, a qual ousou preferir chamar de “desinstalaçãoanista”.

⁷⁷ Habermas busca a libertação da palavra, uma libertação essencialmente política guiada pela ideia de comunicação sem limite e sem entrave, ao passo que Gadamer se filia a uma atitude de aparente humildade frente ao reconhecimento das condições históricas as quais pertence.

⁷⁸ Função que deveria ser combatida com base na nona das Teses sobre Feuerbach: “os filósofos interpretaram o mundo, trata-se, agora de transformá-lo” In RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 129.

⁷⁹ Ideologia é vista como distorção para: Marx, Horkheimer, Habermas, Mannheim; como integração para: Geertz, Erikson, Runciman; e como legitimação para Weber. In RICOEUR, Paul. Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 85.

Todavia, a crítica da ideia vai-se tornando rarefeita no decorrer de sua propagação, tornando-se opinião, tornando-se parte inerente ao grupo social que sobre ela não mais reflete, passando, nesse momento a ser uma ideologia, histórica, como Gadamer a entendeu, consubstanciada em decisões estereotipadas e como instrumento de dominação, na linha Habermasiana, ou seja, se tornando instrumentalizadora à Horkheimer. Sob esse aspecto, importante delimitar aquilo que Ricoeur entende ser a correlação entre hermenêutica e ideologia⁸⁰; o ponto de síntese entre as teses de Gadamer e Habermas.

O que Ricoeur propõe como alternativa é a possibilidade de considerar a relação dialética entre a consciência histórica e a crítica, nos moldes de Habermas, como matriz fundante da hermenêutica. Recorde-se:

O que me pergunto é se não conviria deslocar o lugar inicial da questão hermenêutica, de tal forma que certa dialética entre a experiência de pertença e o distanciamento alienante torne-se a própria mola, a chave da vida interna da hermenêutica⁸¹.

Nesse passo, no ato de leitura de um texto ou apreciação de uma obra artística, por exemplo, o distanciamento é que permite a sua interpretação.

Destarte, depois de materializado o texto, a pintura, a arte, esses ganham autonomia, "vida própria" em relação ao autor e, mesmo para este, ao apreciar sua produção criativa, torna-se perceptível um novo sentido a lhe ser atribuído.

É essa a riqueza da hermenêutica, e aqui se dá a identificação da

⁸⁰ “A hermenêutica pretende cobrir o mesmo domínio que a investigação científica, mas fundando-a numa experiência do mundo que precede e engloba tanto o saber quanto o poder da ciência. In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 117.

⁸¹ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 134.

presença da crítica naquela:

Podemos ver nessa liberação a mais fundamental condição para o reconhecimento de uma instância crítica no interior da interpretação. Porque, aqui, o distanciamento pertence à própria mediação. O distanciamento revelado pela escrita já está presente no próprio discurso que mantém, em germe, o distanciamento do dito ao dizer".

Ricoeur difere a hermenêutica das tradições da crítica das ideologias afirmando que ela, a hermenêutica, se baseia no consenso presente na história da linguagem humana, no "diálogo que somos nós"; e, a crítica das ideologias, projeta um vir-a-ser: o ideal da ação comunicativa, através da emancipação da linguagem.

Porém, quando Habermas fala da emancipação ele a relaciona com a autorreflexão. E essa só pode ter lugar na tradição de Gadamer, modo pelo qual as teorias se complementam.

Em consequência, parece equivocado estabelecer uma pretensa antinomia entre uma ontologia do entendimento prévio e uma escatologia da libertação, não sendo necessário escolher entre reminiscência e esperança, entre Gadamer e Habermas, porquanto as teses se complementam. Caso contrário, separadas radicalmente a hermenêutica e a crítica ficarão reduzidas a meras ideologias⁸².

Destarte, a planificação do conhecimento, v.g., por súmulas ou precedentes jurisprudenciais tem o condão de evitar o debate sobre a origem da controvérsia, passando a ser não mais um argumento jurídico, mas argumento de autoridade, o qual, por sua própria natureza entende-se por suficiente em si mesmo.

Ou seja, o Poder induz o distanciamento, gerando o monopólio

⁸² RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 145/146.

judicial. O Poder monopolizado visa planificar o conhecimento, fazendo com que as decisões tomadas “em cima” não sejam questionadas por outros, estabilizando o sistema e permitindo a sua automação.

Nesse diapasão, impende consignar e aprofundar uma análise acerca da questão ideológica como forma de delimitar e compreender o fenômeno da planificação, sobretudo com o Poder.

CAPÍTULO II – A QUESTÃO IDEOLÓGICA

Conforme destacado no capítulo inicial deste trabalho, a questão ideológica possui um peso destacado na forma como o Estado, a Sociedade e os próprios indivíduos entendem a questão do Judiciário como solucionador de conflitos.

Para analisar a questão ideológica, comparece importante traçar as balizas norteadoras do fenômeno, bem como suas origens. Assim, partimos dos Pressupostos Hermenêuticos Gerais⁸³ apresentados pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho:

- 1) Nenhum juiz se encaminha virgem nem impermeabilizado para a decisão de um caso.
- 2) Por mais que se esforce para ser objetivo, o juiz sempre estará condicionado pelas circunstâncias ambientais em que atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. Em suma, em todo juízo sempre estará presente alguma dose de prejuízo.
- 3) O juiz que acredita extrair a decisão “só da lei” e não também da sua pessoa, com suas características peculiares, incorre num erro certamente funesto, pois acabará sendo, inconscientemente, dependente de si mesmo.
- 4) Nesse sentido, afirma-se que o juiz asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma impossibilidade antropológica, porque não

⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Pressupostos hermenêuticos gerais*. (texto atualizado em 29/07/2012). Texto distribuído pelo autor para os alunos da disciplina *Hermenêutica Constitucional*” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, no segundo semestre de 2012.

existe **neutralidade ideológica**, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz.

2.1 O conceito de ideologia

O termo ideologia tem sido um dos mais utilizados atualmente nas ciências sociais e na filosofia política. Porém, seu significado é variado e impreciso. Foi usado pela primeira vez por Destutt de Tracy em sua obra *Elements d'ideologie*, publicada na França em 1801, para referir-se a uma teoria de formação das ideias. Tracy acreditava que as ideias derivam apenas de percepções sensoriais, utilizando o termo *ideologia* como sinônimo de ciência das ideias⁸⁴.

No entanto, foram Marx e Engels que deram sua conotação atual. Em linhas gerais, pode-se dizer que eles entenderam *ideologia* como a *consciência falsa* determinada pelas relações sociais⁸⁵. É importante lembrar que Marx classificou suas próprias ideias como científicas contrapondo-se ao que considerou ideologia. O contraste entre ideologia e ciência, entre mentira e verdade é vital para entender o uso que Marx fez do termo ideologia⁸⁶.

Talvez os seguidores de Marx tenham mostrado mais interesse pelo conceito de ideologia do que ele próprio. Assim, a chamada teoria marxista, que

⁸⁴ Sob influência do iluminismo, Tracy e seus colegas acreditavam que haviam chegado à verdade científica. No entanto, uma vez no poder, Napoleão, que a princípio era seu incentivador, denunciou Tracy e seus seguidores como “metafísicos nebulosos” e concebeu sua ciência das ideias como perigosa, pois ela seria contrária à religião, tentando abolir as leis do coração humano e as lições da história. Desde então, o termo *ideologia* tornou-se inseparável da implicação pejorativa de que ideias são usadas para obscurecer a verdade e manipular pessoas. Cf. Dicionário do Pensamento Social do Século XX. Editado por William Outhwaite e Tom Bottomore; com a consultoria de Ernest Gellner, Robert Nisbet e Alain Touraine; Editoria da versão brasileira: Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos; tradução de Eduardo Francisco Alves e Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996, p. 371.

⁸⁵ VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 15.

⁸⁶ HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. V.1. São Paulo: Ática, 2010, p. 20. Tradução de Janaína Marcoantonio e Mariane Janikian. Revisão técnica de Isabel de Assis Ribeiro de Oliveira.

inclui Marx e os marxistas, tem utilizado amplamente o conceito de ideologia, embora nem sempre com o mesmo sentido dado por Marx. A partir dela, *ideologia* também pode significar um conjunto de crenças ligadas a uma classe social que as considera como sendo verdadeiras⁸⁷. Sob o prisma da sociologia do conhecimento, sobretudo no pensamento de Karl Mannheim⁸⁸, *ideologia* significa qualquer conjunto de conhecimentos e crenças, verdadeiras ou falsas, condicionadas socialmente⁸⁹.

Baseado nas percepções de ideologia desenvolvidas pela teoria marxista, Luis Villoro faz uma releitura do conceito de ideologia a partir de alguns textos de Marx e de seus seguidores. Seu objetivo é averiguar em que consiste um pensamento ideológico para poder reconhecê-lo e descobrir sua função⁹⁰.

Considerando as diversas formas que os marxistas identificaram o termo, Villoro tenta reformular as concepções de ideologia dividindo-as em duas tipologias conceituais denominadas “conceito gnosiológico” e “conceito sociológico” de ideologia que se expressam de quatro formas, a seguir descritas.

Assim, pode-se falar em “conceito gnosiológico de ideologia” quando sua análise esteja vinculada à questão da **falsidade**, ou seja, quando enunciados ideológicos se expressam como um conhecimento, mas são na realidade uma forma de erro. Essa concepção estaria ligada à teoria do conhecimento. Para Villoro⁹¹, os conceitos de ideologia que expressam essa característica são os que entendem ideológicos conjuntos de enunciados que:

⁸⁷ VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 16.

⁸⁸ Cf. MANNHEIM, Karl, Robert K. Merton & C. Wright Mills. *Sociologia do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967; e MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

⁸⁹ VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 16.

⁹⁰ Idem., p.12.

⁹¹ Idem., p. 16.

Conceito 1: apresentam os produtos de um trabalho como coisas ou qualidades de coisas independentes desse trabalho. Em linguagem comum, ideologia tem esse sentido quando se fala em “deformação ideológica”, ou seja, quando, por exemplo, se tenta explicar uma atuação política pelas ideias que declaram possuir seus atores e não pela função que realmente exercem. Para Villoro, é nesse sentido que Marx e Engels explicam a questão da religião e da filosofia idealista alemã⁹².

Conceito 2: apresentam interesses particulares, de classe, como gerais; enunciados de valor (preferência pessoal) que se apresentam como enunciados de fatos; e/ou enunciados que expressam desejos e emoções pessoais e se apresentam com descritivos de qualidades objetivas. Assim, a ideologia consistiria em uma forma de ocultamento de interesses e preferências de um grupo social que se passa por valores universais e que são aceitos por todos⁹³.

Villoro ainda formula duas outras definições de ideologia baseadas na teoria marxista, que se aproximam do que ele chama de uma visão *sociológica de ideologia*⁹⁴, isto é, os enunciados ideológicos não se identificam necessariamente com a questão da falsidade e sua relação com o conhecimento, mas se relacionam com causas e consequências sociais. Assim, a ideologia seria resultado de todo um conjunto de crenças que manipulam os indivíduos para impulsioná-los à realização de ações que promovam o poder político de um grupo ou de uma classe.

A partir dessas concepções sociológicas, poder-se-ia identificar ideologia em:

⁹² Idem. 17.

⁹³ Idem p. 17.

⁹⁴ Idem., p.19..

Conceito 3: um conjunto de enunciados que expressam crenças condicionadas pelas relações sociais de produção; assim poderia se falar de uma “ideologia do capitalismo”, da “ideologia da classe média”, ou da “ideologia do proletariado”;

Conceito 4: um conjunto de enunciados que expressam crenças que cumprem uma função social de coesão entre os membros do grupo (Althusser), e de dominação de um grupo ou classe sobre outros (Marx e todos os autores marxistas).

Enquanto o conceito gnosiológico de ideologia se refere a enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, o conceito sociológico se refere à verificação das causas e efeitos sociais dos enunciados. Segundo Villoro, Marx não intentava, a partir do conceito de ideologia, desenvolver um tipo de explicação teórica dos fenômenos, e talvez por isso não se tenha preocupado em esclarecer como se relacionavam as duas nuances do mesmo conceito⁹⁵.

Villoro acredita que sozinhas as abordagens gnosiológica ou sociológica de ideologia são insuficientes para identificar enunciados que expressam uma ideologia. Assim, para se determinar se uma crença é ideológica deve-se demonstrar que se trata de uma crença não suficientemente justificada e que essa mesma crença cumpre uma função social determinada.

Na tentativa de formular um conceito teórico de ideologia, Luis Villoro propõe um quinto conceito de ideologia que relaciona as duas concepções do termo. Para ele, nem todas as crenças compartilhadas por um grupo social podem ser consideradas ideológicas. Somente podem ser consideradas ideológicas crenças

⁹⁵ Idem., p.23.

compartilhadas por um grupo social:

- 1) que não estão suficientemente justificadas, ou seja, que cumprem uma função de dominação, distorcendo a realidade (função mistificadora); e
- 2) que cumprem a função social de promover o poder político desse grupo, ou seja, se a aceitação dos enunciados pelos quais se expressam essas crenças favorece o êxito ou a conservação do poder por esse grupo⁹⁶.

Para Luis Villoro, essas condições expressariam uma definição de ideologia que inclui o conceito gnosiológico (que concebe como ideológicos enunciados reputados falsos) e o sociológico (que identifica enunciados ideológicos com função social determinada), encontrados na teoria marxista. Assim, poderíamos falar de um “conceito integral de ideologia”, que abrange tanto a função de dominação, como a função social de promover o poder político de um grupo⁹⁷.

A partir desse conceito de ideologia se abriria um novo campo de investigação: o dos usos sociais da linguagem como procedimento de mistificação⁹⁸. Dito de outra forma: a partir de um conceito de ideologia com tal abrangência, se poderia verificar onde reside a ideologia de um discurso, de forma a desmistificá-lo e identificar em seus enunciados sua função de dominação (mistificadora) e sua função social.

⁹⁶ Idem p. 28-29.

⁹⁷ Idem. p. 30-31.

⁹⁸ Idem. p. 39-40.

2.2 Considerações sobre Ideologia

A fixação de um conceito de ideologia pode ser relevante na medida em que se tenta identificar nas manifestações jurídicas e nos discursos políticos fórmulas ideológicas de construção da linguagem. Vimos que a identificação de uma ideologia deve considerar seu conteúdo sob o prisma da justificação das ideias, que exercem uma função de dominação, e da função social de promover o poder político de um grupo.

Já em Ricoeur, podemos perceber a síntese da questão da hermenêutica das tradições de Gadamer e da crítica das ideologias de Habermas. Para ele, não há história sem crítica ou crítica sem história, sendo papel da reflexão filosófica colocar ao abrigo das oposições dissimuladoras o interesse pela emancipação das heranças culturais recebidas do passado e o desejo pelas projeções futuristas de uma humanidade libertada, ou, em outros termos, aplicar a décima primeira das teses sobre Feuerbach: “os filósofos interpretaram o mundo, trata-se, agora, de transformá-lo”.

Para Sanchís, o protagonismo judicial como produção jurídica pelos juízes deve se nortear pelos caminhos do respaldo moral e ideológico fixados pela Constituição, não se podendo furtar da fundamentação ou realizá-la em dissonância com os princípios regedores da sociedade. Muito embora estes sejam, por sua própria natureza, flutuantes e dinâmicos.

Dessa forma, assim como Reale pontifica o Direito, entendemos que a interpretação judicial deve ser estável sem ser estática e dinâmica sem ser

frenética⁹⁹, respeitando as diversas ideologias sociais; não só, mas também.

Portanto, entendemos que não há como afastar da teoria e da prática jurídica a influência das ideologias predominantes na sociedade. No entanto, a atribuição de significado decorrente do exercício hermenêutico deve pautar-se pela busca de uma argumentação convincente, ainda que ideológica, até mesmo pela simples impossibilidade fática de realização de uma interpretação jurídica neutra, baseada em cânones hermenêuticos puramente lógicos e assépticos.

2.3 Ideologia e interpretação jurídica

Sanchís, ao analisar dialeticamente a questão da ideologia e da interpretação jurídica, destaca que seu ponto de partida seria algo como um “jusnaturalismo moderno” com o escopo de encontrar uma explicação racionalista, mas de uma razão operativa que leve em consideração os valores humanos inerentes¹⁰⁰.

Nesse propósito, destaca que a legislação é, ao mesmo tempo, uma ciência e um princípio de mudança. Como ciência nos descobre um Direito racional; como política consiste em um simples processo de dedução, apto a restaurar na sociedade os princípios da natureza humana. Assim as leis, as verdadeiras leis, seriam aquelas em harmonia com os princípios universais da moral, comuns a todas as nações e adaptadas a todos os climas¹⁰¹.

Portanto, o Direito se demonstra como um fenômeno social, histórico, “cambiante”, e, sobretudo, representa a manifestação de uma

⁹⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁰⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideologia e Interpretacion Juridica*. Madrid. Ed. Tecnos. 1ed. 1987, p. 19.

¹⁰¹ Idem. p. 25.

voluntariedade e não uma cristalização de uma razão abstrata e atemporal, porquanto o mito da lei racional pura não poderia se perpetuar ante a realidade plural e ideológica¹⁰².

Para ele um dos momentos centrais da interpretação consiste na atribuição de significado a um enunciado normativo previamente selecionado pelo intérprete. O significado do enunciado não é uma mera questão de fato, pois que existe uma indeterminação semântica nos termos linguísticos utilizados para compor esse enunciado jurídico.

O juiz, que não pertence a uma comunidade linguística perfeita e homogênea, é chamado a eleger dentro dessa indeterminação, e quando o faz atribui um significado por meio de um ato linguístico não assertivo, mas diretivo que está relacionado a valores dele mesmo¹⁰³. É nesse momento que surge a imagem de um juiz excessivamente desvinculado das leis e dos precedentes, que se aventura cotidianamente na argumentação ideológica ou política¹⁰⁴.

Sanchís entende que o juiz criativo e crescentemente desvinculado da exclusividade do texto literal não só resulta inevitável como presta um essencial serviço à Justiça, pois consegue resgatar do monopólio estatal essa intenção de cristalização do tempo e de formalização artificial do ambiente natural¹⁰⁵, em outras palavras, entende que o terceiro pode vir a trazer (e fazer) Justiça para as partes.

Todavia, essa atividade criativa não pode ser livre, uma vez que se confundiria com autoritarismo, sendo necessário ao magistrado fundamentar as suas decisões para que se torne possível o exercício crítico da sociedade sobre referidos

¹⁰² Idem. p. 45.

¹⁰³ Idem. p. 92.

¹⁰⁴ Idem. p. 93.

¹⁰⁵ Idem. p. 46.

comandos.

Assim, a sentença não pode ser arbitrária, pois que é limitada por um amplo conjunto de leis e precedentes judiciais. Mas é inevitável que a ela se incorpore um elemento subjetivo e ideológico. Para Sanchis, o que um juiz pensa acerca do sistema econômico, político ou de justiça social desempenha papel fundamental nas suas decisões, o que nenhum recurso hermenêutico é capaz de eliminar¹⁰⁶.

A obra de Sanchís tenta mostrar por meio de diferentes aspectos o papel que a vontade e a razão (identificados também como a ideologia e a técnica) têm desempenhado na criação e interpretação do direito, especialmente a que se desenvolve no âmbito da atividade judicial.

Na Teoria Pura do Direito de Kelsen, por exemplo, quando os juízes assumem papel criativo e tratam de justificá-lo, realizam uma função ideológica cujo estudo não abarca a referida teoria, mas sim a Política Jurídica. Lá, motivar é fundar e não deduzir logicamente¹⁰⁷.

Um dos pressupostos assumidos por Sanchis é que os juízes criam menos Direito do que sustentam alguns, mas quando o fazem atuam com muito mais liberdade do que se supõe, pois

La precomprensión, la tradición, las exigencias del caso concreto: todo ello es cierto, pero no al punto de convertir la ley en un texto mudo o en un marco de justificación de soluciones anticipadas. También es cierto que la argumentación judicial es un proceso racional, que se inspira en valores existentes que no se inventa el juez (...) Ciertamente, el problema quedaría clarificado si resultase que el Derecho nos es tan riguroso y angosto como habíamos imaginado; en concreto, si el Derecho comprendiese no sólo normas

¹⁰⁶ Idem. p. 15.

¹⁰⁷ Idem. p. 51.

sino también principios jurídico-morales.¹⁰⁸

Assim, a justificação de um ato decisório que fuja do quadro normativo puro necessita uma dupla fundamentação: sistemática e ideológico-moral para que a produção jurídica, aberta à crítica, possa ser aceita como legítima e não restar caracterizada como ideologicamente arbitrária.

Importante frisar que a fundamentação, como elemento ideológico inafastável¹⁰⁹, deve guardar consonância com o quadro histórico social, pena de se tornar inexecutível ou estéril em determinada quadra temporal. Em outras palavras, a decisão que foge da ideologia do grupo tende a não ser bem aceita, até que haja mudanças sociais e históricas que resultem nela. Ela é, portanto, ao mesmo tempo, ponto de partida e de chegada. Dessa característica decorre, em nossa visão, o principal elemento da interpretação ideológica judicial, qual seja, ela é fundante e prognóstica de novas ideologias.

Segundo Sanchís, as críticas direcionadas à ponderação sempre estão relacionadas à subjetividade do juiz, ao decisionismo como produto de uma lógica irracional. Para ele, as críticas não devem ser excluídas, mas apenas mitigadas: primeiro por que o juízo de ponderação informa como o juiz deve interpretar. O trabalho é feito no plano do dever ser e não do ser. E, segundo "parece que una ponderación que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier solución".¹¹⁰ Os questionamentos apontados à ponderação seriam reportados a qualquer teoria da argumentação. Assim, a ponderação, como técnica de aplicação

¹⁰⁸ Idem. p. 66.

¹⁰⁹ Uma vez que não há método de interpretação puramente lógico. In: Op. Cit., p. 103.

¹¹⁰ SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 155.

do direito, só pode ser entendida como um método racional.¹¹¹

É fato que os sistemas constitucionais contemporâneos ampliam as opções valorativas na interpretação do direito, permitindo cada vez mais que os juízes criem direitos, principalmente, quando se refere à ponderação. No entanto, isso não impede que seja conferida racionalidade às decisões judiciais, nem tampouco limita a sua justificação¹¹².

Quando fala da legitimidade do Direito criado pelos juízes (*Derecho judicial*), Sanchís aponta dois planos distintos. Em primeiro lugar, argumenta que a jurisprudência obtém sua legitimidade mediante o fiel cumprimento dos valores, princípios e normas que perfazem o ordenamento jurídico. O outro plano seria referente à questão da responsabilidade política do juiz, o qual seria legitimado pelas garantias formais e procedimentais dadas a ele, hábeis a compensar a falta de representatividade democrática.

Nessas garantias é que reside o segundo fundamento da legitimidade do Direito judicial. A independência, a imparcialidade, a publicidade, a motivação são elementos que definem e justificam esses órgãos de produção jurídica; no entanto, não os eximem de assumir a responsabilidade pelas decisões. Pois em um sistema autenticamente constitucional, os tribunais também devem prestar contas de sua atuação¹¹³.

2.4 Interpretação jurídica e legitimidade

Os juízes não respondem perante os eleitores, como o faz o

¹¹¹ Idem. p. 157.

¹¹² BARCELOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47-78

¹¹³ Op. Cit. p. 125.

legislador, nem perante o Parlamento, como o Governo (Executivo)¹¹⁴. Mas então a quem responde o Judiciário? Certamente cabe perguntarmos se a motivação proporciona um meio eficaz para exercer a crítica às decisões judiciais, ou se, pelo contrário, ela possui um caráter mais simbólico ou formal que nada ou pouco contribui. De fato, a argumentação que fundamenta uma decisão pretensamente aparece como uma operação exclusivamente técnica¹¹⁵.

O neoconstitucionalismo vivencia a perspectiva de equilibrar o discurso moral com a aplicação do direito, não incorrendo em um discurso antidemocrático, e sim em favor da democracia.

O interprete está vinculado aos juízos morais estabelecidos pela Constituição como relevantes e condicionado à sua responsabilidade política enquanto integrante do processo democrático. Assim, os princípios da igualdade, liberdade e solidariedade não devem ser utilizados pelos juízes em causa própria e sim como instrumentos de transformação social.

Outrossim, a identificação de uma ideologia deve considerar seu conteúdo sob o prisma da justificação das ideias, que exercem uma função de dominação, e da função social de promover o poder político de um grupo.

2.5 A promoção judicial da “desjudicialização”

Colocada a questão ideológica de interpretação jurídica nos termos afinados alhures, necessário analisar as razões que levam o próprio Judiciário a promover os denominados “mutirões conciliatórios”, os quais possuem uma

¹¹⁴ Idem. p. 125.

¹¹⁵ Idem. p. 126.

característica peculiar: são formas, ao menos em tese, de solução não judicializada de conflitos, mas promovidas pelo próprio órgão julgante.

Nesse passo, cabível uma reflexão sobre o viés de Poder acerca da promoção de mutirões pelo Judiciário como mecanismo eficiente de manutenção de uma ideologia de dominação.

Em outras palavras, ao promover o debate conciliatório em seu próprio âmbito, o Judiciário acaba por reduzir e diminuir as possibilidades de que isso ocorra em esfera realmente extrajudicial. Ou seja, ao se propagar eficiência e efetividade dos referidos mutirões, o Judiciário perpassa a imagem de que a resolução de todos os conflitos alcança um alto grau de desate em seu âmbito de competência; isto é, passa a criar a ideia que não apenas as questões judiciais podem ser respondidas naquele âmbito, mas também, aquelas não judiciais.

Não se trata, portanto, de se imiscuir na efetividade conciliatória, mas apenas nas razões que norteiam o Judiciário a tentar, em seu próprio âmbito, atrair essa discussão e, por detrás do discurso da celeridade encontra, em uma análise mais aprofundada, respaldo na teoria do Poder e nas ideologias.

Nesse cenário pode ser indagado: qual o peso da promoção da conciliação no âmbito do Judiciário e seus efeitos na conciliação puramente extrajudicial? E aí desvelar os discursos ideológicos de Poder que se encontram no cerne da questão.

Com efeito, para ilustrar a questão, em meados de 2006, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu início ao que se denominou “Movimento pela Conciliação” e a mobilização que teve início ali resultou no “Dia Nacional pela

Conciliação”, ocorrido em 08 de dezembro do mesmo ano. No ano seguinte foi realizada a primeira “Semana Nacional pela Conciliação” (de 03 a 08 de dezembro de 2007), com o apoio de todos os tribunais de justiça do país, coordenados pelo CNJ. O evento não apenas foi realizado novamente em 2008 como ensejou, em diversos estados, um “Dia Estadual da Conciliação”.¹¹⁶

Em 2007, na gestão da ministra Ellen Gracie, foi expedida a Recomendação CNJ nº 8 (de 27/02/2007), que estabeleceu diretrizes aos Tribunais de Justiça estaduais, os Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho para continuarem o “Movimento pela Conciliação”¹¹⁷.

Ademais, tal recomendação teve por intenção envolver as referidas instituições judiciárias no planejamento, na viabilização e na propaganda de atividades conciliatórias, além de uma série de medidas com vistas a consolidar o

¹¹⁶ O TRT da 15ª Região (Campinas/SP) chegou a realizar um “Novo Movimento pela Conciliação em Homenagem ao Dia do Trabalho”. Ver a matéria “TRT de Campinas (SP) realiza novo movimento conciliatório em maio” (09/05/08)

¹¹⁷ Recomendação Nº 8, de 27 de fevereiro de 2007. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação. RECOMENDAÇÃO Nº 8, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2007 Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação. A Presidente do Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições, Considerando a função de planejamento estratégico do Poder Judiciário atribuída ao Conselho Nacional de Justiça pela Constituição Federal; Considerando os resultados positivos alcançados pelo Movimento pela Conciliação, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça em agosto de 2006, culminando com o Dia Nacional da Conciliação, ocorrido no dia 8 de dezembro do mesmo ano; Considerando a necessidade de dar continuidade e autonomia ao Movimento pela Conciliação no âmbito de cada Tribunal, Considerando o que foi deliberado pelo Conselho Nacional de Justiça na Sessão Plenária de 27 de fevereiro de 2007; RESOLVE: RECOMENDAR aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Regionais do Trabalho que promovam o planejamento e a execução de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação, tais como: a) a constituição de comissão permanente encarregada dessas atividades; b) o planejamento anual, no âmbito do Tribunal, do Movimento pela Conciliação, em que se podem inserir a fixação de um dia da semana com pauta exclusiva de conciliações, a preparação de semanas de conciliação e do Dia Nacional da Conciliação de 2007, a definição de metas, a realização de pesquisas, dentre outras atividades; c) a oferta de cursos de capacitação de conciliadores, magistrados e servidores; d) a divulgação, interna e externa, do Movimento pela Conciliação, inclusive da estatística específica de conciliações. Os Tribunais deverão encaminhar, para fins de divulgação pelo Conselho Nacional de Justiça, o planejamento anual do Movimento pela Conciliação até o dia 30 de abril de 2007. Para fins de divulgação da estatística dos Tribunais no *site* do CNJ, os Tribunais acima referidos deverão encaminhar ao Conselho Nacional de Justiça, até o dia 10 do mês seguinte, dados mensais sobre conciliações. Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais mencionados. Ministra Ellen Gracie Presidente. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12090-recomenda-no-8>> Acesso em 23 de junho de 2013.

“Movimento pela Conciliação” em todo país.

Em consonância com as orientações do CNJ, foram mobilizados milhares de magistrados, servidores e conciliadores e as instituições judiciárias passaram a investir maciçamente em ações conciliatórias, na realização de mutirões e de blitz para fomentar a cultura da mediação de conflitos, bem como na promoção de cursos e seminários sobre alternativas para resolução de conflitos, para dentro e fora dos limites da magistratura, inclusive em convênios com faculdades.

A campanha, aliás, não foi dirigida apenas aos magistrados e servidores, mas alcançou as partes e o público em geral. Dessa forma, foi traçada uma estratégia de propaganda feita por meio de cartazes, *spots*, adesivos, camisetas, *banners*, anúncios, cartilha, *folders*. Para participar do movimento seria necessário apenas que uma das partes em conflito solicitasse, na Vara ou Comarca onde o processo estava tramitando, que ele fosse incluído na pauta da Semana da Conciliação¹¹⁸.

Contudo, conforme alhures aduzido, de se indagar a razão pela qual o próprio Judiciário capitaneia a conciliação e aprofundar na análise da questão.

2.6 O viés da dignidade humana como norte interpretativo da resolução de conflitos.

2.6.1 Panorama teórico sintético da dignidade humana

Após as grandes guerras mundiais ocorreu uma maior conscientização do homem como fim, tendo, nesse cenário, surgido e se desenvolvido o debate da dignidade humana como paradigma.

¹¹⁸ Ivan Alemão e José Luiz Soares. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho> > Acesso em 23 de junho de 2013.

Nessa oportunidade surgiram três conceitos – grupos – acerca do que seria e qual a amplitude do conceito de dignidade humana¹¹⁹.

No primeiro, os que estabelecem a dignidade como um direito absoluto transcendental e prévio a tudo (...). Para eles, a dignidade é aquilo que faz com que um ser humano seja uma pessoa humana, e isso não pode ser questionado. Essa qualidade da pessoa faz com que o ser *humano* seja uma pessoa racional, então livre e autônoma, mas também, para alguns, tais como os personalistas, uma pessoa em relação¹²⁰.

No segundo grupo, os imanentistas, inscrevem a dignidade humana em uma progressão histórica, cujo fundamento é então imanente, desenvolve-se, se fortalece e está por vir. Para Hegel, o homem não tem nenhum valor próprio, apenas oferece sua contribuição na Razão, encontrando também a sua dignidade no seu desenvolvimento a serviço do Estado. Pensa-o igualmente *Marx*, que concebe a dignidade apenas como uma conquista histórica do homem, finalmente desalienado, sempre em evolução. Segundo eles, o direito fundamental não é o direito à vida, mas o direito à qualidade de vida¹²¹.

Há, ainda, um terceiro grupo de pensadores, capitaneados por *Lévi-Strauss*, que se caracteriza pela negação da dignidade da pessoa, nutrida pelos horrores da Segunda Guerra Mundial. Afirma-se que é preciso suprimir a ideia da superioridade do homem em relação ao animal: "Sua pretensa dignidade é um

¹¹⁹ WILS. J.P. *Fin de la "dignité humaine" en éthique?*, in *Concilium* n° 223, 1989, p. 51/67.

¹²⁰ Nessa categoria poderíamos colocar o pensamento de Cícero, Pascal, Kant, Levinas, Mounier ou ainda Gabriel Marcel, esse podem ser considerados aqueles que estabelecem a dignidade como um absoluto transcendental e prévio a tudo.

¹²¹ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009, p. 125/126.

mito”¹²².

Para J. P. Sartre, por exemplo, toda a dignidade do homem reside no absoluto de sua liberdade¹²³.

Nesse viés, a compreensão do fenômeno demanda a reconstrução de um movimento histórico no qual os direitos surgem e se expandem em meio a um processo de individualização da sociedade e a alterações no papel desempenhado pelo Estado.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e conceituação, tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças¹²⁴.

Assim, a expansão dos direitos ocorreu na medida em que os poderes públicos proporcionaram proteção e assistência aos sujeitos de direitos mediante critérios cada vez mais individualizados – e também eles próprios individualizantes¹²⁵.

Bobbio ainda traz que a titularidade dos direitos do homem se estendeu a sujeitos diversos a ele, como à família, às minorias étnicas, aos

¹²² Op. Cit, p. 127.

¹²³ Idem, p. 127.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 32.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992, p. 68/69.

consumidores, às gerações futuras dentre outros. Com isso, ultrapassaram-se os arquétipos clássicos do processo civil – uma vez que estes se restringiam a controvérsias entre duas partes individualizadas ou individualizáveis –, abrindo a possibilidade de se representar e defender interesses metaindividuais; isto é, aqueles que dizem respeito não apenas aos interesses de indivíduos considerados isoladamente, mas aos de grupos, coletividades ou grandes contingentes populacionais, em matérias como patrimônio público, meio ambiente, consumo, improbidade administrativa etc¹²⁶.

2.6.2 *Dignidade humana e acesso à Justiça*

A multiplicação dos direitos e a diversificação dos sujeitos de direito vieram acompanhadas de dilemas *novos* para os sistemas jurídicos modernos. Ao menos desde a década de 1960, muito se tem debatido sobre os problemas de acesso à justiça¹²⁷. Este passou a ser cada vez mais problematizado tendo como pontos críticos a capacidade restrita de o Judiciário processar as crescentes demandas que lhe são encaminhadas e a menor aptidão de determinados indivíduos ou grupos para enfrentar litígios ou fazer uso das instituições judiciais – principalmente aqueles que ocupam os estratos mais baixos da sociedade. O acesso à justiça ganhou status de “o mais básico e fundamental dentre os direitos humanos”.

Para Cappelletti e Garth¹²⁸, desde então, os sistemas judiciais dos países ocidentais ensaiaram três “ondas” de soluções práticas para os problemas de acesso efetivo à justiça: a primeira concentrou esforços no sentido de expandir a

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Por “acesso à justiça” entende-se: “o sistema deve ser acessível a todo; e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” In CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

¹²⁸ Op. Cit. Capítulo III.

oferta de serviços jurídicos para os hipossuficientes¹²⁹; com a segunda “onda” implementaram-se reformas cujo intuito foi proporcionar representação jurídica para os interesses metaindividuais, em especial os difusos; já a terceira parte do princípio de que a garantia de representação judicial não é suficiente e, diante disso, constituiu-se em esforços no enfrentamento da inflação de demandas judiciais através da criação de instituições e mecanismos – extrajudiciais em grande parte – como forma de mais bem processar as demandas ou mesmo preveni-las.

2.7 A “harmonia coercitiva” e a resolução “patrocinada” de conflitos

A “nova” ambientação dos direitos requer mudanças nas estruturas dos tribunais; novos mecanismos procedimentais, menos dispendiosos e formais e mais ligeiros; modificações no direito destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução. Em suma, com a terceira “onda” reclama-se da justiça soluções harmônicas para os problemas e um conjunto mais variado e dinâmico de serviços, inclusive para além das decisões produzidas por juízes togados¹³⁰.

Nesse norte, a análise crítica da antropóloga norte-americana Laura Nader¹³¹ sobre o papel das ideologias na forma como os conflitos são resolvidos fornece diretrizes analíticas produtivas e põe questões para a condução das reformas jurídicas. Assim, Nader toma as formas de resolução de conflitos como um componente de ideologias políticas¹³².

A naturalização da harmonia como positiva ou essencialmente

¹²⁹ Sendo nessa onda que adveio a criação das Defensorias Públicas.

¹³⁰ Ivan Alemão e José Luiz Soares. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho> > Acesso em 23 de junho de 2013.

¹³¹ NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, outubro de 1994, nº 26, 18-29. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm>. Acesso em 23 de junho de 2013.

¹³² A questão das ideologias no embate entre as diversas formas de resolução de conflitos será abordada adiante nessa Dissertação.

benéfica deve-se, segundo ela, à ampla influência de premissas religiosas do cristianismo que se reproduziram e permanecem vivas nos sistemas de pensamento das culturas ocidentais¹³³. Curiosamente, a referida naturalização ocorre a despeito dos modelos de harmonia frequentemente serem implementados como resultado de coerção – circunstância representada no conceito de “harmonia coerciva”, criado por ela.

Assim, a coerção dos modelos de harmonia se manifestaria de diversas formas.

Para ilustrar, em 1976, a Suprema Corte Norte Americana promoveu a *Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. Segundo a autora em tela, esta conferência seria parte de uma reação conservadora aos intensos movimentos sociais da década de 1960 nos EUA. Visava-se uma mudança cultural na sociedade norte-americana da época, uma vez que a consideravam “muito litigante”. Desenvolveu-se, na ocasião, o que se convencionou chamar *Alternative Dispute Resolution* (ADR) [“Resolução Alternativa de Disputa”]. A ADR engloba programas que promovem a reestruturação dos procedimentos judiciais através de meios mais informais e não processuais de resolução de disputas, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, que serão objeto de luzes, mais adiante, neste trabalho. Segundo o enfoque desses programas, a justiça deve voltar-se para a promoção do acordo, substituir o confronto pela harmonia, a guerra pela paz.

Os programas de ADR baseavam-se em uma explícita rejeição ao conflito em sociedade e, assim, pretendiam evitar, não as causas da discórdia, mas sua manifestação no sistema de justiça. Era também uma apologia ao modelo da

¹³³ Op. Cit, p. 19/20.

eficiência. Prometia-se dirimir o problema da “explosão de litígios” através da promoção de uma justiça rápida, benéfica e alternativa aos conflitos judiciais de índole processual. Para isso foi realizada uma campanha de grandes proporções nos EUA com manifestações em diversos setores da sociedade¹³⁴.

A “harmonia coerciva” constitui, segundo Nader, uma poderosa forma de controle justamente por manipular a “definição do problema” e por direcionar o discurso para a aceitação geral dos modelos da harmonia e da eficiência como essencialmente positivos e benéficos.

Nesse sentido, a conciliação tende a ser apresentada como um modelo da eficiência e da pacificação social. “Rápida”, “eficiente”, “simples” e “econômica” são alguns dos adjetivos que lhe são comumente atribuídos.

Segundo a ministra Ellen Gracie¹³⁵, o CNJ, ao implantar o Movimento pela Conciliação em agosto de 2006, *“teve por objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante construção de acordos”*.

O ex-conselheiro Joaquim Falcão¹³⁶ afirma que a fase de conciliação em geral *“não é suficientemente enfatizada pelos juízes, comprometidos com a cultura jurídica atual de justiça imposta e não produzida pelas partes”*. Superar esse traço cultural seria parte indissociável de uma estratégia para desafogar o Judiciário e dar-lhe mais celeridade, bem como tornar a sociedade mais “pacífica”. A cartilha

¹³⁴ Op. Cit. p. 21.

¹³⁵ GRACIE, Ellen. Conversar faz a diferença. *Correio Braziliense – Brasília / DF*, Brasília, 03 de dezembro de 2007, Opinião. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=74%3Aartigos&id=3509%3Aconversar-faz-diferen&Itemid=676>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

¹³⁶ FALCÃO, Joaquim. Movimento pela Conciliação. Artigo publicado no *site* do Conselho Nacional de Justiça, 2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2013..

produzida em 2008, aliás, resume a “pacificação social” como seu principal objetivo.¹³⁷

Tomemos um exemplo¹³⁸ de conciliação na área trabalhista. Em 03 de Dezembro de 2008, a companhia de energia elétrica da Paraíba, a Energisa, e os representantes do Sindicato dos Eletricitários da Paraíba (Sindeletric) homologaram acordo para o pagamento de uma dívida trabalhista de R\$ 37,4 milhões, beneficiando cerca de 2000 trabalhadores, pondo fim a um processo que tramitava há mais de quinze anos e que representava a maior dívida trabalhista de uma empresa privada naquele estado. Essa conciliação foi comemorada como a maior já realizada pela Justiça Trabalhista paraibana – e uma das maiores em todo o país – pelo seu elevado valor e importância histórica.

O contexto da conciliação decorreu de uma ação de cumprimento promovida pelo Sindeletric contra a Saelpa (atual Energisa) em razão de a empresa não ter cumprido integralmente um dissídio coletivo de 1990 (processo 2092/87). Os primeiros cálculos do dissídio apontavam uma dívida de mais de R\$ 200 milhões, que a Energisa conseguiu diminuir para R\$ 60 milhões através de recurso julgado no TST que determinou o expurgo do Plano Collor dos cálculos. E foi esse valor – ainda não pago, mesmo após anos de processo transitado em julgado – que serviu de referência para a negociação nas audiências de conciliação. Num primeiro momento, a empresa ofereceu aos eletricitários apenas 29% do valor, o que foi considerado como insuficiente pelo sindicato. O acordo foi fechado com a Energisa oferecendo o pagamento de 51% do débito, assumindo ainda o custo dos honorários

¹³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conciliar é querer bem a você – 3ª Semana Nacional pela Conciliação - De 1º a 5 de Dezembro de 2008. Cartilha, 2008. Disponível em: <<http://www.conciliar.cnj.gov.br/cms/verTexto.asp?pagina=campanha>>. Acesso em: 24 de junho de 2013..

¹³⁸ Ivan Alemão e José Luiz Soares. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho> > Acesso em 23 de junho de 2013.

advocatícios, a contribuição para o sindicato Sindeletric e o FGTS. De acordo com notícias jornalísticas, a proposta foi amplamente discutida no sindicato e aprovada por quase unanimidade, em assembleia da qual participaram mais de 1300 reclamantes. O processo prosseguiu para onze dos 1960 reclamantes, os quais não aceitaram o acordo. Cerca de 160 trabalhadores já haviam morrido desde o início do processo e mais de 1000 não trabalhavam mais pela empresa¹³⁹.

Contudo, a avaliação dessa questão parece requerer a consideração do “horizonte dos desejos” daqueles que participaram do processo conciliatório. Wanderley Guilherme dos Santos¹⁴⁰ demonstra que, em geral, a “privação relativa” – vazio entre aquilo que se dispõe e aquilo que se visa dispor, entre o real vivenciado cotidianamente e o horizonte dos desejos – é muito reduzida na população brasileira.

A expectativa de satisfação dos desejos é baixa e isso se relaciona com a concentração de renda, com o ambiente de insegurança institucional, pouco afeito à garantia de direitos, e com os altos custos de um possível fracasso do empenho em uma ação coletiva, os quais inclusive constituem como mote da contemporânea “revolta dos vinte centavos” que ensejou que o debate promovido por manifestações populares fosse levado à pauta governamental.

Nesses termos, no caso narrado acima, a aceitação do acordo por um valor que corresponderia à metade do que era devido parece um reflexo da

¹³⁹ Vide as reportagens “*Conciliação: Acordo na PB paga dívida trabalhista recorde de R\$ 34 milhões*” (03/12/08), “*Energisa não fecha acordo com eletricitários*” (s/d, disponível no endereço: <<http://www.jampanews.com/admin/modules/noticia/?id=9631>>, acesso em 25 de junho de 2013) e “*Energisa faz acordo e encerra pendência trabalhista de 19 anos com funcionários*” (03/11/08, disponível no endereço: <www.tonyshow.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=22800>, acesso em 25 de junho de 2013).

¹⁴⁰ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Horizonte do Desejo: Instabilidade, Fracasso Coletivo e Inércia Social*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

incapacidade de o Judiciário fazer cumprir suas sentenças e da baixa expectativa de receberem algo por parte dos trabalhadores.

No mesmo viés, importante frisar, inclusive, que recentemente, por intermédio da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, publicada no DOU de 29 de março de 2012, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aumentou para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) o limite mínimo para se ajuizar execuções fiscais por débitos para com o Fisco e que a mudança se deu a partir de estudos dirigidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) segundo os quais, em ações de execução de dívidas menores do que R\$ 21.700,00 (vinte e um mil e setecentos reais), a União dificilmente consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial.

E isso ocorre tanto pelos custos da máquina pública quanto pela impossibilidade de o Poder Judiciário dar efetividade às suas decisões.

Comemorar o resultado como positivo e como um exemplo em que ambas as partes ganharam é, mais do que realismo, simplesmente a celebração da retirada de um “peso das costas” da Justiça do Trabalho, ainda que por meio da consolidação de uma injustiça, que se torna invisível perante a propaganda dos “benefícios” da conciliação.

Segundo o noticiário da OAB-SP¹⁴¹, algumas pressões para que a conciliação seja reconhecida nos moldes das sentenças definitivas vieram a lume baseadas na preocupação dos magistrados com os índices de produtividade que contam para efeito de promoção, fazendo com que essa medida flagrantemente ponha em risco a seriedade da estatística do tribunal.

¹⁴¹ Disponível em < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/10/25/3900>>. Acesso em 25 de junho de 2013.

Por fim, os “funcionamentos coercivos” relacionam-se também em alguma medida às mudanças institucionais que vêm sendo chamadas nos meios jurídicos e acadêmicos de “desjudicialização”.¹⁴²

Na Justiça do Trabalho, o fenômeno se manifesta com especial força nos conflitos de caráter coletivo. Assim, o número de dissídios coletivos instaurados nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho vem diminuindo significativamente desde a segunda metade da década de 1990.

Confiram-se as tabelas:

Dissídios Coletivos - TRTs¹⁴³
Ano / Autuados / Julgados

2012	1.042	790
2011	1.043	864
2010	944	892
2009	995	914
2008	988	820
2007	968	792
2006	737	561
2005	703	714
2004	1.070	785
2003	1.027	668
2002	786	498
2001	1.171	764
2000	985	706
1999	1.105	807
1998	1.246	923

¹⁴² O termo é ambíguo, ora assumindo a acepção de “*facultar às partes comporem seus litígios fora da esfera estatal da jurisdição*”, ora significando a “fuga” dos conflitos apenas do âmbito sentencioso do Judiciário em favor de métodos mais informais de resolução de disputas, ainda que se mantendo dentro da esfera estatal, por exemplo com a proposição de Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público ou por algum órgão executivo, ou mesmo com a conciliação conduzida por um juiz. Ademais, a “*acepção do termo varia conforme o ramo do Direito. Na esfera penal, aproxima-se dos processos de despenalização ou descriminalização, a exemplo do tratamento dado às infrações de menor potencial ofensivo, cuja conduta delitiva, em parte, vem sendo suprimida do âmbito penal*”. In HELENA, Eber Zoehler Santa. O fenômeno da desjudicialização. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 922, 11 de janeiro de 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7818> >. Acesso em 12 de agosto 2012.

¹⁴³ Disponível em < http://www.tst.jus.br/ojs?p_auth=b8bTiDBH&p_p_auth=XZztabJ6&p_p_id=20&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&_20_struts.action=%2Fdocument.library%2Fget_file&_20_groupId=10157&_20_folderId=350992&_20_name=15575 >. Acesso em 25 de junho de 2013.

Dissídios Coletivos - TST¹⁴⁴
Ano / Quantidade / Autuados / Julgados

2012	5	16
2011	10	8
2010	2	5
2009	18	5
2008	7	5
2007	18	11
2006	12	11
2005	11	4
2004	19	12
2003	15	6
2002	13	8
2001	15	9
2000	22	13
1999	15	8
1998	19	14

Destarte, tem-se que “desjudicialização” passa por um processo de reflexão da teleologia do Judiciário e as questões ideológicas do Poder.

Nesse cenário, como forma de embasar um aprofundado conhecimento sobre o tema, importante analisar a experiência alemã sobre a questão, porquanto naquela nação, embora se reconheça e se prestigie o Judiciário e o acesso à Justiça como pilares sociais, existem diversos órgãos estatais e particulares com aptidão para encerrar conflitos em sua gênese, sem a necessidade de intervenção judicial impositiva, bem como diversas condições particulares, variáveis caso a caso, necessárias para que um litígio seja levado à esfera judicial.

144

Disponível

em:

<http://www.tst.jus.br/ojs?p_auth=b8bTiDBH&p_p_auth=XZztabJ6&p_p_id=20&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&_struts.action=%2Fdocument.library%2Fget_file&_groupId=10157&_folderId=71440&_name=12912> Acesso em 25 de junho de 2013

CAPÍTULO III – ESTUDO COMPARADO. REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA.

3.1 Justificativas ao estudo comparado

Inicialmente destacamos que a escolha pela análise alemã se deu mercê da importância histórica e jurídica do país sobre diversos ordenamentos ao redor do mundo¹⁴⁵, haja vista que manifesta com destaque uma das maiores e mais influentes¹⁴⁶ famílias de direito atual, qual seja, a romana/germânica.

Por outro lado, importante a definição de John Bell sobre a importância do estudo comparado:

A justification based on foreign sources is not essentially a free-standing justification, but rather gives additional luster to arguments that can be based on existing domestic law sources by showing that they illustrate a principle or value shared by a number of other legal systems.¹⁴⁷

Ou seja, a importância do estudo é fornecer elementos para a melhoria do nosso sistema jurídico com base no que tem sido realizado com sucesso em outros locais¹⁴⁸.

Por óbvio, raro que sejam importadas soluções prontas. Mas o

¹⁴⁵ “A família de direito romano-germânica está atualmente dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão deveu-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da codificação, geralmente adotada pelos direitos românicos do século XIX”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1996, p. 25.

¹⁴⁶ BELL, John. *The relevance of foreign examples to legal development*, in Duke Journal of Comparative & International Law [Vol 21:431/2011], p. 451.

¹⁴⁷ Idem, p. 431.

¹⁴⁸ Idem, p. 434.

estudo possibilita uma revisão do ordenamento interno fazendo com que se deitem luzes sobre as experiências estrangeiras, segundo o que a doutrina denomina *cross-fertilization* ou “fertilização cruzada”¹⁴⁹.

No mesmo sentido, Roberto Scarciglia fala sobre a importância da comparação:

Con que la comparación jurídica básicamente es libre en sus fines, cuando a través de ella se procede a confrontar y a valorar posteriormente los formantes pertenientes a ordenamientos diferentes¹⁵⁰.

A análise feita terá como base a legislação alemã com a função prática de promover a “subversão”, em sua definição de Gambaro, qual seja:

La capacidad de transformar en duda la legitimidad intelectual de las taxonomías y del habitual bagaje argumentativo de las doctrinas nacionales, reabriendo un debate que se habla atenuado a lo largo del siglo XX bloqueando el desarrollo doctrinal en las experiencias jurídicas de *Civil Law*¹⁵¹.

Quanto ao seu âmbito, seguirá as fronteiras da microcomparação¹⁵²; quanto ao tema restará adstrita às fórmulas extrajudiciais de resolução de conflitos, sobretudo a conciliação e a mediação. Por fim, no que diz respeito ao método, o norte será o modelo do procedimento metodológico de Scarciglia, que assim dispõe:

¹⁴⁹ BELL, John. *Mechanisms for Cross-Fertilization of Administrative Law in Europe*, in *New Directions in European Public Law* 147/1998.

¹⁵⁰ SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Dykinson. Traducción del italiano por Juan José Ruiz Ruiz. Madrid. 2011, p. 69.

¹⁵¹ GAMBARO, Antonio. *Il metodo comparatistico nel diritto privat*, p. 503. in, SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Dykinson. Traducción del italiano por Juan José Ruiz Ruiz. Madrid. 2011, p. 83.

¹⁵² Nos moldes da definição de Konrad Zweigert e Hein Kötz em *Introduction to Comparative Law*. Ed. Carendon Press. Translated from the German by Tony Weir. Oxford 2011, p. 4/5.

El procedimiento comparado se compone de una serie de fases, concatenadas y propedéuticas entre ellas, con la finalidad de llegar a comparar entre modelos o soluciones o instituciones jurídicas que por lo normal pertenecen a ordenamientos distintos, **con el propósito de obtener resultados más o menos aplicables al concluir las fases y las operaciones de comparación.**¹⁵³

Com base nessas premissas, passemos a analisar a questão da conciliação e da mediação na Alemanha.

3.2 Aspectos Gerais¹⁵⁴

Em primeiro lugar, importante identificar quais são, de uma forma genérica, os diferentes modos opcionais de resolução de litígios na República Federal da Alemanha.

Naquele país, constituem meios alternativos de resolução de conflitos a arbitragem¹⁵⁵, a conciliação¹⁵⁶ e a mediação¹⁵⁷. Estes procedimentos, que

¹⁵³ SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Dykinson. Traducción del italiano por Juan José Ruiz Ruiz. Madrid. 2011, p. 91.

¹⁵⁴ As traduções do alemão para o português foram realizadas de forma livre pelo autor.

¹⁵⁵ É uma forma de solução de conflitos em que as partes, por livre e espontânea vontade, elegem um terceiro, o árbitro ou o Tribunal Arbitral, para que este resolva a controvérsia, de acordo com as regras estabelecidas no Manual de Procedimento Arbitral das Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem (v. Legislação). O árbitro ou Tribunal Arbitral escolhido pelas partes emitirá uma sentença que terá a mesma força de título executivo judicial, contra a qual não caberá qualquer recurso, exceto embargos de declaração. É, o árbitro, juiz de fato e de direito, especializado no assunto em conflito, exercendo seu trabalho com imparcialidade e confidencialidade.

¹⁵⁶ É uma forma de solução de conflitos em que as partes, através da ação de um terceiro, o conciliador, chegam a um acordo, solucionando a controvérsia. Nesse caso, o conciliador terá a função de orientá-las e ajudá-las, fazendo sugestões de acordo que melhor atendam aos interesses dos dois lados em conflito. Nas Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, a conciliação será feita simultaneamente com a mediação, sobretudo quando o conflito tiver como causa preponderante problema de ordem jurídica ou patrimonial. Mas sempre com assistência do mediador até que se esgote a possibilidade das partes celebrarem

se podem completar mutuamente, apresentam características específicas.

A arbitragem ocupa uma posição especial, dado que não faz parte do sistema judicial do Estado, constituindo antes uma via jurídica acordada pelas partes, no âmbito da qual a resolução do conflito compete às pessoas a quem são transmitidos os poderes judiciais para o caso em questão. O tribunal arbitral toma uma decisão final em lugar de um tribunal judicial, pelo que tem de se pronunciar sobre os efeitos jurídicos.

A conciliação tem como objetivo a obtenção de um acordo entre as partes através de um compromisso proposto pelo conciliador. Se tal se revelar impossível, a intervenção de um mediador poderá desempenhar um papel importante, uma vez que permite às partes retomar o diálogo interrompido e chegar a uma solução aceitável para ambas.

A mediação (*Mediation*) distingue-se e não deve ser entendida da mesma maneira que a função de mediação (*Vermittlung*) assumida por um juiz ou advogado. Assim, por exemplo, o n.º 1 do artigo 86 da Lei sobre a Jurisdição Voluntária (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FGG*) prevê que, no caso de partilha sucessória, o tribunal com competência em matéria

um acordo que encerre essa demanda, com a formalização do respectivo termo de transação ou compromisso arbitral. É o conciliador, pela sua formação jurídica, que a conduz até a formalização do acordo.

¹⁵⁷ É uma forma de solução de conflitos em que um terceiro neutro e imparcial auxilia as partes a conversar, refletir, entender o conflito e buscar, por elas próprias, a solução. Nesse caso, as próprias partes é que tomam a decisão, agindo o mediador como um facilitador. Nas Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, a mediação será feita simultaneamente com a conciliação, sobretudo quando o conflito tiver como causa preponderante problema de ordem pessoal, emocional ou psicológica (incompatibilidade de gênios, raiva, sentimento de vingança, ou de intolerância e indiferença). Mas sempre com assistência do conciliador até que se esgote a possibilidade de uma reaproximação afetiva das partes, sem prejuízo deste formalizar um acordo que encerre o conflito nos seus aspectos jurídico-patrimoniais.

de sucessões assuma a mediação a pedido de um dos herdeiros¹⁵⁸.

O artigo 52 da FGG, por exemplo, regula o procedimento de mediação em caso de conflito relativo aos direitos de visita quando há menor envolvido¹⁵⁹.

Nos termos do artigo 278 do Código de Processo Civil (ZPO), o tribunal deve examinar a possibilidade de resolução amigável do litígio, ou de pontos específicos do litígio, em todas as etapas de um processo; tudo isso faz parte da função de mediação de um juiz¹⁶⁰.

No âmbito de um procedimento de mediação, compete a um terceiro procurar aproximar as diversas posições das partes de modo a que se possa chegar a um acordo.

¹⁵⁸ Se um testador deixa vários herdeiros, o tribunal de sucessões deve mediar a disputa a pedido em relação à propriedade entre as partes, a não ser que haja um argumento legítimo] Disponível em <http://dejure.org/gesetze/FGG/86.html>. Acesso em 02 de maio de 2012.

¹⁵⁹ Caso haja uma criança no processo, o tribunal logo que possível buscará uma abordagem consensual. Ele ouvirá as partes, o mais cedo possível com o auxílio das instalações existentes e dos conselhos dos serviços de aconselhamento e consultará os serviços de juventude, em particular, buscando desenvolver uma abordagem consensual para o exercício dos direitos parentais e de responsabilidade parental. Se isso não levar a um atraso prejudicial ao bem-estar infantil, o tribunal deve suspender a instância se: 1) as partes estão prontas para seguir um aconselhamento extrajudicial, ou 2) de acordo com o parecer do tribunal, haja perspectivas de um acordo das partes, caso em que, o tribunal sugerirá que as partes tomem um conselho extrajudicial. No caso do n° 2, o tribunal deverá considerar a adoção de uma liminar sobre o assunto do processo, em processos relativos a direitos de acesso]. Disponível em <http://dejure.org/gesetze/FGG/52.html>. Acesso em 02 de maio de 2012.

¹⁶⁰ **§ 278 Tribunal de resolução de litígios, conciliação de conciliação.**

(1) O tribunal deve, em cada fase do processo se preocupar com uma solução amigável do litígio ou questões específicas em disputa.

(2) A audiência com o propósito de a resolução amigável é precedida por uma audiência de conciliação, a menos que não haja qualquer possibilidade ou expectativa de composição. O tribunal tem que, no processo de conciliação, ouvir os fatos e os litígios livres de todas as circunstâncias e, se necessário, fazer perguntas. As partes que aparecem serão ouvidas pessoalmente.

(3) Na audiência de conciliação o comparecimento pessoal das partes pode ser arranjado. § 141, parágrafo 1, frase 2, n° 2 e 3 é aplicável em conformidade.

(4) O comparecimento de ambas as partes na audiência de conciliação não faz, o resto do processo à ordem.

(5) O tribunal pode remeter as partes para conciliação perante um juiz encomendado ou solicitado. Em casos apropriados, o tribunal pode propor às partes resolução de disputas fora do tribunal. As partes contratantes deverão decidir de acordo com o § 251.

(6) A resolução judicial também pode determinar que as partes submetam ao tribunal um acordo escrito ou aceitem uma proposta de solução escrita pelo tribunal. O Tribunal verifica a existência e o conteúdo de um acordo estabelecido extrajudicial. O § 164 é aplicável em conformidade.

O destaque para o âmbito alemão se dá em virtude de que essa intervenção só é considerada mediação no contexto da resolução alternativa de litígios se o terceiro for imparcial e, principalmente, se não impuser a solução às partes em conflito, que devem encontrar elas próprias uma solução consensual, ou seja, o paternalismo de *Freud* é mitigado pelas soluções próprias e institucionais alemãs.

Em outras palavras, a decisão consensual longe de ser imposta é construída pelos próprios interessados, o que dialoga com a aproximação entre os seres viventes proposta por Derrida.

O mediador ajuda a promover a comunicação e presta apoio durante a negociação e a celebração do acordo. Ao contrário de um juiz, não dispõe de qualquer competência de decisão, além de que não apresenta propostas de solução diretas, como o fazem um árbitro ou um conciliador.

Importante ressaltar que o desestímulo à procura do Judiciário comum pode ser visto de forma notável na Alemanha ao ser analisado o montante cobrado a título de custas, porquanto muitas vezes os custos do processo comum podem até exceder o valor da causa, tornando inviável a procura da solução judicial.

Importante frisar que, naquele país, esse procedimento, ao invés de caracterizar violação ao acesso à Justiça, acaba por racionalizar e lhe dar concretude.

Se o litígio for decidido, por exemplo, por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, pode consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma

futilidade.

Naquele país, a título de exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a U\$ 100 no sistema judiciário regular estão estimadas em US\$ 150, mesmo que utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de U\$5000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente U\$4200¹⁶¹.

Dessa forma, apresenta-se notável a relevância das fórmulas extrajudiciais de resolução de controvérsias, inclusive no aspecto custo-benefício do litígio.

3.3 Litígios entre consumidores e empresas (sentido lato)

Na República Federal da Alemanha, há um grande número de entidades de arbitragem (Schiedsstelle) e de conciliação (Schlichtungsstelle e Gütestelle) que permitem encontrar soluções amigáveis para certos conflitos (sobretudo conflitos de consumo), antes de estes chegarem aos tribunais. Referidos órgãos são geralmente criados por organizações profissionais (câmaras, associações), pelo que definem as suas competências em função do setor a que estas pertencem¹⁶².

A intervenção desses órgãos é na maior parte dos casos requerida por consumidores que se encontram em situação de conflito com um prestador de serviços ou um vendedor. As Gütestelle podem ser instituídas ou reconhecidas pela administração judicial dos Länder. Em alguns Länder¹⁶³, por exemplo, é obrigatória a

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, p. 19.

¹⁶² http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_pt.htm, disponível em 21/06/2012.

¹⁶³ Länd é cada uma das 16 divisões federais da Alemanha. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

intervenção extrajudicial destes órgãos antes de poder recorrer a um *Amtsgericht*¹⁶⁴ para todos os litígios relativos a direitos patrimoniais de valor igual ou inferior a 750 €.

Tal situação, como se denota, guarda certa semelhança ao que previa a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, no que se refere à necessidade de submissão prévia de litígios trabalhistas às Câmaras de Conciliação Prévia, situação que, como visto ao início deste trabalho, foi considerada desarrazoada pelo Supremo Tribunal Federal que, em liminar proferida em controle concentrado de constitucionalidade, entendeu que dita exigência criaria óbice ao livre acesso à Justiça, confundindo, *venia permissa*, Justiça e Judiciário.

Importante ressaltar que em alguns Länder as funções das *Gütestelle* são assumidas pelas entidades de arbitragem já existentes; enquanto em outros, em contrapartida, as funções de uma *Gütestelle* incumbem aos advogados ou a notariados.

Os serviços de arbitragem e conciliação lá existentes podem ser descritos da seguinte forma:

Em quase todas as grandes cidades existem órgãos de arbitragem e de conciliação funcionando junto das câmaras de comércio e indústria e das câmaras de artes e ofícios (*Handwerkskammer*). Há igualmente órgãos de conciliação no setor automobilístico, para conflitos relativos a reparações de veículos, e no setor do comércio de automóveis, para conflitos relativos a defeitos de

Acesso em 03.05.2012.

¹⁶⁴ *Amtsgericht* é uma Corte Distrital Alemã situada em quase todas as grandes capitais de distritos rurais. Tem competência Civil e Criminal. É o primeiro nível da jurisdição ordinária do Sistema Judiciário Alemão (German *Ordentliche Gerichtsbarkeit*), logo abaixo dos *Landgericht*. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> Acesso em 03.05.2012.

veículos em segunda mão, ou seja, a estrutura institucional de resolução extrajudicial de conflitos é perene e robusta.

No que diz respeito às profissões liberais, as associações profissionais de médicos e arquitetos oferecem serviços de conciliação em praticamente todos os Länder. As associações de advogados, de consultores fiscais e de contadores são obrigadas, mediante pedido das partes, a atuar como mediadores em conflitos entre os membros dessas associações e os seus clientes.

Importante frisar, ainda, que, regra geral, as recomendações emitidas pelos órgãos de conciliação não são vinculativas às partes. Porém, o procedimento só estará definitivamente concluído quando as partes chegarem a acordo e estabelecerem um compromisso.

3.4 Litígios entre empresas

Na Alemanha, recorre-se cada vez mais à mediação para a resolução de conflitos em nível empresarial. A mediação, nesses casos, pode contribuir para preservar, ou mesmo reforçar, as relações entre as partes em litígio, o que normalmente não acontece quando ocorrem disputas judiciais. Além disso, outra vantagem é que as querelas expostas à arbitragem são garantidas por confidencialidade, ao revés do que ocorre no público – em regra – processo judicial.

Ademais, a resolução por via judicial implicaria prejuízos econômicos consideráveis, mesmo com ganho de causa, por força da demora na conclusão do feito.

3.5 Litígios entre empregadores e trabalhadores

3.5.1 *Entidades de conciliação em caso de litígios relacionados com a formação profissional*

Os organismos competentes na aceção da lei da formação profissional e, no caso das profissões artesanais, as corporações da espécie podem criar comissões com vista à resolução de conflitos surgidos no quadro de uma formação profissional em curso. Se existir uma comissão dessa natureza, afigura-se imperativo submeter o conflito a ela na forma do artigo 111, segunda parte, da Lei Trabalhista (Arbeitsgerichtsgesetz -ArbGG)¹⁶⁵.

De outra banda, o decisório do órgão de conciliação é vinculativo para as partes se estas o reconhecerem no prazo de uma semana. Quando são reconhecidos pelas partes, os compromissos estabelecidos no quadro da comissão e as suas decisões têm obrigatoriamente de ser aplicados. Se as partes não chegarem a um compromisso, ou não reconhecerem a decisão conciliatória, podem submeter a questão ao tribunal do trabalho competente no prazo de duas semanas.

3.5.2 *Entidades de conciliação nos termos da Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)*

Para a resolução de diferenças entre o empregador e a comissão de trabalhadores – negociação coletiva –, é possível recorrer a uma comissão de

¹⁶⁵ A resolução de litígios entre formadores e formandos em um relacionamento de formação existente para o campo do artesanato, corporações de ofício, ou outros em conformidade com o programa de Formação Profissional será realizada por comitês com o mesmo número de empregadores e empregados. O Comitê ouvirá as partes, oralmente. Se o laudo decisório não é reconhecido por ambas as partes, dentro de uma semana, então deverá ser remetidos nas duas semanas seguintes para a Justiça do Trabalho competente. § 9 °, parágrafo 5 ° é aplicável em conformidade. A ação judicial deve ser precedida em todos os casos, da audiência perante o Comitê. Se reconhecidas por ambas as partes, constitui título executivo. O § § 107 e 109 aplica-se em conformidade. Disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/arbagg/_111.html. Acesso em 03.05.2012.

conciliação (artigo 76 da lei da organização das empresas, *Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG*)¹⁶⁶, situação muito útil em contrapartida aos judicializados dissídios coletivos existentes no Brasil.

A comissão de conciliação deve ser composta equitativamente por representantes do empregador e da comissão de trabalhadores e deve ser presidida por pessoa imparcial, nomeada de comum acordo pelas duas partes, solução engenhosa que será abordada na parte de “políticas públicas específicas” deste trabalho.

Em caso de desacordo sobre a pessoa a designar como presidente ou sobre o número dos membros da comissão, a decisão final cabe ao Tribunal do Trabalho. Através de um acordo de empresa, pode igualmente ser instituída uma comissão de conciliação permanente.

¹⁶⁶ **§ 76 de arbitragem**

- (1) A resolução de litígios entre empregador e comissão de trabalhadores ou central funciona no conselho da empresa que precisa de um conselho de conciliação a ser formado. Em virtude de acordo, uma comissão de arbitragem permanente pode ser estabelecida.
- (2) A comissão de arbitragem é composta por igual número de assessores que são nomeados pelo empregador e pelos empregados, e um presidente imparcial, cuja sua pessoa ambas as partes devem concordar. Se não houver acordo sobre a pessoa do presidente, remete-se a questão ao Tribunal do Trabalho. Isso também ocorre se não houver acordo sobre o número de assessores.
- (3) A arbitragem deve tomar medidas imediatas. O presidente toma as suas decisões em conformidade com a orientação verbal por maioria de votos. Quando tomar decisões, o Presidente votará se não houver maioria, após algumas consultas adicionais sobre a nova decisão. As decisões da arbitragem devem ser por escrito, assinadas pelo presidente e enviadas para o empregador e a comissão de trabalhadores.
- (4) Havendo acordo, mais detalhes sobre o procedimento podem ser resolvidos antes de a comissão de arbitragem começar a atuar.
- (5) O pedido de substituição do veredicto da comissão por acordo realizado pela empresa e a comissão de empregados deve ser feita por escrito em uma página. Não havendo quórum, o presidente e os membros presentes decidirão apenas com base no parágrafo 3. As decisões arbitrais são tomadas com a devida consideração das necessidades da operação e levando em consideração os trabalhadores afetados de forma justa e razoável. Exceder os limites da discricionariedade pode ser pelo empregador ou só funciona dentro de um período de duas semanas a partir da data da decisão sobre a liderança, feita na Justiça do Trabalho.
- (6) Caso contrário, a comissão de arbitragem deve agir somente se solicitado por ambos os lados, se estes demonstrarem concordância a ela ou a sua ação. Nestes casos, ele substitui o acordo entre empregador e empregados.
- (7) Quando houver lei sobre a questão essa não é excluída pelo veredicto da arbitragem.
- (8) Um acordo coletivo pode tomar o lugar da arbitragem referida no n.º 1, em qualquer serviço de conciliação coletiva. Disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/_76.html. Acesso em 03.05.2012.

A comissão de conciliação decide segundo critérios de equidade, tomando em conta os interesses da empresa e dos trabalhadores afetados. A pedido de uma das partes, essa decisão pode ser submetida ao tribunal do trabalho no prazo de duas semanas, para que este verifique se foram observados os limites do poder discricionário.

Destaque-se que os prazos narrados – decadenciais –, além de específicos são extremamente exíguos o que facilita o encerramento temporal preclusivo da controvérsia de forma célere.

Ademais, em regra, a comissão de conciliação só intervém a pedido de ambas as partes (artigo 76.º, n.º 6, da BetrVG) e sua decisão só substitui o acordo entre o empregador e a comissão de trabalhadores se as duas partes tiverem previamente concordado em submeter-se a ela ou se a aceitarem a *posteriori*.

Os custos da comissão de conciliação correm por conta do empregador (artigo 76.ºA da BetrVG).

3.6 Litígios familiares

Em situações de conflito familiar, a mediação é assegurada pelas autoridades locais no quadro da assistência às crianças e jovens, enquanto – “ajuda à autoajuda” –, nos termos do código social (*Sozialgesetzbuch*). Essa intervenção tem por finalidade permitir que os pais encontrem uma solução que corresponda às necessidades e aos interesses comuns e pela qual assumam eles próprios a responsabilidade.

A mediação e a conciliação são modos de resolução extrajudicial de

conflitos propostos pelos advogados, sobretudo quando se trata de impasses assentados em matéria de direito e família. Além disso, em várias ocasiões a lei determina que os tribunais devem procurar obter um acordo amigável entre as partes em cada etapa do procedimento judicial, sobretudo no que respeita a pendengas relativas à regulação do poder paternal¹⁶⁷.

No domínio extrajudicial, a mediação familiar assume importância crescente na regulamentação das consequências da separação ou do divórcio.

Embora nem o procedimento de mediação nem o perfil profissional do mediador estejam regulados por lei, desenvolveram-se na República Federal da Alemanha elevados padrões de qualidade para a formação dos mediadores familiares. Podem referir-se, a título de exemplo, às diretrizes de formação profissional do organismo federal para a mediação familiar (*Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation*).

Em caso de separação ou divórcio dos pais, o procedimento de mediação tem como finalidade estabelecer uma noção consensual de responsabilidade conjunta do pai e da mãe após a separação ou o divórcio. Ou seja, diferentemente do que ocorre no Brasil, no qual o Juiz determina o destino e as consequências da separação, na Alemanha há um processo de entendimento entre os responsáveis que juntos constroem o seu próprio senso de responsabilidade.

É possível, por exemplo, celebrar acordos que regulem as questões de alimentos, patrimônio, propriedade e poder paternal.

A abolição do princípio da culpa nos processos de divórcio (em

¹⁶⁷ Refere-se, por exemplo, a resolução extrajudicial de conflitos nos termos do artigo 52.º da Lei sobre a jurisdição voluntária – FGG – ou a introdução de procedimentos de mediação no caso de litígios relativos ao direito de visita nos termos do artigo 52.ºA da FGG.

1977) e o reconhecimento da guarda conjunta dos filhos (desde 1982) permitiram criar os pressupostos essenciais para o recurso à mediação enquanto via para um acordo comum baseado na responsabilidade individual nos casos de divórcio ou separação.

3.7 Litígios resultantes da aplicação da lei das transferências bancárias ou do uso abusivo de cartões de pagamento

Nos termos do artigo 14¹⁶⁸ da lei relativa a ações inibitórias (*Unterlassungsklagengesetz*), em articulação com o regulamento dos procedimentos de conciliação (*Schlichtungsstellenverfahrensordnung*), foi instituída uma rotina para

¹⁶⁸ § 14 Schlichtungsverfahren

(1) Bei Streitigkeiten aus der Anwendung

1. der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen,

2. der §§ 491 bis 509 des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

3. der §§ 675c bis 676c des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung (EG) Nr. 924/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 (ABl. L 266 vom 9.10.2009, S. 11) oder

4. des § 2 Absatz 1a Satz 3 und des § 23b des Zahlungsdienstleistungsgesetzes zwischen E-Geld-Emittenten und ihren Kunden können die Beteiligten unbeschadet ihres Rechts, die Gerichte anzurufen, die Schlichtungsstelle anrufen, die bei der Deutschen Bundesbank einzurichten ist.

(2) Das Bundesministerium der Justiz regelt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die näheren Einzelheiten des Verfahrens der Schlichtungsstelle nach Absatz 1 und die Zusammenarbeit mit vergleichbaren Stellen zur außergerichtlichen Streitbeilegung in anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Das Verfahren ist auf die Verwirklichung des Rechts auszurichten und es muss gewährleisten, dass

1. die Schlichtungsstelle unabhängig ist und unparteiisch handelt,

2. ihre Verfahrensregelungen für Interessierte zugänglich sind und

3. die Beteiligten des Schlichtungsverfahrens rechtliches Gehör erhalten, insbesondere Tatsachen und Bewertungen vorbringen können.

Die Rechtsverordnung regelt auch die Pflicht der Unternehmen, sich nach Maßgabe eines geeigneten Verteilungsschlüssels an den Kosten des Verfahrens zu beteiligen; das Nähere, insbesondere zu diesem Verteilungsschlüssel, regelt die Rechtsverordnung.

(3) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit den Bundesministerien der Finanzen und für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Streitschlichtungsaufgaben nach Absatz 1 auf eine oder mehrere geeignete private Stellen zu übertragen, wenn die Aufgaben dort zweckmäßiger erledigt werden können. [os emitentes de moeda eletrônica e os seus clientes podem, sem prejuízo do seu direito de recorrer aos tribunais, chamar o serviço de resolução de litígios, que é definido no Bundesbank – Banco Central Alemão. 2) O Ministério da Justiça define, por portaria, não ser exigível o consentimento dos bancos (...). O processo é voltado para a realização do direito e deve assegurar que

1) O conselho de arbitragem seja independente e imparcial, 2) Suas regras de procedimento são acessíveis aos interessados, 3) As partes no processo de arbitragem serão ouvidas, podendo levar fatos e opiniões. A portaria também regula a responsabilidade da Companhia para participar, em conformidade com uma chave de repartição apropriada ao custo do procedimento, os detalhes, especialmente a este regime de repartição rege a portaria.

(3) O Ministério da Justiça está autorizado a transferir, de acordo com os Ministérios de Finanças e Economia e Tecnologia, por portaria, as funções de resolução de litígios referidas no n.º 1 para uma ou mais agências privadas quando for conveniente] Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/uklag/14.html>. Acesso em 03.05.2012.

a resolução alternativa de conflitos relacionados com a aplicação do direito em matéria de transferências de fundos (artigos 675.ºA a 675.ºG do Código Civil Alemão – BGB) ou decorrentes do uso abusivo de cartões de pagamento (artigo 676.ºH, primeira frase, do BGB).

A entidade de conciliação correspondente foi instituída ao nível do Banco Central Alemão (*Deutsche Bundesbank*). No caso das instituições de crédito membros de determinadas associações bancárias (*Bundesverband öffentlicher Banken, Bundesverband deutscher Banken, Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken*, bem como as associações de caixas de poupança), as quais participam nos respectivos procedimentos de conciliação, as respectivas tarefas são transferidas para estas associações.

A federação dos bancos alemães (*Bundesverband Deutscher Banken*) criou um sistema de conciliação para os seus membros destinado a resolver as divergências de carácter geral entre os bancos e os clientes (*Kundenbeschwerdestelle beim Bundesverband deutscher Banken, Postfach 04 03 07, 10062 Berlin*).

Nesse caso, qualquer cliente privado pode dirigir-se ao provedor responsável pela conciliação ao se considerar prejudicado por determinada atuação do seu banco.

3.8 Litígios entre indivíduos

Em vassalagem ao artigo 15-A¹⁶⁹ da lei relativa à aplicação do

¹⁶⁹ § 15-A (1) Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen 1.in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 750 Euro nicht übersteigt, 2.in Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach den §§ 910, 911, 923 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie nach den landesgesetzlichen Vorschriften im

Código de Processo Civil (*Einführung der Zivilprozessordnung* – EGZPO), os diferentes *Länder* podem prever procedimentos de conciliação obrigatórios:

- para litígios relativos a direitos patrimoniais da competência dos *Amtsgerichte*, de valor não superior a 750 euros, como anteriormente exposto;
- para determinados litígios relacionados com direitos de vizinhança; e
- para litígios relacionados a violações do direito ao bom nome e reputação desde que não cometidas em meios de difusão.

Além disso, quando as partes não residem ou não têm a sua sede ou uma sucursal no mesmo *Land* não é possível aplicar o procedimento de conciliação.

Sinne des Artikels 124 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt, 3. in Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind, 4. in Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes Der Kläger hat eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einzureichen. Diese Bescheinigung ist ihm auf Antrag auch auszustellen, wenn binnen einer Frist von drei Monaten das von ihm beantragte Einigungsverfahren nicht durchgeführt worden ist. (2) Absatz 1. findet keine Anwendung auf 1. Klagen nach den §§ 323, 323a, 324, 328 der Zivilprozessordnung, Widerklagen und Klagen, die binnen einer gesetzlichen oder gerichtlich angeordneten Frist zu erheben sind, 2. (*weggefallen*) 3. Wiederaufnahmeverfahren, 4. Ansprüche, die im Urkunden- oder Wechselprozess geltend gemacht werden, 5. die Durchführung des streitigen Verfahrens, wenn ein Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht worden ist, 6. Klagen wegen vollstreckungsrechtlicher Maßnahmen, insbesondere nach dem Achten Buch der Zivilprozessordnung Das gleiche gilt, wenn die Parteien nicht in demselben Land wohnen oder ihren Sitz oder eine Niederlassung haben. (3) Das Erfordernis eines Einigungsversuchs vor einer von der Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle entfällt, wenn die Parteien einvernehmlich einen Einigungsversuch vor einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, unternommen haben. Das Einvernehmen nach Satz 1 wird unwiderleglich vermutet, wenn der Verbraucher eine branchengebundene Gütestelle, eine Gütestelle der Industrie- und Handelskammer, der Handwerkskammer oder der Innung angerufen hat. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend. (4) Zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne des § 91 Abs. 1, 2 der Zivilprozessordnung gehören die Kosten der Gütestelle, die durch das Einigungsverfahren nach Absatz 1 entstanden sind. (5) Das Nähere regelt das Landesrecht; es kann auch den Anwendungsbereich des Absatzes 1 einschränken, die Ausschlussgründe des Absatzes 2 erweitern und bestimmen, dass die Gütestelle ihre Tätigkeit von der Einzahlung eines angemessenen Kostenvorschusses abhängig machen und gegen eine im Güetermin nicht erschienene Partei ein Ordnungsgeld festsetzen darf. (6) Gütestellen im Sinne dieser Bestimmung können auch durch Landesrecht anerkannt werden. Die vor diesen Gütestellen geschlossenen Vergleiche gelten als Vergleiche im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung.

Os custos do procedimento são, em princípio, suportados pelo requerente. No entanto, o acordo que põe termo ao procedimento pode estipular outras disposições no que diz respeito aos custos. Importante frisar que algumas disposições processuais prevêm a obrigação de pagamento das despesas pelo requerido em caso de não comparecimento injustificado.

O procedimento de mediação termina se for concluído com êxito, com um acordo estabelecido pelas partes e sob a sua própria responsabilidade.

3.9 A questão da admissibilidade

Em princípio, o direito alemão não impõe às partes uma obrigação geral de procurar resolver extrajudicialmente um litígio antes de recorrerem aos tribunais.

No entanto, conforme alhures exposto, em conformidade com o artigo 15.ºA da lei relativa à aplicação do Código de Processo Civil (EGZPO), um *Land* pode legalmente determinar que, em certos casos, só possa ser introduzida uma ação judicial depois de se tentar resolver a questão por acordo amigável com o auxílio de um órgão de conciliação reconhecido. Uma queixa introduzida sem prévia tentativa de conciliação seria, nesse caso, recusada por “falta de interesse de agir”. Até agora, a exigência de uma tentativa de conciliação extrajudicial tem sido utilizada em oito *Länder* (Baden-Württemberg, Baviera, Brandenburgo, Hessen, Renânia do Norte-Vestefália, Sarre, Sachsen-Anhalt e Schleswig-Holstein).

No caso de descumprimento da obrigação contratual de submeter o litígio a um procedimento extrajudicial antes de ser levado a um tribunal, a parte requerida tem o direito de suscitar exceção de inadmissibilidade, que implica a ausência de conhecimento da demanda.

Se uma cláusula desta natureza estiver inserida nas condições contratuais gerais, o respectivo conteúdo está sujeito a um controle judicial nos termos do artigo 307.º do Código Civil alemão (BGB)¹⁷⁰.

3.10 A questão do sigilo

Em um procedimento de mediação, a confidencialidade das negociações só pode ser garantida mediante acordo celebrado entre as partes.

No que se refere aos procedimentos de resolução alternativa de litígios resultantes da aplicação do direito em matéria de transferências de fundos, o regulamento relativo à conciliação (*Schlichtungsstellenverfahrensordnung* – SchlichtVerfVO) expressamente determina que o conciliador está sujeito a uma obrigação de confidencialidade (artigo 2.º, n.º 4, do SchlichtVerfVO).

3.11 O papel do advogado

O aconselhamento jurídico das partes em um procedimento de mediação ou conciliação não é obrigatório.

A Alemanha foi o primeiro país a criar um sistema de remuneração estatal para os advogados que se dispusessem a prestar assistência judiciária aos que dela necessitassem. Pelo trabalho, os advogados poderiam cobrar seus

¹⁷⁰ § 307 **Controle de Conteúdo**

(1) As cláusulas gerais são ineficazes se colocam o parceiro contratual do utilizador, a despeito da exigência de boa fé em desvantagem exagerada. Uma desvantagem exagerada, também pode resultar de uma disposição clara e compreensível.

(2) Uma desvantagem exagerada, em caso de dúvida, está presente quando: 1) não é compatível com os princípios essenciais da disposição legal de que se afasta, ou 2) limita direitos ou obrigações essenciais inerentes à natureza do contrato, de tal forma que a realização do objetivo do contrato é posto em cheque.

(3) As disposições dos parágrafos 1 e 2, e § § 308 e 309 aplicam-se apenas as disposições em termos gerais e condições acordadas pelas leis destas disposições diferentes ou adicionais. Outras disposições podem ser inválidas nos termos do parágrafo 1, frase 2, em conjugação com o parágrafo 1, frase 1.

honorários diretamente do Estado¹⁷¹ tanto pela atenção aos processos, bem como pelos aconselhamentos à população.

Na Alemanha, não foi estabelecido um perfil profissional uniforme para as pessoas que exercem atividades de resolução alternativa de litígios. Os conciliadores e mediadores são recrutados não só entre juristas, mas também em outras profissões, sobretudo no domínio da psicologia, pedagogia, comércio e sociologia. A sua formação de base é, pois, muito diversa.

As partes podem escolher livremente o procedimento de resolução do conflito, bem como o mediador ou conciliador. Se o mediador ou conciliador realizar uma atividade jurídica – por exemplo, se prestar aconselhamento jurídico às partes ou se participar na fixação contratual dos resultados de um procedimento de mediação ou conciliação – devem ser observadas as disposições da lei de aconselhamento jurídico.

Assim, nos termos dessa lei, o aconselhamento e acompanhamento jurídicos estão, em princípio, reservados a juristas, como os advogados e notários.

Os advogados que exercem atividades de conciliação ou mediação estão sujeitos às regras deontológicas da sua profissão (artigo 18.º do código deontológico dos advogados, *Berufsordnung für Rechtsanwälte – BORA*)¹⁷² e só podem utilizar a designação de «mediador» se puderem comprovar, mediante formação adequada, que dominam os princípios do procedimento de mediação

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão por Ellen Gracie Northfleet.

Porto Alegre: Fabris Editora, p. 32/33.

¹⁷² § 18 Conciliation, arbitration and mediation

If the Rechtsanwalt acts as a conciliator, arbitrator or mediator, he is subject to the rules of professional law. Disponível em http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_engl_stand_1_11_2011.pdf . Acesso em 03.05.2012.

(artigo 7.º do BORA)¹⁷³.

3.12 A resolução de litígios à distância e tecnologia

Na Alemanha, assistem-se às primeiras tentativas de direito privado no sentido de levar a cabo procedimentos de mediação através da *Internet*. Enquanto na mediação tradicional as partes em conflito se reúnem numa sala de conferências para procurarem resolver o seu problema, na mediação em linha o espaço real é substituído pelo virtual.

Os participantes podem levar a cabo as negociações no ecrã do computador, a uma grande distância espacial. A comunicação processa-se por correio eletrónico ou em salas de conferência virtuais, geridas pelo mediador. Todos os participantes podem, assim, estar presentes em uma sala de conferência virtual, existindo para o mediador a possibilidade de falar exclusivamente com uma das partes numa sala de conferência protegida por senha, enquanto a outra espera em sala diversa.

A forma de comunicação escolhida depende de cada caso específico e da situação concreta ficando mais a cargo dos interessados do que do mediador e/ou do Estado.

3.13 Custos

De um modo geral, os custos dos procedimentos alternativos de resolução de litígios são suportados pelas partes.

¹⁷³ § 7a Mediator The title of mediator may only be used by those who can prove that, on the basis of appropriate training, they master the principles of mediation procedure. Disponível em http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_engl_stand_1_11_2011.pdf . Acesso em 03.05.2012.

Nos casos em que tenham sido criadas comissões de conciliação no setor privado para tratar as reclamações de clientes, o procedimento é, em regra geral, gratuito para os usuários.

De igual modo, os serviços de aconselhamento e apoio prestados pelos organismos de proteção das crianças e jovens são gratuitos para os pais e as crianças que a eles recorrem.

No que diz respeito aos custos do processo de conciliação extrajudicial obrigatório, a disposição-quadro do artigo 15.ºA, n.º 4, do EGZPO determina que as despesas do órgão de conciliação devam ser consideradas como parte dos custos do posterior processo judicial na acepção do artigo 91.º do ZPO. Por conseguinte, se as partes não chegarem a acordo e o procedimento de conciliação for seguido de um processo judicial, esses custos devem ser reembolsados pela parte vencida.

3.14 A relação com o Poder Judiciário

No âmbito do procedimento de conciliação obrigatório (ver artigo 15.ºA do EGZPO), a ação judicial só é admissível se a tentativa de conciliação falhar. Se não tiver sido possível resolver o litígio, poderá então recorrer-se a tribunal. Se um procedimento de conciliação, realizado nos termos do artigo 278.º, n.º 5, do ZPO resultar infrutífero, será convertido em processo judicial.

Se empreendida uma tentativa de resolução extrajudicial de uma queixa de um cliente por um organismo privado de conciliação, as partes podem recorrer ao tribunal caso não aceitem a proposta de conciliação. Essa possibilidade é-lhes, de resto, comunicada quando da apresentação da proposta de conciliação

(artigo 5.º, n.º 3, primeira frase, do regulamento dos procedimentos de conciliação).

Durante a tentativa de resolução extrajudicial, a prescrição dos direitos das partes é suspensa¹⁷⁴. Desta forma, as partes não estão sujeitas à pressão de terem de concluir os procedimentos extrajudiciais antes da expiração dos prazos de prescrição.

Ademais, o principal objetivo dos modos alternativos de resolução de litígios é conseguir alcançar um desfecho por acordo amigável para o litígio que opõe as partes. Este acordo é geralmente reduzido a escrito e tem carácter contratual. É, por isso, vinculativo para as partes, podendo ser executado judicialmente em caso de descumprimento. Dado que esse tipo de acordo implica frequentemente cedências recíprocas (pelo menos ligeiras) de ambas as partes no que respeita a incertezas nas suas relações jurídicas ou à concretização dos direitos que pretendem fazer valer, tais acordos representam geralmente um compromisso na acepção do artigo 779.º do BGB.

¹⁷⁴ Para os procedimentos de conciliação e de arbitragem conduzidos por organismos de conciliação públicos ou reconhecidos pelo Estado, esta disposição decorre do artigo 204.º, n.º 1, ponto 4, do Código Civil (BGB), ao passo que para as outras formas de resolução alternativa de litígios está consagrada no artigo 203.º, primeira frase, do BGB.

CAPÍTULO IV – POLÍTICAS PÚBLICAS

Os movimentos sociais do século XIX foram a gênese das chamadas “Constituições Sociais” do início do século XX¹⁷⁵. Diplomas normativo-políticos traduziam (ou deveriam traduzir) os anseios da população, que não mais se satisfazia com a estipulação meramente liberal/negativa dos direitos fundamentais, ao revés, buscava um Estado prestador, positivo e fornecedor de direitos e garantias.

Nesse sentido, a Constituição Alemã de Weimar (1919) e a Constituição do México (1917) deram início ao chamado constitucionalismo social e demarcaram a fase inicial do Estado providência.

Decorrentes dessa diretriz surgiram as Políticas Públicas como instrumentos elementares na busca do planejamento e da efetivação das providências esperadas/exigidas frente ao aparelho estatal.

Dentro desse contexto, um dos aspectos centrais era a elaboração de políticas públicas que possibilitassem um acesso à ordem jurídica pela população.

Capeletti e Garth,¹⁷⁶ em estudo sobre o tema, observam que o processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar a problemática do acesso efetivo à justiça, nos países do ocidente está sedimentado em 03 grandes ondas renovatórias, cada qual tentando solucionar a problemática do acesso à ordem jurídica justa¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Exemplos: Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919.

¹⁷⁶ CAPELETTI, Mauro. *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. In. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 12, p. 309/321.

¹⁷⁷ CAPELETTI, Mauro e GARTH, Brvant. *Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet do original Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milano: Giuffrè, 1978. p.*

A primeira grande onda teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária; a segunda grande onda referia-se às “*reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses jurídicos difusos*”; e a terceira grande onda foi denominada de “*ênfase de acesso à justiça*” que tinha por escopo atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo¹⁷⁸.

Contudo, o acesso à justiça, hoje, encontra contraponto com o excesso de litígios e processos em andamento no Judiciário e que acabam sendo uma das causas de sua morosidade, situação que acarretou a busca por soluções processuais, paliativas e pontuais para a resolução do problema, tais como a criação do instituto da repercussão geral; da súmula impeditiva de recursos; da súmula vinculante; do recurso especial representativo de controvérsia e, mais recentemente, da Proposta de Emenda à Constituição conhecida como “PEC dos Recursos¹⁷⁹”.

Nesse cenário, as ideias a serem levantadas nesse trabalho têm como pano de fundo a problemática referente à necessidade de se reduzir a quantidade de demandas recebidas pelo Judiciário, ou, ao menos, de melhorar a qualidade e obter a humanização do sistema, superando um atual “*fordismo*” judicial de decisões estereotipadas e (re)produzidas em massa. E, por essa vereda, buscar alternativas com o escopo de racionalizar o acesso ao Judiciário, harmonizando as necessidades de hoje com os direitos sociais que deram origem ao sistema.

4.1 Políticas públicas e acesso à Justiça

De início, importante realizar um corte sobre a definição do que seriam as políticas públicas na forma a ser tratada nessa dissertação.

8. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre 1988.

¹⁷⁸ CAPELETTI, Mauro. *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. In. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 12, p. 316.

¹⁷⁹ Teor do normativo Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>. Acesso em 18/07/2013.

Nos termos do definido por Celina Souza¹⁸⁰, não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Contudo, por opção didática, nos filiamos à definição clássica de Lowi *apud* Rezende, o qual define política pública como a “*regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas*”¹⁸¹.

Nesse sentido, o caráter holístico da área não significa que ela careça de coerência teórica ou metodológica, mas apenas que comporta vários significados e perspectivas, delimitados doutrinariamente.

Para Enrique Saravia, política pública seria o fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade.

Decisões essas condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem no decisório. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório¹⁸².

Assim, a finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política.

Conforme Castro, Ribeiro, Chaves e Duarte¹⁸³ a política social em

¹⁸⁰ SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas, in. Políticas Públicas no Brasil, Editora Fiocruz, Rio de Janeiro, 2008, p. 68.

¹⁸¹ REZENDE, F.C. Por que falham as reformas administrativas? Rio de Janeiro, FGV, 2004, p. 13.

¹⁸² SARAIVIA, Enrique. Políticas Públicas – Coletânea Vol. 1. Escola Nacional de Administração Pública, Brasília-DF, 2007, p. 28-29.

¹⁸³ CASTRO, Jorge Abrahão de. RIBEIRO, José Aparecido Carlos. CHAVES, José Valente e DUARTE, Bruno

território brasileiro carece de uma ótica mais integradora por parte dos governos. Destarte, se percebe a dificuldade de pensar a política social brasileira na perspectiva da ideia do *Welfare State* ou mesmo discutir a validade de tal conceito para enquadrar os esquemas vigentes.

Nesse norte, para efeito deste trabalho, entender-se-á por política social como sendo composta por um conjunto de programas e ações do Estado que se manifestam em oferta de bens e serviços, transferências de renda e regulação, com o objetivo de atender às necessidades e aos direitos sociais que afetam vários dos componentes das condições básicas de vida da população¹⁸⁴.

A referida delimitação é importante e necessária, porquanto as políticas públicas possuem aspectos dinâmicos, uma vez que, em sua trajetória histórica, cada sociedade incorpora o reconhecimento de determinadas contingências, riscos sociais e igualdades desejáveis, exigindo que o Estado e outros entes sociais assumam a responsabilidade pela sua defesa e proteção. Conforme os autores aqui mencionados indicam, tais processos constituem, em cada país, sistemas de proteção e promoção social com maior ou menor abrangência, mas que são dinâmicos, estando na maior parte do tempo em construção ou reforma¹⁸⁵.

Destarte, pode-se dizer que uma política social busca proteger os cidadãos mediante a segurança que tem como ideia a solidariedade aos indivíduos, famílias e grupos em determinadas situações de dependência ou vulnerabilidade perante terceiros ou perante o próprio aparato estatal.

Carvalho. *Nota Técnica n° 09 – IPEA. Gasto Social Federal: Prioridade macroeconômica no período 1995-2010*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 3.

¹⁸⁴ Idem, p. 4.

¹⁸⁵ Idem, p. 4.

Nesse contexto, tem-se que o Acesso à Justiça – *lato sensu* – agrupa-se como uma política com o objetivo de promoção social, a qual pode ser definida, por determinados instrumentos que pretendem garantir aos cidadãos oportunidades e resultados mais amplos e mais equânimes de acesso aos recursos e benefícios conquistados pela sociedade em seu percurso histórico; no caso, os direitos sociais, dentre eles, o acesso à Justiça¹⁸⁶.

De toda sorte, referido conceito e viés não impedem que sejam conhecidas outras definições que complementam o entendimento, como aquela de Barbosa da Silva de que “*política pública é uma fatia do orçamento, é o comprometimento do governo, é a interação com os demais órgãos*”¹⁸⁷.

No caso brasileiro, as políticas públicas de acesso à Justiça não podem ser apenas estudadas nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais existentes, porquanto não se trata de apenas possibilitar o acesso ao Judiciário como instituição, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa¹⁸⁸.

4.1.1 *Problemática*

Como visto linhas passadas, o acesso à instituição judicante não tem, em virtude do “*fordismo*” judicial, significado, necessariamente, acesso à Justiça.

Nesse sentido, inicialmente é preciso verificar as causas que têm dado gênese à referida problemática.

¹⁸⁶ Idem, p. 6.

¹⁸⁷ BARBOSA da Silva, F.A. & ABREU, L.E. *O programa mais cultura, o fundo nacional de cultura e o sistema nacional de cultura. In. As políticas públicas e suas narrativas*. Brasília, IPEA, 2011, p. 180.

¹⁸⁸ WATANABE. Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. IN. GRINOVER, A.P. *Participação e processo*, p. 128.

4.1.1.1 Rede de causas

De início, a primeira causa apontável para o problema narrado é a centralidade/monopólio do Estado como ente solucionador de conflitos. Referido valor é apontado por Barbosa da Silva, que indica o Estado como o titular de uma autoridade política e portador de legitimidade, valores tão caros, não apenas ao direito, mas também a diferentes forças sociais e ideológicas¹⁸⁹.

Esse monopólio é tratado no contexto do distanciamento das relações pessoais por Derrida¹⁹⁰ e Ricoeur¹⁹¹, sendo que o primeiro entende, ainda, que não se pode falar diretamente de justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer “isto é justo” e ainda menos, “eu sou justo”, sem trair imediatamente a justiça, senão o direito¹⁹².

Esclarece-se que essa pretensão esconderia um anseio de poder, qual seja o de definição da verdade¹⁹³, de caráter ideológico. Nesse viés Montaigne descreve, lembrado por Derrida, que “as leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade”¹⁹⁴.

Destarte, como tratado por Hespanha, o direito não cria a paz e a segurança; cria os próprios valores sobre os quais essa paz e essa segurança se estabelecem. Outrossim, o direito constituiria uma atividade cultural e socialmente

¹⁸⁹ BARBOSA da Silva, F.A. & ABREU, L.E. *O programa mais cultura, o fundo nacional de cultura e o sistema nacional de cultura*. In: *As políticas públicas e suas narrativas*. Brasília, IPEA, 2011, p. 197.

¹⁹⁰ DERRIDA, Jacques. *Dar La muerte*. Editorial Paidós. 2006. p. 14.

¹⁹¹ RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. A Estranheza do Estrangeiro. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As Grandes Indagações da Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999, p. 16..

¹⁹² Op. Cit. p. 17.

¹⁹³ Foucault, sobre o tema escreve sobre a pretensão de poder no discurso científico: “Quando eu vejo vocês se esforçarem para estabelecer que o marxismo é uma ciência, não os vejo, para dizer a verdade, demonstrando de uma vez por todas que o marxismo tem uma estrutura racional e que suas proposições dependem, por conseguinte, de procedimentos de verificação. Eu os vejo, sobretudo e acima de tudo, fazendo outra coisa. Eu os vejo vinculando ao discurso marxista, e eu os vejo atribuindo aos que fazem esse discurso, efeitos de poder que o Ocidente, desde a Idade Média, atribuiu à ciência e reservou aos que fazem discurso científico”. In FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*, (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15.

¹⁹⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 21.

tão criativa quanto a arte, a ideologia ou a organização da produção econômica¹⁹⁵.

Ademais, além da questão do monopólio estatal e de suas decorrências em relação ao contexto de Poder e ideologia, podem ser apontadas algumas outras causas, a saber: (i) distanciamento dos indivíduos acarretando a impossibilidade na resolução pessoal e pacífica dos conflitos; (ii) desumanização da função judicante; (iii) indústria de ações temerárias/infundadas como forma de tentativa de utilização de decisões judiciais para enriquecimento ilícito; (iv) prazos prescricionais, por vezes, extremamente extensos; (v) o problema recursal; (vi) falta de estrutura judiciária¹⁹⁶; (vii) descrédito das possibilidades de soluções perante os órgãos administrativos.

Referidas causas, em conjunto com o alhures mencionado monopólio, ao nosso sentir perfazem a rede de causas que originam a problemática e que merece, de modo específico, uma Política Pública para resolver a questão.

4.1.1.2 *Políticas Públicas específicas para cada causa*

No contexto narrado nas linhas anteriores sugerem-se as seguintes políticas públicas específicas para cada causa:

De início, quanto ao monopólio judicial, faz-se necessária uma política de fortalecimento das demais formas de resolução de controvérsias – extrajudiciais – pelos órgãos administrativos do Estado, como, *v.g.*, PROCONs, DETRANs, CARF, Conselhos de Contribuintes, CADE, dentre outros, criando regras, como no modelo Alemão, que possibilitem decisões terminativas dos referidos órgãos sem a possibilidade de reexame do mérito perante o Judiciário, mas apenas

¹⁹⁵ HESPANHA, A.M.B. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2005, p. 99.

¹⁹⁶ A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por exemplo, prevê uma relação de comarcas/juízos com o número de habitantes o que, no Brasil, encontra déficit em relação à mesma proporção existente em outros países, como a Alemanha, por exemplo.

de eventuais vícios de legalidade ou correlatos. Poder-se-ia condicionar essas decisões terminativas aos valores pecuniários envolvidos¹⁹⁷ ou eventual repercussão social da questão, ou ainda, possibilitar o reexame somente no 1º grau de jurisdição.

Quanto ao distanciamento dos indivíduos, isso poderia ser objeto de políticas públicas criadoras, como no modelo germânico, de “Câmaras Locais de Resolução de Controvérsias” para questões menores como briga de vizinhos em razão de animais domésticos, poluição sonora, dentre outras, no mesmo modelo sugerido no parágrafo anterior, com eventual recurso ao 1º grau de jurisdição, este a fazer a conexão entre a esfera não judicial e o Judiciário. Tais “Câmaras” poderiam possuir composição proporcional aos moradores da região ou promover debates comunitários para, preventivamente, evitar a existência de conflitos.

Quanto à questão humanística dos magistrados, o Judiciário, como política pública, deve dar ênfase na formação do julgador, ou, nas palavras de Ayres Britto¹⁹⁸ “*o juiz que faz de sua caneta um pé-de-cabra é o meliante número um*”, pois o estrago que ele causa na confiabilidade e na autoestima coletiva é maior do que quando esse estrago é perpetrado por qualquer outro agente público.

O que será feito diante de tantas informações técnicas, refinadas de todos os códigos e da Constituição depende da sua formação. Em outras palavras, sensibilidade também é um requisito de desempenho, uma vez que sem ela não será perceptível que há dramas humanos nos autos, sendo necessária a promoção de visitas e encontros entre jurisdicionados e julgadores para que ambos possam compreender melhor o papel de cada um na dinâmica do tecido social.

¹⁹⁷ Por exemplo, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) realizou cálculos que têm como conclusão que em dívidas menores do que R\$ 21.700,00 (vinte e um mil e setecentos reais), a União dificilmente consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial.

¹⁹⁸ Entrevista em 11 de julho de 2013 para a Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/ayres-britto-defende-sensibilidade-criterio-avaliar-juizes>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

No que se refere às ações temerárias/infundadas como forma de tentativa de utilização de decisões judiciais para enriquecimento ilícito, preciso alterações legislativas específicas agravando as penas para as condutas de litigância de má-fé ou de violação aos preceitos éticos da advocacia que sejam efetivamente descumpridos, existindo, *v.g.*, um cadastro de advogados ou partes litigantes de má-fé que possa ser previamente consultado por magistrados ou, ainda, custas iniciais progressivas para aqueles que tiveram suas ações extintas em decorrência da temeridade das demandas interpostas, aplicando-se a isonomia real (tratando desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam).

Entretanto, quanto ao ponto cabem maiores reflexões, porquanto não se pode olvidar a importância e a essencialidade dos advogados à Justiça, merecendo aprofundamento próprio em outra oportunidade com o decorrer do debate ora proposto.

Quanto aos prazos prescricionais, comparece recomendável, como forma de otimizar o ajuizamento de demandas, a sua redução, lembrando que nada obsta que o seu termo “a quo” seja fixado quando da ciência pelo lesado.

Contudo, o que não se apresenta razoável, é que os referidos interstícios sejam fixados em 03 (três), 05 (cinco) ou 10 (dez) anos. Nesse sentido, o prazo de 01 (um) ou, no máximo, 02 (dois) anos da ciência do ato ou da ocorrência do fato – a depender do direito discutido – seria suficiente para o ajuizamento de demanda judicial visando à efetivação da pretensão.

Referido tempo se demonstra razoável à colheita mínima das provas necessárias – que poderão ser complementadas em Juízo – contratação de causídico e confecção da peça processual pertinente, devendo ser realizada uma

política pública de conscientização da população sobre a necessidade de ponderação célere acerca da conveniência, ou não, no ajuizamento de referida demanda.

No que se refere ao problema recursal, entende-se interessante o exemplo da Justiça Laboral a impor verbas recursais em montantes significativos e que ajudam à efetivação de eventual execução futura, racionalizando a interposição de recursos e forçando uma maior ponderação acerca do direito pleiteado e do benefício pretendido – em nítida análise econômica do direito processual recursal, sob o manto da dialética custo/benefício – em oposição aos valores do depósito a ser realizado, evitando que teses infundadas e sem amparo legal sejam ajuizadas órfãs do mínimo de reflexão sobre sua pertinência.

Em outras palavras, aumentando-se o custo, a ponderação fica mais apurada, lembrando que nada obsta a gratuidade de Justiça e a eventual condenação ao pagamento das custas somente ao final da tramitação do feito, de modo a não inviabilizar o acesso ao sistema daqueles em condição de vulnerabilidade.

No tocante à falta de estrutura do Judiciário, isso deve ser analisado em conjunto com as outras medidas já apresentadas, porquanto ao passo em que as demais ações forem concretizadas a carga de trabalho dos órgãos judicantes tende a se estabilizar ou até mesmo a se reduzir, o que importará em maior disponibilidade magistrado/processo do que a hoje existente.

De toda forma, nada obsta que sejam promovidos cursos de especialização e intercâmbio de servidores e magistrados em relação a outros órgãos judicantes, mesmo de outros países, como forma de assimilação de

experiências com o fito de melhora do sistema como um todo, nos moldes do programa Joaquim Nabuco promovido pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser expandido¹⁹⁹.

Por fim, quanto ao descrédito das possibilidades de soluções perante os órgãos administrativos, isso resulta da própria ineficácia dos órgãos no contexto holístico do sistema; em outras palavras, as decisões não são, em sua maioria, cumpridas na forma esperada, porquanto podem ser revistas pelo Judiciário.

Desse modo, se faz necessária a criação de regras específicas para a implementação de hipóteses em que as decisões administrativas possam, quanto ao mérito da lide, apresentarem-se terminativas.

Contudo, para que isso sobre implementado em consonância com a legitimidade social necessária, importante que os órgãos recursais administrativos, além de possuírem composição paritária de jurisdicionados e representantes do Estado, tenham previsão de que eventual voto de qualidade, no caso de empate nas discussões, seja de competência de terceiro, neutro, que, inclusive, pode ser o juiz de primeiro grau, judicializando a questão nesse ponto específico, ou, ainda, que no caso de empate, prevaleça o cidadão, vulnerável e hipossuficiente, em regra, nas demandas.

4.2 A questão do paradigma

Kuhn entende como paradigma “*as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e*

¹⁹⁹ Mais detalhes sobre o programa podem ser conhecidos em <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=179841>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

*soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência*²⁰⁰”.

Desse modo, a compreensão do paradigma está diretamente vinculada às denominadas “revoluções científicas” as quais o referido autor define como “os complementos desintegradores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada”²⁰¹.

No caso do acesso à Justiça, a prestação positiva do Estado Social como forma de alcance à ordem jurídica justa²⁰² e o monopólio do Estado consubstanciado na inafastabilidade da jurisdição decorrem do paradigma do Estado prestador, social, dirigente que, como vimos, teve sua gênese nos movimentos sociais do século XIX e foi positivado no início do século XX nas Constituições que tratavam dos direitos fundamentais sociais – de segunda geração – e de sua efetivação.

Importante, nesse sentido, a lição de Kuhn de que a observação e a experiência podem e devem restringir drasticamente a extensão das crenças admissíveis, porque de outro modo não haveria ciência. Contudo, não podem, *per si*, determinar um conjunto específico de semelhantes crenças²⁰³.

Sob esse ponto, Berger trata da relação entre o conhecimento e as instituições ao definir que a segmentação da ordem institucional e concomitante distribuição do conhecimento “*levarão ao problema de fornecer significados integradores que abranjam a sociedade e ofereçam um contexto total de sentido objetivo para a experiência e o conhecimento fragmentado do indivíduo*”²⁰⁴.

²⁰⁰ KUHN, T. A Estrutura das Revoluções Científicas, São Paulo, Perspectiva, 1996, p. 13.

²⁰¹ Op. Cit, p. 25.

²⁰² WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas*, 1984, p. 161.

²⁰³ KUHN, T. A Estrutura das Revoluções Científicas, São Paulo, Perspectiva, 1996, p. 23.

²⁰⁴ BERGER, P.L. & LUKMANN, T. A construção social da realidade, Ed. Vozes, Petrópolis, RJ, 1985, p. 116/117.

No contexto do acesso à Justiça, a multiplicação de sentidos e perspectivas aumenta muito o problema de estabelecer um dossel estável para a sociedade inteira²⁰⁵, porquanto, como vimos, o que tem existido é um acesso amplo e irrestrito ao Judiciário, mas a ordem jurídica justa, individualizada e humanizada, contudo, continua, para grande parte da sociedade, inacessível.

Entretanto, no tocante à problemática em tela, o conhecimento social estabilizado, como vimos em Watanabe, é de que o acesso à Justiça seria uma conquista do século XX, e, por isso, as normas constitucionais que o preveem, como no Brasil o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, seriam endereçadas ao legislador *“que ao elaborar a lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário”*²⁰⁶.

Contudo, esse entendimento pode ser discutido, porquanto “impedir” ou “dificultar” não se confunde com “racionalizar”, muito embora por jogo de palavras pudessem, e a experiência histórica nos demonstra, ser confundidas como forma de mitigar conquistas sociais.

Entretanto, a questão paradigmática em tela e que tenciona o entendimento estabilizado é exatamente de que o acesso irrestrito ao Judiciário constitui uma das causas da mitigação ao acesso à Justiça, uma vez que para atender a demanda e as metas estabelecidas os órgãos julgadores, por vezes, se fazem municiar de decisões estereotipadas e genéricas, as quais, teleologicamente, não cumprem a ideia de acesso plasmada positivamente nas constituições sociais.

Destarte, é preciso realizar uma análise axiológica dos valores envolvidos, ou, em outras palavras, entender e tencionar que o propósito de acesso

²⁰⁵ Op. Cit. 119.

²⁰⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. Ed. Saraiva, 19ed, p. 1075.

à Justiça não se perfectibiliza com o simples acesso ao Judiciário.

A racionalização do acesso ao Judiciário leva ao acesso à Justiça e se subsume aos movimentos sociais de segunda geração, e é essa a proposta do presente trabalho acadêmico.

Nesse ponto, é preciso, como Berger, frisar que a questão decisiva consiste em saber se o homem ainda conserva a noção de que, embora objetivado (o conhecimento), o mundo social foi feito pelos homens e, portanto, pode ser refeito por eles²⁰⁷.

Ou seja, mesmo que o paradigma de acesso ao Judiciário seja o atual, a reificação²⁰⁸ do conceito como grau extremo do processo de objetivação perde a inteligibilidade que possui como empreendimento humano e fixa-se como uma facticidade não-humana e não-humanizável, inerte.

Em outras palavras, é preciso intensificar o debate para delimitar que acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, isto é, a análise da reificação é importante para a sociologia do conhecimento porque a impede de cair em uma concepção não dialética da relação entre aquilo que os homens fazem e o que pensam, podendo, outrossim, ser superada²⁰⁹.

4.3 Os atores do campo

A análise cognitiva das políticas públicas procura responder a uma dupla ambição: integrar a dimensão do global, que parece fundamental para compreender a lógica do trabalho na mudança das políticas públicas, destacando o papel dos atores na construção dos quadros de interpretação do mundo e a

²⁰⁷ BERGER, P.L. & LUKMANN, T. A construção social da realidade, Ed. Vozes, Petrópolis, RJ, 1985, p. 123.

²⁰⁸ Como Berger cita: “Através da reificação o mundo das instituições parece fundir-se com o mundo da natureza”. Op. Cit, p. 125.

²⁰⁹ Op. Cit, p. 126.

implementação concreta da dialética global e “setorial”²¹⁰.

No campo da resolução de litígios estão presentes diversos atores, dentre eles, e segundo corte realizado neste trabalho, o Judiciário, os Jurisdicionados e o Governo.

De início, importante explicitar que a reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídica, como em Kelsen, na questão de políticas públicas é insuficiente para o estudo do campo, porquanto no contexto de acesso à Justiça devem ser consideradas as pressões sociais, não esgotando nas normas jurídicas seu próprio fundamento²¹¹.

Colocadas as premissas nessa bitola, a questão do Poder ganha destaque na dificuldade da promoção extrajudicial de resolução de controvérsias, uma vez que a questão do Poder guarda estreita relação com as questões de competência.

Nesse sentido, as práticas e os discursos jurídicos seriam o produto do funcionamento de um campo, cuja lógica específica estaria duplamente fundamentada, de um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência – própria repartição política de competências do Judiciário – e, de outro, a lógica interna das obras jurídicas que delimitariam o espaço de possíveis universos de resolução propriamente jurídicos – Doutrina, ou *lato sensu*, os jurisdicionados²¹².

Em outras palavras, o campo jurídico é o local de concorrência pelo

²¹⁰ MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique. In: Revue française de science politique, 50e année, n°2, 2000, p. 7.

²¹¹ BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico, Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil S/A, 1989, p. 106.

²¹² Idem, p. 211.

monopólio – não só de julgar -, mas de “*dizer o que o direito quer dizer*” o que acaba por se tornar um discurso de legitimação das estruturas de Poder existentes, causando a dificuldade de progresso de fórmulas alternativas.

Assim, o próprio campo investe agentes de competência para interpretar, como diria Bourdieu, “*de maneira mais ou menos autorizada*”²¹³ um *corpus* de textos que consagram a visão legítima “justa” do mundo social. E esse Poder, construído no *locus* jurídico não é dividido com aqueles intérpretes alienígenas do sistema, ou seja, o campo limitado acaba por restringir eventuais composições diversas de discurso jurídico, deslegitimando a procura e a resolução de conflitos fora das bases estabelecidas pelos intérpretes autorizados.

Bourdieu traz algumas críticas a esse posicionamento afirmando que, de modo diverso do que ocorre no campo jurídico, na hermenêutica literária ou filosófica, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade, porquanto as divergências entre os “intérpretes autorizados” são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica²¹⁴, assim, a interpretação não se presta apenas a juristas, mas também a toda a sociedade.

Destarte, é preciso ter em vista o escopo social da norma, uma vez que elas não deveriam ser fins em si mesmas, embora o discurso de legitimação dos atores do campo tenda a excluir intérpretes alheios ao sistema em contraponto aquilo que Häberle chamou de “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”²¹⁵.

Isso se dá em razão de que, como no texto religioso, filosófico ou

²¹³ Idem, p. 212.

²¹⁴ Idem, p. 213.

²¹⁵ HÄBERLE. Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Fabris. 1997, p. 4.

literário, também no texto jurídico – e nesse ponto ele se aproxima dos demais –, estão em jogo lutas de Poder, pois a leitura e a interpretação do Direito são maneiras de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial.

Desse modo, a força simbólica do Direito é o Poder de dizer qual interpretação estaria acobertada pelo véu da legitimidade e qual não estaria.

Assim, ao trazer as fórmulas alternativas de solução de controvérsias para dentro do sistema judicial, a leitura simbólica que se tem é que o Judiciário legitima as respectivas fórmulas, desde que realizadas sob a sua tutela, orientação e incentivo.

Importante salientar que mesmo as próprias decisões judiciais necessitam de legitimidade para serem justificadas, uma vez que somente se distinguem de simples atos de força política na medida em que se apresentem como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos legitimados²¹⁶.

O discurso jurídico possui uma linguagem própria que acaba por figurar como elemento de limitação da legitimidade. Referida linguagem possui dois efeitos principais: O efeito da neutralização, assim definido por Bourdieu:

O efeito da neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo.

²¹⁶ Idem, p. 214.

E o efeito, denominado de “universalização”, que por seu turno é assim definido pelo mesmo pensador:

O efeito da universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestativos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transobjetivos que pressupõem a existência de um consenso ético; o recurso de fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais.²¹⁷

Destarte, como se percebe, a linguagem jurídica é delimitadora do campo e, por consequência, excludente. Cria a hierarquização dos legitimados e, por consequência, o discurso “de autoridade”, ou seja, acaba inviabilizando que o discurso jurídico seja formulado de forma livre e individualizada, pois se prende e segue determinados *standards* preestabelecidos e reificados.

Frise-se que o estabelecimento de *standards* ou de bitolas para o discurso jurídico não é, *a priori*, prejudicial, pois constitui elemento determinante de progresso do próprio campo.

Contudo, no caso da composição de conflitos, tal circunstância acaba por excluir da própria arena jurídica os diretamente interessados, uma vez que “*ao dar a cada um o que é seu*”, o Judiciário, como terceiro indiferente, não promove a união, mas apenas a repartição de benesses e ônus. Não se constrói

²¹⁷ Idem, p. 216.

algo comum, a parte não se sente responsável pela construção da solução, mas apenas por levar a questão controversa para terceiro.

A formulação do Judiciário, tal como visto em Foucault²¹⁸, é a de um terceiro que decide pelas partes o seu destino, como Freud²¹⁹ indica, isso teria origem na questão paterna e na busca da dissociação das consequências dos próprios atos, o que não se coaduna com a composição, que corresponderia à soma de vontades e esforços em busca da solução comum que, ainda que se a considere insatisfatória, fora legitimamente construída pelos próprios interessados.

Os cânones jurídicos, como fundantes da interpretação jurídica, seriam “reservatórios de autoridade” que garantem, à maneira de um banco central, a autoridade dos atos jurídicos singulares²²⁰.

Daí decorre a dificuldade de o Judiciário se relacionar com os jurisdicionados que buscam solucionar seus conflitos à revelia dos cânones e da linguagem jurídica, ou mesmo, de forma não tão extremada, apenas fora de sua estrutura política.

Nesse sentido é que se defende uma “gestão de conflitos” prévia a uma “imposição da solução” pelo Judiciário como forma de racionalizar e humanizar os aspectos que seriam levados àquele Poder, uma vez que a regra tirada de um caso precedente não pode ser pura e simplesmente aplicada a um novo caso, porque, da mesma forma que não haveria duas coisas nem duas pessoas exatamente iguais na natureza, não há dois casos concretos perfeitamente

²¹⁸ FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 24.

²¹⁹ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância Entre a Vida mental dos Selvagens e dos Neuróticos*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XIII. Rio de Janeiro. IMAGO. 1912, p. 197.

²²⁰ Idem, p. 219.

idênticos.

Outrossim, seria evitado o silogismo jurídico que permite subsumir o caso particular numa regra geral²²¹. Em uma analogia ao definido por Muller, poderíamos aduzir que “*ao produzir a composição os atores passam a pensar neles próprios e em suas ações*”²²².

Colocadas as questões entre os atores – Judiciário e Jurisdicionados – nesses termos, importante investigar o papel do terceiro ator – o Governo – no teatro jurídico.

Seguindo a ótica de Lowi, política pública seria uma “*regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas*”²²³. Portanto, necessário definir, dentro dos formatos estabelecidos pelo referido mestre, em qual campo a política pública de racionalização do acesso à Justiça se encaixaria.

Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões em detrimento do todo. O segundo é o das políticas regulatórias, mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas públicas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e a curto prazo para certos grupos sociais e ganhos incertos e futuros para outros. São,

²²¹ Idem, p. 222.

²²² MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique. In: Revue française de science politique, 50e année, n°2, 2000, p. 7.

²²³ REZENDE, F.C. Por que falham as reformas administrativas? Rio de Janeiro, FGV, 2004, p. 13

em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas públicas constitutivas, que lidam com procedimentos²²⁴.

No caso da política pública de racionalização do acesso à Justiça, é no quarto grupo em que se encaixa, por constituir procedimentos para evitar o excesso de litígios em curso perante o Judiciário e o “fordismo” das decisões.

Destarte, o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa a corrigir – excesso de litígio e o afastamento dos indivíduos na resolução de suas próprias controvérsias – na chegada desse problema ao sistema político (*politics*) – via nova repartição das competências jurisdicionais com órgãos e entes não vinculados ao Judiciário – e no processo percorrido nessas duas arenas, e nas instituições/regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública²²⁵.

Nesse sentido, tem-se por relevante a inserção do tema na agenda governamental, a qual, para Kingdon, pode ser definida como o “conjunto de assuntos sobre os quais o governo e pessoas ligadas a ele concentram sua atenção em um determinado momento”²²⁶.

No caso, o problema da morosidade/automação/excesso de litígios se transformou em questão apta a ser inserida na agenda governamental necessitando ação por meio dos mecanismos básicos previstos por Kingdon, quais

²²⁴ SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas, in. Políticas Públicas no Brasil, Editora Fiocruz, Rio de Janeiro, 2008, p. 73.

²²⁵ Idem, p. 84.

²²⁶ KINGDON, J. Agendas, Alternatives, and Public Policies. 3. Ed. New York., Harper Collins, 2003, p. 3.

sejam, indicadores, eventos, crises e símbolos²²⁷.

Os indicadores são os números dos processos em andamento e a promoção de mecanismos processuais para “barrar” recursos aos Tribunais; os eventos são os mutirões para encerramento de processos (v.g, mutirões de conciliação “extrajudicial” no Judiciário promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça); as crises são as críticas cada vez mais frequentes de que o Judiciário tem criado decisões formulário/estereotipadas para resolver as demandas em um autêntico “fordismo” jurídico; e os símbolos, por derradeiro, seriam as normas que preveem uma reformulação do sistema recursal, como, v.g, o anteprojeto do Código de Processo Civil.

Tais princípios previstos por Kingdon verberam em Surel²²⁸, que aduz que para definir uma política pública como paradigma comparece necessário pressupor quatro elementos fundamentais: princípios metafísicos gerais, hipóteses práticas, metodologias de ação e instrumentos específicos.

Definição que retoma a Kuhn, para quem “*paradigma é aquilo que compartilham os membros de uma comunidade científica e somente eles*”²²⁹.

No caso, a morosidade/estereotipação/abarroamento do Judiciário é compartilhada se não por todos, por grande parte dos juristas que estudam ou convivem com o campo, modo pelo qual embora não constitua um paradigma científico é um elemento estabilizado para que se funde a política pública ora sugerida.

²²⁷ Op.Cit, in SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas, in. Políticas Públicas no Brasil, Editora Fiocruz, Rio de Janeiro, 2008, p. 90.

²²⁸ SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas, Medellín, Estudios Políticos n° 33, p. 51.

²²⁹ Idem.

Em outras palavras, o problema se encontra estabilizado pela comunidade e, nesse sentido, cabível o ensinamento de Muller de que “*elaborar uma política pública se reduz a construir uma representação, uma imagem da realidade sobre a qual se quer intervir*”, ou seja, é o referencial da política pública²³⁰.

Destarte, definido o referencial, há que se ter em mente duas dimensões fundamentais sobre o tema: a dimensão intelectual e a dimensão de poder, assim definidas por Muller:

La dimensión intelectual, es decir, el proceso de construcción de una visión del mundo que va a determinar la percepción de los actores que intervienen en el sistema de decisión.

La dimensión del poder, es decir, el proceso por el cual se va a establecer una nueva jerarquía entre los actores, donde uno de los grupos presentes hace adaptar su liderazgo en el sistema y su lugar central en el proceso político.

Contudo, no caso da racionalização do acesso ao Judiciário não se trata apenas de decidir uma nova hierarquia entre os atores, mas de estabelecer que novos atores sejam inseridos no grupo: tabeliães; órgãos colegiados extrajudiciais, dentre outros, na forma como sugerido no tópico 1.1.2 deste trabalho.

Entretanto, como o próprio Muller alerta, o procedimento de acesso ao poder de novos atores sociais por intermédio da difusão de novas imagens cognitivas não se resume a um mero processo ideológico ou científico. Ao contrário,

²³⁰ MULLER, Pierre. Las Políticas Públicas, Universidade Externado de Colombia, 4ª Ed, 2000, p. 73.

está no coração das lutas sociais cuja forma pode ser mais ou menos intensa²³¹.

Sob esse viés, Esping Andersen aduz que mesmo o *welfare state*, a despeito de ser um “meio de administrar bens coletivos” é, também, “um centro de poder em si, e por isso, tenderá a promover o próprio crescimento”²³².

Aprofundando ainda mais essa questão de “poder”, Hespanha assevera que o próprio direito “*é um sistema de legitimação, i.e, um sistema que fomenta a obediência daqueles cuja liberdade vai ser limitada pelas normas. Na verdade, o direito faz parte de um vasto leque de mecanismos votados a construir o consenso acerca da disciplina social*”²³³, modo pelo qual ganha importância a implementação das políticas públicas mencionadas no bojo deste trabalho.

4.4 Instrumentos de aferição

4.4.1 Indicadores

Sinteticamente, os instrumentos de aferição de uma política pública de racionalização do Acesso ao Judiciário seriam os próprios dados de números de processos judiciais e o número de conflitos resolvidos em searas institucionais – colegiados locais, cartórios ou entes vinculados à Administração Pública – em comparação com os existentes hoje.

O relatório “Justiça em Números” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça poderia constituir importante parâmetro em relação ao quantitativo de demandas e uma análise estatística por profissionais da área poderia estabelecer o quantitativo de decisões estereotipadas por julgador, uma vez que os dados, em sua

²³¹ Op. Cit, p. 108.

²³² ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state, São Paulo, Lua Nova Revista de Cultura e Política n° 24, Setembro de 1991, p. 3.

²³³ HESPANHA, A.M. “A História do direito na formação dos juristas”, In: Cultura jurídica européia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 22-23.

forma bruta, estão disponíveis em diários eletrônicos e nos sítios dos respectivos sodalícios.

4.4.2 *Metas*

As metas seriam: aproximação dos jurisdicionados entre si para resolução de demandas cujos direitos discutidos sejam disponíveis; redução do número de feitos em tramitação em processos judiciais; fortalecimento de arenas extrajudiciais na composição e mediação de conflitos, v.g, DETRAN, Cartórios, PROCON, órgãos colegiados locais, dentre outros.

4.4.3 *Resultados esperados*

De início, importante pontuar que, como Kuhn antecipa, “*a gama de resultados esperados é sempre pequena se comparada com as alternativas que a imaginação pode conceber*”²³⁴.

Contudo, no caso em debate se espera uma maior autonomia dos jurisdicionados na condução de seus problemas, buscando, antes de recorrer ao Judiciário, obter, pessoalmente ou via instituições não judiciais, uma melhor solução para as controvérsias inerentes à vida em sociedade, construindo as soluções e não só o conflito.

²³⁴ KUHNS, T. A Estrutura das Revoluções Científicas, São Paulo, Perspectiva, 1996, p. 58.

CAPÍTULO V – DIGNIDADE HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA

De início, importante realizar um breve estudo axiológico acerca da dignidade humana.

Entretanto, antes de entrar no conceito a ser utilizado, impõe-se lembrar das considerações de Maurer, para quem “*o conceito de dignidade seria, então, fundamental e, ao mesmo tempo, extremamente subjetivo, cada um defendendo a sua própria concepção de dignidade do homem em nome mesmo da sua dignidade*”²³⁵.

Uma das dificuldades em encontrar um conceito geral sobre o tema reside no perigo de subjetivar ao extremo a dignidade e, com isso, recusar qualquer tentativa de abordagem em si do conceito, haja vista que cada um poderia definir a dignidade da pessoa humana conforme o que pensa.

Outra questão complexa²³⁶ é o de imaginar uma “teoria pura da dignidade”, na qual seria possível julgar essas múltiplas visões com a medida de uma definição claramente determinada da dignidade em si²³⁷.

O caminho começa a se tornar menos abstrato quando se coloca a dignidade em consonância com a racionalidade do homem.

Barroso, em estudo recente sobre o tema, aduz que a dignidade humana pode ser caracterizada como um princípio jurídico que 1) fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e 2) exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas – bem, como no caso de

²³⁵ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 120.

²³⁶ Como perguntávamos um dia a Confúcius o que ele faria se fosse Deus, ao que ele respondeu sem hesitar: fixaria antes de mais nada o sentido das palavras. In. Op. Cit, p. 120.

²³⁷ Op. Cit.

desacordos morais²³⁸.

Maurer, por seu turno, define que “a *dignidade da pessoa humana reside em sua natureza racional. É por ser racional que o homem pertence a si próprio e tem uma vontade autônoma*”²³⁹.

Para J. P. Sartre, por exemplo, toda a dignidade do homem “*reside no absoluto de sua liberdade*”²⁴⁰.

Sobre o tema, Maurer realiza estudo interessante, no qual dispõe, topicamente, alguma distinção axiológica da dignidade.

Segundo a referida autora, existiriam três concepções de dignidade. Dignidade para mim²⁴¹; dignidade para nós²⁴² e dignidade em si, esta última a mais pertinente ao estudo ora abordado.

A dignidade “em si”, seria, dessa forma, um equivalente da diferença específica entre o homem e outros seres vivos compreendida em um sentido estático — a diferença entre o homem e o restante do universo — e, ao mesmo tempo, dinâmico — uma vez posta, intangível, ela exige uma ação, um agir, sendo

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência mundial. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2012, p. 110/111.

²³⁹ Op. Cit, p. 124.

²⁴⁰ SARTRE, J-P. O ser e o nada. 13. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

²⁴¹ Concepção pessoal da dignidade para si é condicionada pela educação, pelo contexto social, pela imagem que os outros fazem de si, etc. Ela é perfeitamente capaz de progredir (...) Assim, em nome da liberdade, da autonomia pessoal, é grande o risco de que cada um determine, defina a sua própria dignidade como bem entenda. Essa análise não apenas é perigosa devido ao fato de que é bastante presunçoso de dizer o que é a dignidade, mesmo que ela pertença a própria pessoa, mas também porque essa pertença não justifica a propriedade abusiva. Da mesma *forma* que o professor J. Dabin denunciava o abuso de direitos," trata-se, aqui, do abuso da dignidade (função social da dignidade). In: MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 125.

²⁴² A dignidade "para nós" expressa, assim, um certo consenso social (...) Se tal tentativa de definição social é necessária, ela permanece evolutiva e relativa, uma vez que reflete os costumes e as concepções mais amplamente compartilhadas -. Problema: Ex: a dignidade para a comunidade indígena é diferente daquela urbana. In MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 129.

duas faces da mesma realidade²⁴³.

Nesse ponto, aproximando-se de Sartre, tem-se que a dignidade humana estaria muito próxima da liberdade, porquanto o “*homem só pode ser responsável por atos livres*”²⁴⁴, o que vai ao encontro de uma lógica com gênese no livre-arbítrio ressoando ideias de origem religiosa.

Kant coloca o debate em uma arena de moralidade, ao afirmar que “*o homem é autônomo quando seus atos não estão em conformidade com a lei moral*”²⁴⁵, sustentando que esta é universal e que o homem age de forma livre quando obedece a razão, e não a sua razão.

Para ele, a intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal, “*de qualquer paixão egoísta*”, o que para muitos seria uma impossibilidade antropológica, uma vez que nenhum ser humano se encaminha virgem nem impermeabilizado para a decisão de um caso.²⁴⁶

Ferrajoli, a propósito, alertava que por mais que se esforce para ser objetivo, o juiz (e aqui se pode inserir todo e qualquer ser humano) sempre estará condicionado pelas circunstâncias ambientais em que atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. Em suma, em todo juízo sempre estará presente alguma dose de prejuízo.²⁴⁷

Nesse sentido, aquele que acredita extrair a decisão não só da sua

²⁴³ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 131.

²⁴⁴ Op. Cit, p. 132.

²⁴⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 16.

²⁴⁶ KAUFMANN, Arthur. *Hermenêutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 12; ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p.19; REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123. In COELHO, Inocêncio Mártires. *Pressupostos hermenêuticos gerais*. (texto atualizado em 29/07/2012). Texto distribuído pelo autor para os alunos da disciplina *Hermanêutica Constitucional*” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, no segundo semestre de 2012.

²⁴⁷ FERRAJOLI, *apud* Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 36.

pessoa, com suas características peculiares, incorre num erro certamente funesto, pois acabará sendo, inconscientemente, dependente de si mesmo.²⁴⁸, em outras palavras, afirma-se que um ser humano asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma *impossibilidade antropológica*, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, o que não se coaduna com a própria noção de humanidade.²⁴⁹

De toda sorte, embora haja certa discussão quanto a um conceito universal de moral, no ponto da dignidade há algum consenso de esta constituir elemento comum a todos os seres humanos, tanto que Maurer aduz que “*a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos*”. Assim, negar a alguém a dignidade significaria considerá-lo inferior e, portanto, não mais como um ser humano²⁵⁰.

A referida autora ainda disciplina de modo diverso a dignidade da pessoa – absoluta – e a dignidade de ação. Para ela, uma pessoa que guarda a sua dignidade, que qualificaremos de "fundamental", pode conhecer condições de vida tão degradantes ou agir de forma tão contrária aos princípios de humanidade que ela "perde a sua dignidade". Mas aí não é a dignidade da pessoa humana que é colocada em questão, e sim a dignidade de sua ação. Uma coisa é a dignidade da pessoa, dignidade essa absoluta; outra coisa é a dignidade da ação²⁵¹.

Ingo Sarlet, na mesma diretriz, ressalta que a dignidade independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos — mesmo o maior dos criminosos — são iguais em

²⁴⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universida Externado de Colombia, 1999, p. 101 e 181; e *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 16, Nota 48.

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 109.

²⁵⁰ MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 137.

²⁵¹ Op. Cit, p. 138.

dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas — ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo²⁵².

Gunter Dúrig, por seu turno, considera que a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que "*cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta*"²⁵³ de onde se nota a sua similitude com o pensamento de Sartre.

No que toca à problemática das políticas públicas e dos direitos sociais narrados no introito do trabalho, tem-se que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e conceituação, tarefa dos poderes estatais e da sociedade, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças²⁵⁴.

E nesse ponto chegamos à quadra que achamos mais adequada, que é aquela defendida por Sarlet de que a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 20.

²⁵³ In. Op. Cit, p. 21.

²⁵⁴ Op. Cit, p. 32.

como sujeito de direitos²⁵⁵.

No contexto, Maria Celina Bodin de Moraes indica que do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade (que, em suma, veda qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal), da integridade física e moral (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade) e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações)²⁵⁶.

Referidos conceitos, segundo Flávia Piovesan, foram catalisados após a segunda guerra mundial que, ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós-Guerra a esperança de reconstrução desses mesmos direitos²⁵⁷.

Ao erigir a dignidade humana como princípio fundamental, Piovesan explica que princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema verdadeiro, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, a lhes compor o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico²⁵⁸.

Por conseguinte, tendo em vista o princípio nuclear da dignidade

²⁵⁵ Op. Cit, p. 33/34.

²⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de Dignidade Humana: Substrato axiológico e Conteúdo Normativo. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto alagre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

²⁵⁷ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana In: Temas de direitos humanos. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419.

²⁵⁸ Op. Cit, p. 424.

humana, as políticas públicas de acesso à Justiça não podem ser apenas estudadas nos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Como anteriormente explicitado, não se trata de apenas possibilitar o acesso ao Judiciário, como instituição, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa²⁵⁹.

No caso do acesso à Justiça, a prestação positiva do Estado Social como forma de alcance à ordem jurídica justa²⁶⁰ e o monopólio do Estado consubstanciado na inafastabilidade da jurisdição decorrem do paradigma do Estado prestador, social, dirigente que, como vimos, teve sua gênese nos movimentos sociais do século XIX e foi positivado no início do século XX nas Constituições que tratavam dos direitos fundamentais sociais – de segunda geração – e de sua efetivação.

Todavia, no tocante à problemática em tela o conhecimento social estabilizado é de que o acesso à Justiça seria uma conquista do século XX, e, por isso, as normas constitucionais que o preveem, como no Brasil o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, seriam endereçadas ao legislador “*que ao elaborar a lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário*”²⁶¹ em nítida proteção aos direitos fundamentais e em consonância com a diretriz do exercício da dignidade na seara institucional e política do Estado, essencial para a democracia e a república.

Nesse sentido, Maria Bodin aduz que se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a opções mais

²⁵⁹ WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. IN. GRINOVER, A.P. *Participação e processo*, p. 128.

²⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas*, 1984, p. 161.

²⁶¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. Ed. Saraiva, 19ed, p. 1075.

seguras, nas quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados²⁶².

Assim, em uma seara de tantas incertezas e de maus precedentes históricos, afigura-se importante comportar-se com grande parcimônia ao tratar da racionalização do acesso ao Judiciário em razão dos riscos de tal medida, uma vez que no caso de ser realizada sem profunda reflexão pode significar não só o cerceamento de direitos fundamentais²⁶³ e da personalidade²⁶⁴, como um cenário propício para o rompimento da própria ordem democrática.

Nesse passo, no cotejo entre racionalização do acesso e os direitos ao próprio acesso à ordem jurídica justa, imperativo frisar que os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes.

Outrossim, necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individualizar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes.

Ou ainda, sob outro viés, cabe refletir se as fórmulas processuais podem racionalizar o acesso ao direito material, uma vez que amparadas pelo

²⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 67.

²⁶³ Nesse ponto, importante rememorar a lição de Perlingieri para quem a personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais. In. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

²⁶⁴ Personalidade: “Qualidade de ser pessoa (...) que se traduz no necessário tratamento jurídico das pessoas como pessoas, isto é, como sujeito e não como objeto de direitos e deveres, como originariamente dotadas da dignidade inviolável de pessoas humanas, que o Direito não pode deixar de respeitar e que constitui um dado extralegal, de Direito Natural. In. SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 284.

mesmo sistema constitucional, questionamento que entendemos merecer resposta afirmativa.

Nesse sentido, o processo não constitui uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individualizados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso²⁶⁵, porquanto o respeito à pessoa há de ser sempre o horizonte para o legislador ordinário.

Debruçando-se sobre o assunto, Andréa Barroso aponta que os direitos da personalidade têm como características o detalhe de serem pessoais (ou seja, não patrimoniais – que se reportam a bens pessoais, como a vida, integridade física ou nome, por exemplo); personalíssimos (porque intransmissíveis); absolutos (devem ser respeitados por todos, independentemente de qualquer relação jurídica); e tradutores de excepcional dignidade ética (que justifica um regime de tutela reforçado)²⁶⁶.

E, para Tepedino, o seu exercício pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral²⁶⁷. Nesse ponto, se o direito da personalidade caracterizado pelo direito ao acesso à ordem jurídica justa pode ser limitado²⁶⁸ – mesmo que de forma não permanente ou geral – com muito mais razão se poderia racionalizar o referido acesso como forma de possibilitar a manutenção do próprio sistema.

Destarte, há que se formular uma ponderação no sentido de disciplinar de modo diverso o acesso ao Judiciário – de forma absoluta, caracterizado pelo poder de levar as insatisfações a Juízo – e o acesso à ordem

²⁶⁵ Op. Cit, p. 157.

²⁶⁶ SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281-332.

²⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 34.

²⁶⁸ “Nem a liberdade, nem a vida, nem qualquer dos direitos individuais recebe proteção absoluta. São protegidos apenas enquanto e na medida em que se dirigem à promoção da dignidade humana” In. SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 52.

jurídica justa – que somente se materializaria com a racionalização e sustentabilidade do sistema.

Anderson Schreiber indica que em casos de ponderação de interesses deve-se ter por objetivo determinar em qual medida um interesse deve, no caso concreto, prevalecer sobre outro. A premissa do raciocínio ponderativo está em que, na inexistência de regra de prevalência estabelecida pelo legislador, os interesses devem realizar-se na maior medida possível, respeitando-se mutuamente²⁶⁹.

Desse modo, entre o interesse particular de “acesso ao Judiciário” e o interesse social de manutenção de uma ordem jurídica sustentável, deve-se privilegiar, em regra, esse último, porquanto o primeiro – se levado de forma absoluta – estará em franca dissonância com a sua finalidade axiológico-normativa²⁷⁰.

Nesse norte, pelo critério da necessidade/exigibilidade, tem-se que se a demanda pode ser resolvida de forma lícita, valendo-se de outros mecanismos menos gravosos, é esse o caminho que deverá ser seguido pelo postulante, evitando levar ao Judiciário situações que poderiam ser decididas em outras esferas²⁷¹.

Quanto ao ponto, necessário explicitar que proporcionalidade e ponderação, a despeito de terem conceitos aproximados, não se confundem, haja vista que na ponderação se exige a atribuição de uma dimensão de importância a

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo, 2007, p. 168.

²⁷⁰ Op. Cit, p. 169. Em uma tal situação, ocorre abuso de direito, a conduta se torna proibida, e o interesse tutelado não chega a realizar-se, de modo que ponderação, a rigor, não se faz necessária.

²⁷¹ Op. Cit, p. 170. É certo que, no exame de exigibilidade ou necessidade, leva-se em conta o interesse lesado e sua afetação em abstrato, mas o que se procura verificar, em síntese, é se havia ou não outros meios menos lesivos de realização do interesse. E aqui de duas, uma: ou (i) a opção por tais meios era exigível e a conduta lesiva é antijurídica, prevalecendo o interesse lesado; ou (ii) tal opção não era exigível e a conduta lesiva é tutelada, não devendo a existência de meios menos gravosos interferir no juízo de ponderação.

valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação²⁷².

Sob esse prisma, o juízo de valoração feito pelo próprio indivíduo que tenta resolver de modo pacífico e jurídico a sua questão sem levá-la ao Judiciário poderia, também, constituir respeito à fraternidade e solidariedade, não só quanto aos demais, pois juntos buscariam construir a solução para a divergência, como em relação ao aparato estatal que disporia de seus recursos para analisar outra demanda mais relevante.

Neste sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: "O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito a integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral — psicofísica —, da liberdade e da solidariedade²⁷³.

Nesse diapasão, como síntese da condição humana, a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), inclusive aqueles de prospecção da solidariedade e da fraternidade como forma de nortear a solução de controvérsias.

²⁷² Op. Cit, p. 172.

²⁷³ Op. Cit, p. 177.

CONCLUSÃO

Alguns processualistas chamam o momento atual de “*explosão de litigiosidade*”²⁷⁴, haja vista que a sociedade hoje em dia está cada vez mais ciente dos seus direitos e por isso, dizem, demanda mais.

Por outro lado, é fora de dúvidas que há demanda em excesso, o que pode levar ao pensamento de que o litígio pode virar a regra, quando a lógica do nosso sistema judiciário sempre o tratou como uma exceção²⁷⁵.

É necessário, portanto, que se mude o foco da solução do problema da litigiosidade: não se trata apenas de procurar meios e formas de agilizar a solução do conflito: necessário eliminar-se o próprio conflito.

As câmaras de conciliação extrajudicial têm papel importante nesse cenário, pois ensejam a solução dos litígios antes que eles ganhem viés judicial, afinando o sistema e permitindo que somente as questões mais controversas e complexas sejam levadas ao âmbito de discussão do Judiciário.

Embora em uma análise tendente mais à corrente “*law in the books*” do que a “*law in action*”, possível averiguar uma tendência na Alemanha da resolução extrajudicial e democrática dos conflitos com participação efetiva das partes e do Estado.

Entretanto, a tese problemática a ser discutida no trabalho acadêmico orbita a questão do Poder, sobretudo no Brasil, em sua forma de concentração, porquanto como tratado no artigo, há a cultura de que “competência é

²⁷⁴ SIFUENTES. Monica, **Antes de agilizar a ação, é preciso eliminar o conflito**. Revista Consultor Jurídico de 05.10.2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-05/agilizar-processo-preciso-eliminar-conflito>. Acesso em 05.05.2012.

²⁷⁵ Op. Cit.

poder” o que tem afetado os membros do Judiciário, que, em regra, buscam mais competências, mas não estão preparados para a avalanche de processos que se dispõem a julgar, o que acarreta o travancamento do sistema, e gera o paradoxo judicial²⁷⁶.

Nesse sentido, as políticas públicas sugeridas no bojo da presente explanação acadêmica visam, sob o viés da abalizada doutrina sobre o tema, permitir uma redução do número de litígios pela via do amadurecimento dos jurisdicionados, tornando-os responsáveis não só por levar o conflito ao sistema, mas a construir eles mesmos a solução de suas controvérsias.

Espera-se, com essa reflexão, seja reduzido o “*fordismo*” judicial e aprofundado o debate sobre o papel dos jurisdicionados e do Estado na redução da cultura da litigiosidade, porquanto o acesso ao Judiciário não se caracteriza necessariamente como acesso à Justiça, devendo aquele ser racionalizado para que este não se inviabilize.

²⁷⁶ O Poder Judiciário não abre mão de competências, mas impõe óbices processuais à tramitação dos processos em um viés claramente antidemocrático, transmutando o Estado Democrático de Direito em Estado Judicial. Em outras palavras. Quer-se julgar tudo, mas quer-se julgar menos.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo, Forense/Edusp. 1981.
- BARBOSA da Silva, F.A. & ABREU, L.E. *O programa mais cultura, o fundo nacional de cultura e o sistema nacional de cultura*. In. *As políticas públicas e suas narrativas*. Brasília, IPEA, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência mundial*. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2012.
- BELL, John. *Mechanisms for Cross-Fertilization of Administrative Law in Europe, in New Directions in European Public Law* 147/1998.
- BELL, John. *The relevance of foreign examples to legal development, in Duke Journal of Comparative & International Law* [Vol 21:431/2011].
- BERGER, P.L. & LUKMANN, T. *A construção social da realidade*, Ed. Vozes, Petrópolis, RJ, 1985.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil S/A, 1989.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia_Detalhe.asp?idConteudo=174751>.
Acesso em 18/07/2013.
- BRITTO, Ayres. Entrevista em 11 de julho de 2013 para a Revista Consultor Jurídico. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/ayres-britto-defende-sensibilidade-criterio-avaliar-juizes>>. Acesso em 27 de julho de 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. In. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet do original Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*. Milano: Giuffrè, 1978. p. 8. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre 1988.
- CASTRO, Jorge Abrahão de. RIBEIRO, José Aparecido Carlos. CHAVES, José Valente e DUARTE, Bruno Carvalho. *Nota Técnica nº 09 – IPEA. Gasto Social Federal: Prioridade macroeconômica no período 1995-2010*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

COELHO, Inocêncio Mártires. Pressupostos hermenêuticos gerais. Texto distribuído pelo autor para os alunos da disciplina “Hermenêutica Constitucional” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, no segundo semestre de 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1996.

DERRIDA, Jacques. *Dar La murte*. Editorial Paidós. 2006

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Biblioteca do pensamento moderno. 2010.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state, São Paulo, Lua Nova Revista de Cultura e Política nº 24, Setembro de 1991.

FERRAJOLI, *apud* Marina Gascón Abellán. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância Entre a Vida mental dos Selvagens e dos Neuróticos*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XIII. Rio de Janeiro. IMAGO. 1912.

GAMBARO, Antonio. *Il metodo comparatistico nel diritto privat, p. 503*. in, SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Dykinson. Traducción del italiano por Juan José Ruiz Ruiz. Madrid. 2011.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Fabris. 1997.

HESPANHA, A.M.B. A História do direito na formação dos juristas”, In: *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, A.M.B. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Hacia una reconstrucción del materialismo histórico*. In: *Sobre Nietzsche y otros ensayos*. México: Red Editorial Iberoamericana, 1996.

_____. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da Razão* (Trad. Sebastião Uchoa Leite). Ed. Labor do Brasil S/A, Rio de Janeiro, 1976.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

_____, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007.

KINGDON, J. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. 3. Ed. New York,. Harper Collins, 2003.

KUHN, T. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. Ed. Saraiva, 19ed, p. 1075.

LUHMANN, Niklas. *Poder. Pensamento Político*. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins, Ed. Universidade de Brasília, Brasília-DF.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009, p. 120.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de Dignidade Humana: Substrato axiológico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique. In: *Revue française de science politique*, 50e année, n°2, 2000.

MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*, Universidad Externado de Colombia, 4ª Ed, 2000.

NADER, Laura. *Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Outubro de 1994, n° 26, 18-29. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm. Acesso em 25/07/2012.

PARSONS, Talcott. *Sociological theory and modern society*. New York: The Free Press; London: Collier-Macmillan, 1968.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. *A força normativa dos princípios*

constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana In: Temas de direitos humanos. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual. São Paulo: Saraiva, 2000

REZENDE, F.C. Por que falham as reformas administrativas? Rio de Janeiro, FGV, 2004.

RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. A Estranheza do Estrangeiro. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As Grandes Indagações da Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999.

SARAVIA, Enrique. Políticas Públicas – Coletânea Vol. 1. Escola Nacional de Administração Pública, Brasília-DF, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado: 2009

SARTRE, J-P. O ser e o nada. 13. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Dykinson. Traducción del italiano por Juan José Ruiz Ruiz. Madrid. 2011.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

SIFUENTES. Monica, **Antes de agilizar a ação, é preciso eliminar o conflito**. Revista Consultor Jurídico de 05.10.2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-out-05/agilizar-processo-preciso-eliminar-conflito>> Acesso em 05.05.2012.

SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A comunicação do poder em Niklas Luhmann*. In. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, p. 153-178. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097153178.pdf> . Acesso em 25/07/2012.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas, in. Políticas Públicas no Brasil, Editora Fiocruz, Rio de Janeiro, 2008.

SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas, Medellín, Estudios Políticos n° 33.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

WATANABE. Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. IN. GRINOVER, A.P.

Participação e processo.

WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas*, 1984.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructuras judiciales. Buenos Aires: EDIAR, 1994.

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein em *Introduction to Comparative Law*. Ed. Carendon Press. *Translated from the German by Tony Weir*. Oxford 2011.