

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

Fabiana Marion Spengler

**O ESTADO-JURISDIÇÃO EM CRISE E A INSTITUIÇÃO DO CONSENSO:
POR UMA OUTRA CULTURA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS**

São Leopoldo, novembro de 2007

Fabiana Marion Spengler

**O ESTADO-JURISDIÇÃO EM CRISE E A INSTITUIÇÃO DO CONSENSO:
POR UMA OUTRA CULTURA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS**

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora do Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Pós-Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo, novembro de 2007

S847e Spengler, Fabiana Marion

O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos / por Fabiana Marion Spengler. -- 2007.

476 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Pós-Dr. José Luis Bolzan de Moraes, Ciências Jurídicas”.

1. Direito - Estado. 2. Direito - Conflito. 3. Mediação. 4. Jurisdição. I. Título.


CDU340

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário: Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**O Estado-Jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso: Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos**”, elaborada pela aluna **Fabiana Marion Spengler**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 16 de outubro de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

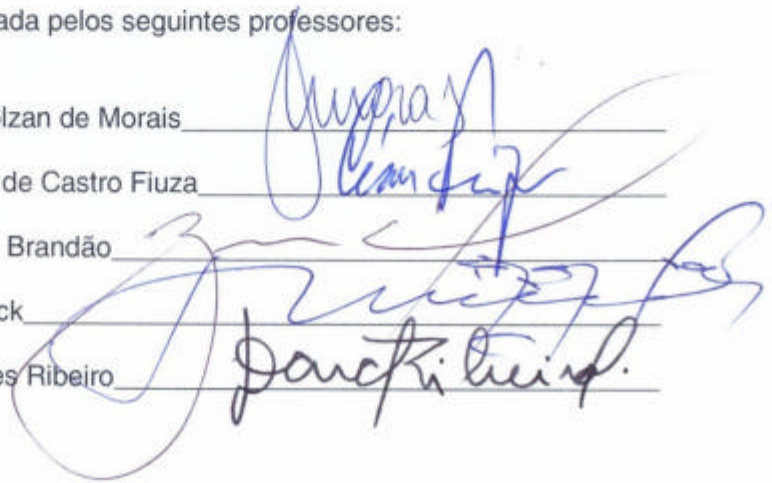
Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes _____

Membro: Dr. César Augusto de Castro Fiuza _____

Membro: Dr. Paulo de Tarso Brandão _____

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck _____

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro _____



È QUESTO IL VIVERE

(Amedeo Minghi)

Stringila, la tua vita stringila.
È una foglia che leggera va,
volteggiando libera.
Unica, l'esistenza è unica.
Non pensarla anonima e
darle anche l'anima poi
ognuno è una storia in più, fra noi.
Limpida come l'acqua scivola,
ti disseterà, berrai da lei
la sua fonte è vivida.
Semplice... non lasciarla offendere,
da quel cielo scuro di
piogge che cadono giù,
bagnandoti anche se non vuoi.
È questo il vivere per me.
Come ebbrezza su una giostra
un altro giorno, un'altra corsa
insieme e poi, ti abbraccio forte vita mia.
Gira ancora intorno al mondo
fino a quando mi innamorerò.
Di cuore in cuore capirai:
giocare il tempo non si può.
Ride la vita e fugge via che di certezze
non ne dà.
Femmina, vita malafemmena,
la corteggerai, si negherà,
allora tu lusingala.
Trepida, vestirà bellissima e
ti sedurrà tra inebrianti profumi
così resisterle non vorrai, non puoi.
È questo il vivere per me.
Come brezza sulle vele
in mare aperto a navigare
insieme e poi, tu soffia dolce vita mia.
Va lontano sulle onde,
non importa dove arriverai.
Di cuore in cuore capirai,
giocare il tempo non si può.
Ride la vita e fugge via
che di certezze non ne dà...
Ride la vita e fugge via
che di certezze non ne dà.
Scrivila,
la tua vita scrivila.
È un romanzo che
ti lascerà un segno indelebile.
Vivila, la tua vita afferrala,
e non devi arrenderti mai
ricordandoti che
c'è un senso profondo in te,
se vuoi....
Stringila, la tua vita afferrala....

Só agora me ocorre quantas vezes pronunciei a palavra
“depois” nos últimos tempos: depois eu como, depois eu
durmo, depois eu vejo, depois eu faço, depois eu beijo,
depois eu abraço, depois, depois, depois...

da TESE!

Para o Théo, com a certeza de existir um “amor maior” que paira sobre tudo e sobre todos e que está sempre disposto a perdoar (a ausência, a solidão e a saudade), mas principalmente que sabe ser “**eterno**”, ainda que “chama”, tornando-se “**infinito**” enquanto “durar”.

Para os meus meninos Fernando e Pedro, por todas as vezes que choramos juntos a ausência, a saudade e a falta de tempo. Por todas às vezes nas quais vocês deram ao invés de receber colo e consolo. Obrigada, meus filhos, por não terem desistido!

Para minha princesa Ana Carolina, que nasceu em meio a este turbilhão chamado tese, tão frágil e tão sozinha, e que trouxe a certeza que nossa vida é uma construção e um partilhamento, de emoções, de medos e, principalmente, de amor.

À minha mãe Irdes, ao meu pai Nilo (*in memoriam*), meus irmãos Júnior e Rafael, que compõem a “máfia dos Marions”, perché insieme sappiamo com'è “la cosa nostra”.

À minha cunhada Márcia, por ter sido uma grande “ama-seca” para minhas crianças e à Lucenia, pelo auxílio especialmente na organização metodológica do presente texto.

Ao Maurício, pela amizade silenciosa.

À Dona Eny, porque sempre apostou que eu tinha futuro.

À Elvina, Ulises e Antonia, o pedaço mexicano da família, cuja distância não impediu a torcida e o auxílio.

AGRADECIMENTOS

Muitos me ajudaram, e a eles gostaria de externar os meus agradecimentos, mas de uma coisa tenho convicção: cheguei até aqui porque sou teimosa (e como boa brasileira não desisto nunca!), os percalços foram imensos, tantos outros foram os empecilhos. Quando muitos achavam que era impossível eu fui lá e fiz!

No intuito de agradecer, pensei em escrever tantas coisas para tantas pessoas e de modo tão especial... mas descobri que não são necessários grandes discursos para dizer “obrigada” àqueles que de uma maneira ou outra me auxiliaram nessa jornada.

Assim, gostaria de agradecer ao meu orientador, Prof. Pós-Doutor José Luis Bolzan de Moraes, pela competência e sabedoria com a qual orientou a presente tese, pelos seus ensinamentos e pela sua disponibilidade em me ajudar sempre que precisei.

Vorrei ringraziare in special modo il Professore Dottore Eligio Resta per la sua saggezza e conoscenza, per la pazienza con cui mi ha trattato all'estero, ma principalmente perché ha visto in me un "essere umano", lontano da casa, pieno di apprensioni e mi ha accolto, preoccupandosi per le mie condizioni. La ringrazio ancora con tanta sincerità per il suo orientamento, durante il quale il "tempo" è sempre stato un alleato e mai un ostacolo.

Ao Prof. Pós-Doutor Lênio Luiz Streck, pelas lições de hermenêutica e porque também teve “tempo” de me ouvir, incentivando meu trabalho incondicionalmente e apoiando meu esforço na conclusão da tese. Obrigada, Prof. Lênio, por sua disponibilidade.

À Prof. Pós-Doutora Sandra Regina Martini Vial, grande responsável pela minha inserção internacional, pelo apoio e pela força, que, não obstante a atual distância, inerente aos percalços da vida, sempre será lembrada como alguém que acreditou em mim.

A todos os professores do PPGD/UNISINOS, pelas valiosas lições e pelo exemplo de dedicação e esforço em prol da Academia.

Ao Prof. Doutor Rogério Gesta Leal e à Prof. Doutora Mônia Clarissa Henning Leal pela amizade, pelo carinho e pelas dezenas de livros partilhados.

Aos colegas Douglas César Lucas e Ângela Araújo da Silveira Espíndola, pela companhia, pelas angústias divididas e pela “terapia de grupo” nos milhares de quilômetros rodados juntos.

À secretária da PPGD/UNISINOS, Vera Loebens, pelo carinho e gentileza com que sempre me tratou.

RESUMO

A sociedade contemporânea requer um novo modelo frente à ineficiência das tradicionais formas de tratamento de conflitos existentes. A função jurisdicional, atualmente ainda monopolizada pelo Estado, já não oferece respostas à conflituosidade produzida pela complexa sociedade hodierna, passando por uma crise de efetividade (quantitativa, mas principalmente qualitativa), que demanda a busca de alternativas. Da mesma forma, os métodos e os conteúdos utilizados pelo Direito para responder aos litígios não encontram adequação entre a complexidade das demandas, os sujeitos envolvidos e o instrumental jurídico a ser utilizado. Por fim, as questões atinentes ao caráter técnico-formal da linguagem utilizada em rituais e procedimentos judiciais permeados por aspectos burocráticos determinam a lentidão e o acúmulo de demandas. Essas constatações propiciam a perda de confiança na jurisdição. A proposta, então, é identificar outras formas de tratamento de conflitos, propondo um modelo assentado numa perspectiva voltada para o consenso. Essas estratégias consensuadas precisam ter como escopo principalmente o rompimento da barreira de caráter triádico da jurisdição tradicional (partes mediadas por um terceiro que impõe a decisão) para assumir uma postura dicotômica, na qual a resposta à demanda seja construída pelos próprios litigantes, proporcionando um tratamento qualitativamente melhor. Para tanto é que se propôs a instituição de uma nova cultura, assentada e, ao mesmo tempo, voltada à potencialização do consenso que possibilite à sociedade a reapropriação do conflito não para negá-lo, uma vez que é inerente aos homens, mas para responder a ele por meio de construções autônomas e consensuadas. O tema da tese possui aqui um enfoque diferenciado: abordar o tratamento de conflitos e a questão do tempo, o antagonismo e a possibilidade de harmonia entre a quantidade dos conflitos sociais e de tempo despendido em sua abordagem e a necessária qualidade no tratamento dos mesmos (enfocando especialmente o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). Em resumo, a “tese da tese” abordou uma proposta de tratamento de conflitos a partir de uma temporalização inovadora (“duração razoável”) e de uma matriz “interpretativa/narrativa” do Direito que tenha por objetivo um consenso “construído” entre as partes (fomentado pelas técnicas comunicativas de mediação) e não “induzido” (conforme o modelo contratual/hobbesiano), que aprenda a relacionar-se

com rostos, comprometendo-se com cidadãos históricos e não apenas com sujeitos processuais.

Palavras-chave: Estado, jurisdição, crise, tempo, conflito, consenso, mediação.

RIASSUNTO

La società contemporanea richiede un nuovo modello giuridico per fare fronte all'inefficienza delle forme tradizionali di trattamento dei conflitti esistenti. Il ruolo giurisdizionale, ancora monopolizzato dallo Stato, non riesce ormai ad offrire risposte alla conflittualità prodotta dalla complessa società moderna; attraversa una crisi di effettività (sia quantitativamente ma principalmente qualitativamente), il che domanda alternative. Nella stessa maniera, i metodi e i contenuti utilizzati dal Diritto per rispondere ai litigi, non trovano una forma adeguata fra la complessità delle domande, i soggetti coinvolti e gli strumenti giuridici ad essere utilizzati. Alla fine, le questioni attinenti al carattere tecnico-formale del linguaggio utilizzato nei riti e nelle procedure giudiziali, permeati dagli aspetti burocratici, determinano la lentezza e l'accumulazione delle domande. Queste constatazioni portano alla perdita di fiducia nei confronti della giurisdizione. La proposta dunque, è identificare altre maniere per trattare i conflitti, proponendo un modello basato sulla prospettiva direzionata verso il consenso. Queste strategie hanno, come scopo, principalmente il rompimento della barriera di carattere triplice della giurisdizione tradizionale (le parti vengono mediate da una terza persona, che impone la decisione) per assumere un atteggiamento di dicotomia, nel quale la risposta alla richiesta giuridica sia costruita dagli stessi litiganti, proporzionando una giurisdizione migliore a livello qualitativo. Quindi, per questo si propone la costruzione di una nuova cultura, basata e allo stesso tempo diretta, al potenziamento del consenso che renda possibile alla società la riappropriazione del conflitto, non per negarlo, una volta che è inerente all'uomo, ma per rispondere ad esso per mezzo di costruzioni autonome e consensuali. Il tema della tesi ha su questo punto un abordo differente: affrontare il trattamento del conflitto e la questione del tempo, l'antagonismo e la possibilità di armonia tra la quantità dei conflitti sociali e il tempo necessario per il loro abordaggio oltre, alla qualità necessaria nel trattamento d'essi (enfaticamente l'articolo 5°, LXXVIII della Costituzione Federale). Come sintesi, "la tesi della tesi" ha abordato una proposta di trattamento dei conflitti partendo da una maniera innovatrice nel commisurare i tempi ("durata ragionevole") e da una matrice "interpretativa/narrativa" del Diritto, che abbia come scopo un consenso "costruito" tra le parti (fomentato dalle tecniche comunicative di mediazione) e non "indotto" (in

conformità con il modello contrattuale/hobbesiano), che impari a relazionarsi viso a viso, compromettendosi con cittadini storici e non soltanto con soggetti processuali.

Parole-chiavi: Stato, giurisdizione, crisi, tempo, conflitto, consenso, mediazione.

RESUMEN

La sociedad contemporánea requiere un nuevo modelo frente a la ineficiencia de las formas tradicionales sobre el tratamiento de conflictos existentes. La función jurisdiccional, actualmente monopolizada por el Estado, ya no ofrece respuestas a los conflictos producidos por la compleja sociedad hodierna, la cual atraviesa por una crisis de efectividad (cuantitativamente y principalmente cualitativa), que demanda la búsqueda de alternativas. Del mismo modo, los métodos y los contenidos utilizados por el Derecho, para responder a los litigios no encuentran una correcta adecuación entre la complejidad de las demandas, los sujetos involucrados y el instrumental jurídico a utilizarse. Finalmente, las cuestiones asociadas al carácter técnico-formal del lenguaje utilizado en prácticas y procedimientos judiciales permeados por aspectos burocráticos, determinan la lentitud y la acumulación de demandas. Esos hechos propician la pérdida de la confianza en la instancia jurídica. La propuesta entonces es identificar otras formas para el tratamiento de conflictos, proponiendo un modelo basado en una perspectiva orientada al consenso. Esas estrategias consensuadas requieren tener como aspecto principal el rompimiento de la barrera de carácter triádico de la jurisdicción tradicional (partes mediadas por un tercero que impone una decisión) para asumir una postura dicotómica, en la cual la respuesta a la demanda sea construida por los propios litigantes, proporcionando un tratamiento cualitativamente mejor. Por lo tanto, se propone la institución de una nueva cultura, asentada y al mismo tiempo orientada a potencializar el consenso, que le permita a la sociedad reapropiarse del conflicto no para negarlo, toda vez que es inherente a los hombres, sino para responder a éste por medio de construcciones autónomas y consensuadas. El tema de tesis tiene un enfoque diferenciado: abordar el tratamiento de conflictos y la cuestión del tiempo, el antagonismo y la posibilidad de armonía entre la cantidad de conflictos sociales y del tiempo empleado en abordarlos, así como la necesaria calidad en el tratamiento de los mismos (enfocándose especialmente en el art. 5º, LXXVIII de la Constitución Federal). En resumen, la “tesis de la tesis” abordó una propuesta de tratamiento de conflictos a partir de una temporalización innovadora (“duración razonable”) y de una matriz “interpretativa/narrativa” del Derecho que tenga por objetivo un consenso “construido” entre las partes (fomentado por las

técnicas comunicativas de mediación) y no “inducida” (conforme al modelo contractual/hobbesiano), que aprenda a relacionarse con rostros, comprometiéndose con ciudadanos históricos y no sólo con sujetos procesales.

Palabras clave: Estado, jurisdicción, crisis, tiempo, conflicto, consenso, mediación.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CC	Código de Direito Civil
ADR	Alternative Dispute Resolution
EC/45	Emenda Constitucional 45
STJ	Supremo Tribunal Federal
STF	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
FMI	Fundo Monetário Internacional
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
I PARTE - ESTADO, JURISDIÇÃO E CRISE	28
1 O ESTADO DE DIREITO DESAFIADO: RETROSPECTIVA, PERSPECTIVA E PROSPECTIVA CRÍTICA DA TRANSFORMAÇÃO ESTATAL	29
1.1 O contratualismo e a instituição do Estado como criação artificial dos homens	34
1.2 O Estado da modernidade e suas duas versões: do absolutismo real ao liberalismo individual normativo	47
1.3 O Estado de Direito e a supremacia da lei sobre a vontade dos governantes	55
1.4 O Estado Liberal de Direito: da proteção ao indivíduo à limitação estatal ...	62
1.5 O Estado Social de Direito: a (re)estruturação da sociedade pelos direitos sociais	71
1.6 O Estado Democrático de Direito: a constituição de um novo espaço político para o jurídico	79
2 OS (DES)CAMINHOS DO ESTADO: ANTAGONISMO ENTRE CONTINUIDADE/RUPTURA E A MULTIPLICIDADE DOS <i>LOC</i> /DE PODER ...	88
2.1 A crise e a transformação do Estado: do Contemporâneo ao contemporâneo	93
2.2 A globalização econômica e a fluidez das fronteiras: restrições à regulação estatal e valorização das forças extra-estatais	102
2.3 A nova “desordem mundial” e a desregulação do Direito: a atividade estatal deslocada	108
2.4 <i>Lex mercatoria</i> e o seu modo particular de criar o Direito: o poder de “ditar a lei” seqüestrado pelo mercado	113
2.5 O pluralismo jurídico e a multiplicação dos <i>loci</i> de poder: a ruptura com os mitos sagrados do Direito instituído	121

2.6 O Direito não institucionalizado e o Estado periférico: a interação entre o conflito e o consenso nas práticas jurídicas	136
3 A CRISE DE JURISDIÇÃO E OS NOVOS CONTORNOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: (IN)EFICIÊNCIA FACE À COMPLEXIDADE SOCIAL	143
3.1 O monopólio Estatal da jurisdição e a crise: o Poder Judiciário é descartável?	148
3.2 As transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas: a vinculação político-judicial das súmulas	157
3.3 A transformação da função jurisdicional: a “cena” judiciária e a política como ator principal	169
3.4 Os paradigmas da cultura jurídica atual: o substrato social do Direito e da jurisdição esquecido pelo racionalismo	179
3.5 O positivismo jurídico e a interpretação negada: a <i>applicatio</i> em perigo	189
PARTE II - TEMPO, CONFLITO E CONSENSO	204
4 O VIRAR DA AMPULHETA E A SANTÍSSIMA TRINDADE TEMPORAL: SOCIEDADE, TEMPO E DIREITO	205
4.1 Do moderno ao hipermoderno: a aceleração temporal e a secularização do poder fruto da temporalidade social capitalista	209
4.2 A instituição jurídica da sociedade e o seqüestro da temporalidade: a temporalização do tempo e a instituição do Direito	217
4.3 O tempo e o destempo do processo: a singularidade do rito como temporalidade processual única	228
4.4 O tempo e as dificuldades de contar o Direito: a refiguração da experiência temporal através da narrativa	238
4.5 A reinvenção democrática do tempo: uma nova temporalidade frente à complexidade social	246
5 O CONFLITO, O MONOPÓLIO ESTATAL DE SEU TRATAMENTO E AS NOVAS POSSIBILIDADES: A IMPORTÂNCIA DOS REMÉDIOS OU OS REMÉDIOS SEM IMPORTÂNCIA?	255

5.1 O “estado da arte” sócio-conflitivo: as diversas possibilidades de interação entre o conflito e as relações de poder	259
5.2 Os papéis sociais e as expectativas do grupo: o conflito como sociação positivo/democrática	268
5.3 O contexto social e as estruturas de poder: o monopólio estatal da força como meio legítimo de tratamento de conflitos	278
5.4 A (re)solução judicial de conflitos: o tratamento dos sintomas sem erradicar a doença	286
5.5 Entre o tradicional e o inovador: o tratamento de conflitos e as práticas de ADR	298
6 A INSTITUIÇÃO DO CONSENSO NA COMPLEXIDADE SOCIAL CONTEMPORÂNEA: A MEDIAÇÃO COMO PRÁTICA COMUNICATIVA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS	312
6.1 A mediação enquanto arte de “estar no meio”: o compromisso com a alteridade	316
6.2 As críticas à mediação: a falta de segurança e certeza para lidar com a “(des)ordem” conflitiva	325
6.3 O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”: a(s) verdade(s) conflitiva(s) e o seu tratamento	335
6.4 A mediação como estratégia do “agir comunicativo”: a formação do consenso através de posturas ilocucionárias	344
6.5 O consenso emerso da participação: na mediação a consensualidade e na jurisdição a normatividade	356
6.6 Em Hobbes, o consenso induzido; na mediação, o consenso construído: nasce um novo contrato social?	365
CONCLUSÃO	376
REFERÊNCIAS	400
ANEXO A – Projeto de Lei nº 4.827-B, de 1998	440
ANEXO B – Projeto de Lei nº 4.945, de 2005.....	465

INTRODUÇÃO

As relações sociais contemporâneas sofreram profundas mudanças em sua configuração, colocando em xeque as tradicionais instituições modernas, o próprio Estado e sua(s) estratégia(s) organizativa(s) sob o modelo da especialização de funções. Tal fato, de forma inexorável, tem demandado a essas instituições uma profunda revisão dos seus papéis e práticas. Nesse cenário, transforma-se e fragiliza-se o desempenho de suas atribuições, determinando um quadro de crises profundas. Essas crises podem ser traduzidas pela crescente distância entre a legislação e a realidade, na dificuldade de produção e aplicação dos programas estatais e na interpenetração entre as esferas pública e privada, o que reflete a necessidade de novas práticas administrativas, jurisdicionais, legislativas e políticas.

Nesse contexto, evidencia-se a preocupação com a efetividade/qualidade da prestação jurisdicional cujo modelo conflitual se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, que esperam pelo Estado (terceiro autônomo, neutro e imparcial), o qual deve dizer a quem pertence o Direito. Para o tratamento de conflitos, o Estado propõe tradicionalmente o Judiciário que, em caso de não-cumprimento espontâneo das prescrições normativas por parte dos indivíduos, é chamado a “dizer o Direito”. Atualmente, a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais.

Assim, ignorando que o conflito é um mecanismo complexo derivado de múltiplos fatores, nem sempre definidos na sua regulamentação, espera-se pelo Judiciário para que diga sobre quem tem “melhor” direito, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Ainda, no atual contexto, o Judiciário representa uma instituição garantidora de segurança em espaço e tempo precisos, restabelecendo a ordem jurídica mediante expedientes racionais/legais definidores de padrões meramente formais, decidindo sobre conflitos sociais sem valorizar seu conteúdo.

De outro lado, o Judiciário foi organizado para atuar dentro de determinados limites estruturais, tecnológicos, pragmáticos e metodológicos, muito aquém da complexidade conflitiva que lhe ocorre. Conseqüentemente, em meio aos aspectos multifacetários que marcam as relações sociais atuais, é preciso buscar estratégias consensuadas de tratamento das demandas, não operando somente com a lógica do terceiro estranho às partes (juiz), mas buscando a instituição de outra cultura que trabalhe com a concepção de fomento à reconstituição autonomizada do litígio.

Nesse sentido, o tema desenvolvido na tese envolve as possibilidades de construir um novo modelo de tratamento¹ de conflitos a partir da idéia da constituição de consensos mediados diante do exaurimento das formas tradicionais de agir da jurisdição, incapaz de lidar com a complexidade² multifacetária das relações sociais contemporâneas, marcado por um ambiente de crise(s) das instituições modernas.

Partindo do tema exposto, a tese, num primeiro momento, delimitou e discutiu o desempenho da função jurisdicional do Estado, para, em seguida, identificar outras formas de tratamento que se abrem em face da complexidade dos conflitos sociais contemporâneos, propondo-se, para tanto, um modelo de abordagem desses conflitos assentado numa perspectiva voltada para o consenso. Agregados a esse objetivo geral, os objetivos específicos pretenderam: a) demarcar os contornos fundacionais dos modelos de Estado e Jurisdição definindo seus pontos de exaurimento; b) perscrutar a natureza multifacetária da complexidade das relações sociais que determinam as transformações da jurisdição; c) propor a constituição de

¹ Aqui, utilizar-se-á a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, justamente por entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isso porque “a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”).” (BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 228). Nesse sentido, ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Por conseguinte, a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfativa.

² Importante é ressaltar que a expressão “complexidade” vem aqui utilizada como maneira de qualificar a sociedade atual destacando os diversos elementos diferenciados que a compõem e que lhe conferem uma forma intrincada e multifacetada. Assim, não se pretende trabalhar com categorias da Teoria dos Sistemas, dentre as quais está a “complexidade”, sendo lá entendida como aquilo que “indica el hecho de que no todos los elementos de dicha unidad pueden estar simultáneamente en relación con ellos mismos. Así, la complejidad significa que para actualizar las relaciones entre los elementos es necesaria una selección...” (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. México: Iberoamericana, 1996. p. 43).

uma nova cultura performativa ao Estado-juiz e à jurisdição em face das mutações sociais, fundada na construção do consenso; d) investigar, na atual inserção social, a possibilidade de utilização da mediação como meio convencional e comunicativo para o tratamento de conflitos sociojurídicos; e) repercutir as potencialidades do consenso como instrumento de autonomização social; f) investigar a temporalização da prestação jurisdicional e seus reflexos quantitativos e qualitativos no tratamento dos conflitos.

Por conseguinte, tem-se como problema central a seguinte questão: é possível substituir-se a forma atual de tratamento de conflitos por uma matriz fundada na cultura do consenso construído (aqui entendida como poder de análise e de escolha de estratégias reais), e que opere com a idéia de um projeto de jurisdição qualitativamente melhor voltada à autonomização do cidadão?

Partindo do problema de pesquisa, as hipóteses se organizaram em torno das estratégias adotadas pela função jurisdicional – vinculadas à pretensão de um “enquadramento” hierarquizado dos conflitos sociais através da lei, normatizando e “normalizando” condutas conflitivas - que já não respondem (se é que algum dia responderam) à “complexidade” da sociedade contemporânea. Por isso, a introdução de fórmulas consensuais pode significar uma reapropriação pela sociedade dos seus próprios destinos, contribuindo, para um aprofundamento democrático, sobretudo pela autonomização³ dos indivíduos.

Os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas

³ A palavra “autonomia”, conforme Luis Alberto Warat, pode ser pensada “como uma possibilidade de escapar do mundo das palavras e dos mitos que nos exilam do real. A vontade persistente de toda República (entendida aqui como cultura organizada pela alienação, a ciência e a filosofia) é a de manter os cidadãos felizes como dependentes incuráveis das palavras e dos mitos. O cidadão que não pensa, porém, acredita que pensa. Repetindo chavões. Escuta falar que é livre e acredita nas palavras, enquanto a vida lhe grita, e ele não escuta, que é um prisioneiro de sua própria imbecilidade energizada pelas palavras e pelos mitos”. (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 15).

É por isso que a autonomização dos indivíduos pretende possibilitar o tratamento do conflito “pensado” entre as partes e não decidido com base em modelos impostos ou através de idéias clonadas, fotocopiadas. Nesse contexto, uma decisão autônoma é democrática, tomada como espaço consensuado, mediado, que, ao respeitar as diferenças, produz respostas aos conflitos. Assim, torna-se um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos, das diferenças, permitindo formar identidades culturais e integrando as partes do conflito num sentimento de pertinência comum, apontando a responsabilidade de cada um, gerando deveres reparadores e transformadores.

qualitativas e céleres para suas demandas. É nesse sentido que a harmonia precisa ser instalada, equilibrando respostas qualitativas em tempo razoável que possam ultrapassar a tríade até então instituída (autor, réu e juiz) para instalar um processo dicotômico, que trabalhe com os indivíduos, devolvendo-lhes a capacidade de tratar o conflito de maneira consensuada, objetivando a obtenção de uma resposta mais democrática.

Diante da crise das instituições modernas e da precariedade das respostas oferecidas aos conflitos, justifica-se a importância e o interesse na investigação do tema, uma vez que uma abordagem inovadora pode suplantar a fronteira fechada da jurisdição, buscando uma nova forma de construção de consensos (“jurisconstrução⁴”) que pretenda democratizar o acesso à jurisdição e o modo de tratamento dos conflitos, mediante o implemento de mecanismos de pacificação social mais eficientes que, além de desobstruir a justiça, assegurem as garantias sociais conquistadas.

Conseqüentemente, lançar um novo olhar para o papel dos operadores do Direito e para a prestação jurisdicional do Estado, especialmente no concernente às formas por ela utilizadas no desempenho de suas atribuições, possui relevância científica e social, uma vez que todos os debates e avanços experimentados servirão para a proposição de uma nova estratégia de tratamento de conflitos. Nesse ponto é que se vislumbra a possibilidade de contribuição, almejando apontar e delinear as deficiências do modelo tradicional e as possibilidades oferecidas, desenvolvidas e operacionalizadas a partir de uma perspectiva voltada para a própria consolidação e fortalecimento da democracia num sentido mais amplo. A tese teve por escopo trazer para o ambiente acadêmico novas possibilidades de análise no tratamento dos conflitos sociais, reconstruindo e rearranjando o debate até o momento apresentado, mobilizando novos entendimentos.

Nessa linha, o tema da tese propôs a construção de um modelo que, mesmo já discutido anteriormente, possui aqui um enfoque diferenciado: abordar o tratamento de conflitos e a questão do tempo, o antagonismo e a possibilidade de harmonia entre a quantidade dos conflitos sociais e de tempo despendido em sua abordagem

⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem*. alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 115.

e a necessária qualidade no tratamento dos mesmos (enfocando especialmente o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal)⁵. Assim, é importante referir que o Direito afeta a temporalização do tempo e o tempo determina a força do Direito⁶.

Em resumo, a “tese da tese” abordou uma proposta de tratamento consensuado e autônomo de conflitos a partir de uma temporalização inovadora (“duração razoável”, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF) e de uma matriz “hermenêutica/interpretativa/narrativa” do Direito, que tenha por objetivo um consenso “construído” entre as partes (fomentado pelas técnicas comunicativas de mediação) e não “induzido” (conforme o modelo contratual/hobbesiano) que aprenda a relacionar-se com rostos, comprometendo-se com cidadãos históricos e não apenas com sujeitos processuais.

Assim, o trabalho se delineou em duas partes, a primeira, denominada “Estado, Jurisdição e Crise”, mais situacional, expõe o “estado da arte” dimensionando os aspectos históricos/temporais a partir dos quais se dá a análise. A segunda parte, intitulada “Tempo, Conflito e Consenso”, tem um caráter menos descritivo e mais prescritivo no qual se entabulam, de forma mais acentuada, as discussões do problema e dos objetivos da pesquisa. Cada uma das duas partes vem composta de três capítulos. O primeiro e o último capítulos possuem seis subdivisões internas e os demais cinco. Cada capítulo possui um pequeno preâmbulo no qual se pretendeu apontar o tema ali desenvolvido, bem como os objetivos específicos, na tentativa de localizar da melhor forma possível o leitor⁷.

Na metodologia, enquanto método de abordagem, foi utilizado o “método” fenomenológico como “interpretação ou hermenêutica universal⁸”, partindo de Heidegger e fazendo uma “revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela

⁵ Essa abordagem se construirá principalmente a partir das obras de dois autores: a) Francois Ost, especialmente *O tempo do Direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999 e OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2005 e b) Eligio Resta, em livros como *Le stelle e le masserizie*. Paradigmi dell'osservatore. Roma-Bari: Laterza, 1997; *La certezza e la speranza*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 1996; *Conflitti sociali e giustizia*. Bari: De Donato, 1977; *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli, 1996; *Il diritto fraterno*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.

⁶ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁷ Por esse motivo, na presente introdução não se detalhará o que cada capítulo discute, isso será feito posteriormente.

⁸ STEIN, Ernildo. *A questão do método na Filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 100-101.

tradição filosófica através da linguagem como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade, em que a linguagem – o sentido e a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade⁹. Pretendeu-se desenvolver a pesquisa mediante um procedimento metodológico a partir do qual se deixe de pensar o Direito como uma “linguagem unívoca que prometa ser a garantia de máxima certeza e perfeita comunicação, além de assegurar o melhor rendimento com um máximo de economia¹⁰”, uma vez que as ciências modernas, permeadas pelo rigor e pela certeza, suprimem o caráter ontológico do questionamento dos entes jurídicos.

Já a metodologia procedimental teve como base os métodos histórico e comparativo. Histórico porque se investigou acontecimentos a partir do século XV, quando surgiu o Estado da modernidade, remontando a sua evolução e transformação até o presente momento. Comparativo, uma vez que foram investigadas as semelhanças e as diferenças entre as diversas formas de Estado e de jurisdição, bem como sua evolução no decorrer do tempo, tentando-se, para tanto, demarcar as deficiências que os identificam e suas práticas tradicionais em meio à democracia.

Como técnica de pesquisa, aplicou-se a pesquisa bibliográfica baseada em documentação indireta que serviu de base teórica para o desenvolvimento do estudo. Por outro lado, mediante a pesquisa bibliográfica, as fontes consultadas foram: livros, revistas, periódicos, artigos e publicações avulsas pertinentes ao tema, os quais possibilitaram construir uma solução para os problemas propostos. Feita a localização e a obtenção das fontes, o passo seguinte foi a leitura do material, tendo sido realizada primeiramente a leitura exploratória, mais rápida, visando identificar se a obra consultada interessava ao tema. Em seguida, foi feita a leitura seletiva, mais profunda que a exploratória. Depois, ocorreu a leitura analítica, partindo dos textos selecionados, ordenando as informações para posteriormente utilizá-las.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

¹⁰ STEIN, Ernildo. *A questão do método na Filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 12.

Após, foram tomados apontamentos na forma de confecção de fichas classificadas e armazenadas em fichário de computador. Por último, foi redigida a tese.

De outra parte, a discussão tornou-se viável visto que possui arcabouço teórico que a conforta. Da mesma forma, cabe salientar que o tema está inserido em uma das linhas de pesquisa do Doutorado - “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” - justamente porque investigou o Direito e a jurisdição, partindo de uma revisão de conceitos racionais/legais na Teoria do Estado e na Teoria do Direito. Por outro lado, possui vínculo estreito com os projetos desenvolvidos pelo professor orientador, uma vez que se ajusta ao grupo de pesquisa intitulado “Estado e Constituição”, bem como com a sua produção teórica.

O primeiro capítulo efetivamente não trouxe contribuições inovadoras em aspectos jurídico-científicos, mas possui importância em função de sua perspectiva histórico/localizacional, apontando para o surgimento do Estado a partir da visão de três contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau. Retoma, primeiramente, a teoria desses autores para depois entabular a evolução estatal desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social. Nestes termos, ainda que a discussão não traga nenhuma inovação, tratar de tal assunto (e principalmente dessa forma) foi uma opção no sentido de possibilitar ao leitor a construção de um cenário propício ao desenvolvimento do tema de pesquisa.

O segundo capítulo discutiu a crise do Estado. Num primeiro momento, se pretendeu localizar histórico e espacialmente o território da crise, apontando para a globalização econômica como fator de fluidez das fronteiras e gerador de outras formas de abordagem conflitiva, como a *lex mercatória*, o Direito marginal e o Direito inoficial, nascidos do pluralismo jurídico.

O terceiro capítulo abordou a crise de jurisdição em dois aspectos principais: a crise de legitimação e a crise estrutural. Tais crises assinalam as insuficiências do modelo de jurisdição tradicional frente à complexidade conflitiva atual, seja em termos quantitativos como em termos qualitativos. Conseqüentemente, a discussão aborda a certeza e a segurança enquanto paradigmas da cultura jurídica atual, levando em consideração que a legislação posta já não condiz com a realidade

social. As insuficiências do positivismo jurídico emergem salientando a necessidade de uma interpretação hermenêutica do texto legal.

Já o quarto capítulo trabalhou as relações processo/temporais, trazendo à discussão o art. 5º da CF que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. Nestes termos, discutiu-se a necessidade de preenchimento da expressão “razoável duração” numa perspectiva de tratamento qualitativo dos conflitos em um tempo quantitativamente adequado. Assim, o tempo processual vem abordado como categoria instituidora da sociedade que precisa ser “reinventado” frente à complexidade social. Essa reinvenção pode ocorrer a partir do Direito “contado” como narrativa diacrônica que ultrapasse o caráter racionalista/positivista emprestado aos procedimentos judiciais, oferecendo aos operadores jurídicos e aos protagonistas do processo a possibilidade de uma resposta autônoma e democrática.

O quinto capítulo abordou o conflito em seus aspectos positivos e negativos. Positivo em face de sua natureza democrática que, embalada pelas tensões conflitivas, produz trocas democráticas possibilitadoras de evolução social. Negativo quando traduzido pelo enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que demonstram, respectivamente, uma intenção hostil. Nesse sentido, analisou-se especificamente a conflitualidade social traduzida em conflitualidade judiciária, ou seja, na litigiosidade que busca resposta no aparato judicial. Assim, o desempenho da jurisdição e a lógica exercitada pelo Estado no tratamento dos conflitos também foram objeto de estudo paralelamente à discussão de outras estratégias, mais democráticas e autonomizadoras.

O sexto capítulo analisou o consenso almejado pela prática da mediação. A discussão se centrou na heterogeneidade e diferença dentro da realidade jurídica, indicando canais de comunicação e mediação entre o Direito e a sociedade, libertando-se das tentações de estabelecer dogmaticamente os critérios de decisão que se deve seguir na prática jurídica, oferecendo ao Direito um procedimento que consiga dar conta da complexidade social e criando alternativas para o tratamento dos conflitos.

Nessa mesma esteira, o consenso político foi visitado a partir do contratualismo clássico, que pressupõe a concordância unânime em torno do contrato social, constituindo, como seu primeiro efeito, o próprio corpo político. Nestes termos, a análise se conduziu por pontos específicos que dizem respeito ao consenso “induzido” da visão hobbesiana como meio de ajustar a dissensão social partindo do Estado como detentor do monopólio da violência legal em cujo cenário ocorre a conseqüente “participação normatizada” do cidadão. Paralelamente, foram discutidas as práticas da mediação como forma para alcançar o consenso entre os atores sociais através da sua “participação consensualizada”.

Dessa forma, a mediação surge como possibilidade de tratamento mais adequada à complexidade conflitiva atual pois propõe uma “nova cultura”, que vai além da jurisdição tradicional, inovando através de práticas consensuadas e autônomas que devolvam ao cidadão (responsabilizando-o) a capacidade de lidar com a litigiosidade inerente à sua existência.

PARTE I

ESTADO, JURISDIÇÃO E CRISE

1 O ESTADO DE DIREITO DESAFIADO: RETROSPECTIVA, PERSPECTIVA E PROSPECTIVA CRÍTICA DA TRANSFORMAÇÃO ESTATAL

Nunca ninguém viu o Estado. Quem poderia negar, porém, que ele seja uma realidade? O lugar que ele ocupa em nossa vida cotidiana é tamanho que não poderia ser retirado dela sem que, ao mesmo tempo, ficassem comprometidas nossas possibilidades de viver.

Nós lhe atribuímos todas as paixões humanas: é generoso ou avaro, engenhoso ou estúpido, cruel ou bonachão, discreto ou invasivo. E, como o consideramos sujeito a esses movimentos da inteligência ou do coração que são próprios do homem, dirigimos a ele os sentimentos que, comumente, nos inspiram as pessoas humanas: a confiança ou o temor, a admiração ou o desprezo, amiúde o ódio, mas por vezes também um respeito temeroso em que uma atávica e inconsciente adoração do poder se mescla à necessidade que temos de acreditar que nosso destino, por mais misterioso que seja, não está abandonado ao acaso. Assim como a história do Estado resume nosso passado, sua existência no presente parece-nos prefigurar nosso futuro. Esse Estado ocorre-nos de maldizê-lo, mas sentimos bem que, para o melhor e para o pior, estamos ligados a ele...

Georges Burdeau¹¹

O Estado ocupa um lugar privilegiado no cotidiano do cidadão mesmo sem possuir uma presença física. Em função de suas prerrogativas, permeia (pela ação ou pela omissão) todos os aspectos de sua existência. É nesse sentido que a atual conotação da palavra Estado se impôs através da difusão e pelo prestígio da obra *O Príncipe*, de Maquiavel¹². No entanto, isso não determina que a palavra tenha sido

¹¹ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX da introdução.

¹² “Todos os Estados, todos os domínios que tem havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Outros escritos. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 33).

Segundo Guido Gerin, Maquiavel entendia que a palavra Estado possuía o caráter de condição, assumindo dois significados: primeiramente, o de uma necessidade interna ou externa de um sujeito individual ou coletivo, posteriormente, um outro modo de ser ou de constituir a coisa pública, no qual se identificava com o “status civitatis”, transformando-se, pouco a pouco, no conceito de complexo étnico territorial, indicando, assim, um determinado Estado. Posteriormente, no início da era moderna, o nome Estado passou a indicar o sujeito de poder (por exemplo, o príncipe, o monarca absoluto) e o

introduzida por ele, uma vez que a passagem do significado corrente do termo *status*, de “situação”, para “Estado”, em seu sentido moderno, ocorrera anteriormente pelo isolamento do primeiro termo da clássica expressão *status rei publicae*¹³. O certo é que, a partir da obra de Maquiavel, o termo “Estado” substituiu, lentamente, a maneira tradicional com que até então se designava a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando¹⁴.

Porém, a definição de Estado não pode ser traduzida por um território, um corpo de regras obrigatórias ou um conjunto de pessoas¹⁵. Possui conotação maior, vai além. É possível afirmar que é, no sentido exato do termo, “uma idéia”¹⁶. Não tendo uma outra realidade além da conceitual, o Estado só existe porque é pensado. Conseqüentemente, não é uma construção do espírito destinada a explicar uma realidade preexistente, na verdade, ele é toda a realidade que exprime como construção racional.

De fato, delinear o sentido exato da palavra Estado não é uma unanimidade, muitas vezes ela é utilizada para representar uma entidade territorial sobre a qual se desenvolvem relações entre governantes e governados, outras vezes se fala em Estado fazendo referência a um dos elementos necessários da identidade estatal, no sentido exato de “governo do Estado”. Ainda, outras vezes se fala de Estado como “ordenamento jurídico”, ou seja, o ordenamento de uma comunidade territorial

objeto de tal poder, isto é, o povo e o território. (GERIN, Guido. *La crisi dello Stato Democratico*. Padova: CEDAM, 1974. p. 13-14).

¹³ Il termine *status* si impiegava nel mondo antico per indicare genericamente la condizione giuridica di persone o collettività e, con riferimento a una società politica territoriale, si univano ad esso altre specificazioni, ad esempio *status rei publicae*. Minute e ampie ricerche hanno dimostrato che il passaggio del termine *status* dal significato di “situazione” a quello attuale di “Stato” è avvenuto tra il Quattro e il Cinquecento, attraverso l’isolamento del primo termine dell’espressione *status rei publicae* (FARALLI, Carla. *Stato*. In: BARBERA, Augusto. *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 167).

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 65.

¹⁵ Nesse sentido, Bobbio afirma que o termo “Estado”, através de modificações ainda não bem esclarecidas, “passou de um significado genérico, de situação para um específico de condição de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre os seus respectivos habitantes, como aparece no próprio trecho de Maquiavel no qual o termo ‘Estado’, apenas introduzido, é imediatamente assimilado ao termo ‘domínio’” (Ibidem, p. 67).

¹⁶ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10.

predisposta a um complexo de normas, das quais a juridicidade é derivada¹⁷. Isto posto, é possível dizer que o Estado é uma agregação voluntária organizada entre indivíduos, uma comunidade na qual o individual se dilui no coletivo, o povo passa a ser reconhecido como ente social, e depois jurídico¹⁸.

Assim posta a discussão, mais do que questionar a origem da palavra ou do Estado, pode-se direcionar para a possibilidade de investigar a existência de sociedades políticas anteriores à modernidade. Desse modo, a origem do Estado deveria considerar uma formação histórica anterior que originou ordenamentos políticos precedentes¹⁹. Nesse sentido, a presente tese utilizará, nas discussões concernentes ao Estado e ao seu aporte evolutivo, o entendimento de Norberto Bobbio que aponta para a existência de uma continuidade entre o pensamento político histórico anterior e posterior à modernidade. Por isso, o Estado é entendido como ordenamento político de uma comunidade, que nasce com a dissolução de seus laços primitivos (laços de parentesco, sustentados pela necessidade de sobrevivência), assinalando o início da era moderna²⁰.

Por conseguinte, o Estado é uma grande organização política²¹ moderna delineada pelo complexo territorial e demográfico no qual exerce dominação. Assim, na sua concepção tradicional, é uma organização política investida de poder e coerção, que, em função da legitimidade da sociedade civil, administra os interesses de todos os cidadãos, delimitando sua área de atuação em determinado espaço físico. Pode-se afirmar que os homens inventaram o Estado para fazer dele a sede e

¹⁷ Nesse sentido, é importante a leitura de GERIN, Guido. *La crisi dello Stato Democratico*. Padova: CEDAM, 1974. p. 11-12.

¹⁸ Quindi l'affermare che la sovranità statale è sovranità popolare non esprime tanto una nozione intrinseca di sovranità, quanto la necessita che essa si basi sul consenso di tutta la comunità, del popolo, da cui traggono forza tutte le istituzioni politiche e tutti i poteri ad esso connessi (GERIN, Guido. *Aspetti costituzionali dello stato democratico*. Trieste: Università degli Studi di Trieste. Facoltà di Giurisprudenza. Istituto di Scienze Politiche, 1958. p. 56).

¹⁹ Aqui são importantes as considerações de Miguel Ayuso Torres ao ressaltar que o nascimento do Estado veio acompanhado de "cinco fracturas del ordo político medievales: la religiosa de luteranismo, la ética del maquiavelismo, la política del bodinismo, la jurídica del hobbesianismo y la sociológica de la paz de Westfalia". (TORRES, Miguel Ayuso. *?Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 27).

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 73.

²¹ Bobbio refere que o Estado e a política têm em comum, sendo inclusive a razão de sua intercambialidade, a referência ao fenômeno do poder. Afirma que não há política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de "poder" e de uma análise do fenômeno poder. Por longa tradição, o Estado, predefinido como portador de *summa potestas*; e a análise do Estado se resolve quase totalmente no estudo dos diversos poderes que competem ao soberano (Ibidem, p. 76).

o suporte do poder, rendendo-se à sua autoridade, sem, no entanto, submeter-se à vontade humana. Traz em sua fundamentação uma obediência cuja base é autônoma, cuja autoridade persiste e diverge daquela exercida pelo chefe do grupo, pois a autoridade estatal permanece, ainda que os governantes passem.

Conseqüentemente, as características do Estado da modernidade são, primeiramente, a autonomia, inadmitindo que sua autoridade dependa de outra. A segunda característica é a distinção entre Estado e sociedade civil, evidenciada a partir do século XVII, principalmente na Inglaterra com a ascensão da burguesia²². A terceira característica diz respeito à diferenciação entre o Estado da modernidade e a forma estatal medieval, uma vez que no primeiro existe identificação absoluta entre o Estado e o monarca, que representa a soberania estatal. Já no segundo, verifica-se a propriedade, pois o medieval é um estado patrimonial: é patrimônio do monarca, do marquês, do conde, do barão. O senhor é dono do território e de tudo que nele está contido, podendo dispor desse patrimônio a seu único critério²³.

Nessa esteira, o Estado da modernidade é uma inovação, uma vez que se contrapõe ao feudalismo, cujo poder individualizado se demonstra encarnado em um homem que concentra em sua pessoa os instrumentos de justificação da autoridade, o que vai de encontro à dominação legal-racional imposta pela modernidade²⁴. Desse modo, o caminho se faz da *ex parte príncipe* para a *ex parte príncípio*.

²² No entanto, mesmo que a autoridade estatal reine absoluta, o que tipifica uma relação de superioridade, a tramitação entre Estado e sociedade civil envolve uma certa dosagem recíproca de metas. Por isso, “a superioridade moral, atribuída ao Estado, não implica desprezo pela sociedade civil e suas instituições, mas, em certo sentido, exatamente o oposto.” De fato, Estado e sociedade civil são mutuamente dependentes. A sociedade civil depende do Estado uma vez que, isolada, seria dirigida por regras e normas mecânicas, fruto da interação de indivíduos egoístas, incapazes e corruptos. Por outro lado, o Estado dependeria da sociedade porque não é um meio em si mesmo, mas um fim, isso explica o surgimento da sociedade civil como um meio de que se vale o Estado para a realização de seus fins específicos, enquanto ideal racional de progressão (GEORGE, Sabine H. *História das teorias políticas*. Lisboa: Fundo de Cultura, 1961. p. 644-645). Nesse sentido, também é importante a leitura de WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 66 et seq.

²³ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução e edição de Dario Canali. 7. ed. Porto Alegre: P&PM editores Ltda. 1986. p. 09.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 26.

Partindo desse breve preâmbulo, cuja intenção foi introduzir a discussão a respeito do Estado da modernidade e sua evolução até o Estado contemporâneo²⁵, o presente capítulo tem por objetivo discorrer sobre o Estado de Direito surgido especialmente a partir das deficiências da sociedade medieval. Posteriormente, o Estado Liberal será objeto de estudo bem como suas interfaces com o Estado Social e Democrático de Direito²⁶. Desta feita, a abordagem vai desde o surgimento do Estado da modernidade até o Estado atual, transitando por aspectos de menor importância (analisados apenas a título de ilustração) para centrar toda a discussão no Estado de Direito propriamente dito. O tema é amplo, por si só daria vazão a um trabalho dissertativo, quiçá uma tese. Porém, parece salutar que, ao se tratar do Estado, se possa analisar seu aporte histórico-evolutivo sob pena de se perder, caso contrário, a necessária espessura conceitual e a delimitação exata das fronteiras que emolduram o tema. Nessa seara, o primeiro ponto de debate é o contratualismo enquanto fundador de todas as discussões sobre a origem da sociedade e do poder político, conforme se poderá avistar adiante.

²⁵ Aqui são utilizadas as palavras de José Luiz Bolzan de Moraes para distinguir Estado Contemporâneo de Estado contemporâneo. Não obstante a diferença residir apenas na inicial maiúscula, ambos não significam a mesma coisa, sendo o primeiro definido e vinculado substancialmente à idéia genérica de Estado Social. Já o segundo (com letra minúscula) é o Estado que nos é apresentado nos dias atuais, independentemente do conteúdo assumido (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16). Nesse mesmo sentido, sobre o Estado contemporâneo é interessante a leitura de GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 401 et seq.

²⁶ É importante salientar que, para a elaboração da presente tese, optou-se pela estrutura de Estado Moderno exposta por Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, ou seja, dividida em duas dicotomias: Estado Absolutista/Liberal e Estado Legal/Estado de Direito, que se instalam conjuntamente com o estabelecimento da unificação de um centro de tomada de decisões, caracterizado pelo poder soberano sobre determinado território. Desse modo, a dicotomia vem delineada pela figura do Estado Absolutista, caracterizado pelo monarca que se identificava com o próprio Estado e, de outro lado, o modelo liberal, que sempre significou a limitação do poder e o estabelecimento de garantias próprias aos indivíduos, da liberdade contratual e do livre mercado. (STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 95-96).

1.1 O contratualismo e a instituição do Estado como criação artificial dos homens

O contratualismo é uma corrente de pensamento político que pode ser definida, em sentido amplo, como algo que compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político num contrato²⁷, ou seja, num acordo tácito ou expresso entre indivíduos, que assinalaria o fim do estado natural²⁸ e o início do estado social e político. Já numa concepção restrita, o contratualismo diz respeito a uma escola que floresceu na Europa entre o século XVII e fins do século XVIII. Tal escola tinha como ponto comum o uso da mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso²⁹.

Então, o contratualismo pretende estabelecer concomitantemente a origem do Estado e o fundamento do poder político partindo de um acordo de vontades, seja expresso ou tácito, que ponha fim ao estado de natureza (considerado pré-político) e dê início à sociedade política (estado civil)³⁰. Esta sociedade política surge como

²⁷ No concernente ao contrato social, o contratualismo se assenta em duas formas tradicionais de concepção: em primeiro lugar, encontra-se aquilo que se chama propriamente *contrato social* ou *pacto de associação*, o qual supõe que um certo número de indivíduos, vivendo em um estado de natureza, concorda em estabelecer uma sociedade organizada. A segunda forma de contrato social pode ser mais propriamente chamada de *contrato de governo* ou de *pacto de submissão*. Trata-se, em geral, de um contrato entre governantes e governados, no qual se estabelece a medida e a extensão da autoridade e poder políticos, bem como a extensão dos direitos e limites dos deveres dos súditos (POGREBINSCHI, Thamy. *Contratualismo*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 168-169).

²⁸ “A maioria dos filósofos políticos descreve uma condição pré-civil (e, por vezes, pré-social) do homem a que dão o nome de ‘estado de natureza’. Das muitas razões para se recorrer a tal idéia, uma é o desejo de apresentar as disposições civis e políticas como tendo um propósito, especialmente o de corrigir inconvenientes ou limitações que as pessoas sofreram nesse estado de natureza. Uma outra razão consiste no desejo de argumentar que as disposições políticas devem satisfazer certas condições – por exemplo, a de respeitar e proteger certos direitos de que (supostamente) desfrutaram os indivíduos no estado de natureza. Não há consenso de opinião entre filósofos políticos sobre em que consiste esse estado, sobre que características possuem as pessoas que nele vivem, nem sobre quais poderiam ter sido as circunstâncias de vida nesse estado. Eles nem sequer concordam sobre se realmente ele existiu ou se o recurso a tal idéia é um mero artifício explicativo ou interpretativo”. (DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 130).

²⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Contratualismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 272.

³⁰ Sobre o tema é importante a leitura de PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/UNISINOS: 2007, especialmente p. 15 et seq.

artifício da razão humana para dar conta das deficiências inerentes ao estado de natureza, construído como hipótese lógica negativa, ou seja, como fato histórico na origem do homem civilizado. Nesse sentido, o contrato clássico³¹ aparece como meio de legitimação do Estado (que já existia) e como base de construção do sistema jurídico³².

Para explicar a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade, o contratualismo trabalha com três níveis explicativos distintos: a) primeiramente, com a noção de que tal evolução é um fato histórico realmente ocorrido, isto é, não dominado pelo problema antropológico da origem do homem civilizado; b) o estado de natureza é uma mera hipótese lógica, a fim de ressaltar a idéia de racional ou jurídica do Estado, tal qual como deve ser, e de colocar o fundamento da obrigação política no consenso expresso ou tácito dos indivíduos a uma autoridade que os representa e encarna; c) por fim, prescindindo totalmente da origem do homem civilizado e do problema filosófico e jurídico do Estado racional, o contrato é visto como um instrumento de ação política capaz de impor limites a quem detém o poder³³.

Desses três níveis, o segundo é aquele que interessará à tese uma vez que prevê o elemento jurídico como categoria essencial do contratualismo, ou seja, que observa no Direito a única forma possível de racionalização das relações sociais ou de sublimação jurídica da força. É possível explicar tal afirmativa a partir das influências do Direito natural; da necessidade de legitimar o Estado num período em que o Direito criado pelo soberano tende a substituir o Direito consuetudinário, o que se dava através da criação de leis ou de um aparelho repressivo por ele monopolizado e finalmente partindo de uma exigência sistemática de construção do

³¹ O contrato clássico aparece como um instrumento de legitimação do Estado e como base sistemática de construção do sistema político, podendo-se dizer que: a) o estado de natureza, como hipótese lógica negativa, reflete como seria o homem e seu convívio fora do contexto social; b) o contrato, instrumento de emancipação em face do estado de natureza e de legitimação do poder político e; c) o estado civil, portanto, surge como uma criação racional, sustentado no consenso dos indivíduos, apto a romper os limites e/ou insuficiências do estado de natureza, bem como dar conta dos fins para os quais foi criado. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Contrato social. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos. 2006. p. 163).

³² STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 31.

³³ MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 272.

sistema jurídico iniciando da autonomia de vontade traduzida pelo contrato. Isto evidenciou a figura do Estado como máquina, ou seja, como algo que pode ser construído artificialmente, em oposição à concepção orgânica da Idade Média³⁴.

É nesse momento que o contratualismo aponta para o Estado como uma criação artificial dos homens e, por isso, vem aqui exposto segundo os textos de três contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau. Não obstante possuir outros grandes expositores³⁵, a discussão será baseada naqueles mencionados, especialmente pelo fato de que alguns recortes precisam ser feitos objetivando centrar o trabalho em seu eixo principal, que é justamente discutir as formas de se alcançar o consenso no tratamento dos litígios. Doravante, pois, a discussão será produzida a partir de três contratualistas: Hobbes, que vê as relações humanas como uma guerra de todos contra todos nas quais o homem é o lobo do próprio homem, num ambiente de total insegurança e incerteza, dominando o direito do mais forte; Rousseau, que defende a idéia de que os homens nascem livres, mas encontram-se aprisionados, e Locke, que observa a vida do homem como um estado de relativa paz por possuir um certo domínio racional das paixões e dos interesses.

A natureza é imitada pela arte dos homens no momento em que estes criam aquele grande Leviatã a que chamamos República ou Estado (*Civitas* em latim). Essa grande criação não passa de um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, projetado para as tarefas de proteção e defesa. A soberania é a alma artificial do Leviatã, os magistrados e os outros funcionários judiciais e executivos são as juntas artificiais, a recompensa e o castigo são os nervos, a riqueza e a prosperidade de todos são a força, a segurança do povo é a sua tarefa, os conselheiros são a memória, a equidade e as leis uma razão e uma vontade artificiais, a concórdia é a saúde, a sedição é a doença e a guerra civil é a morte. Finalmente, os pactos e convenções mediante os quais as partes desse

³⁴ MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 272.

³⁵ Poderiam ser citados J. Althusius, B. Spinoza, I. Kant e S. Pufendorf.

corpo Político foram criadas e reunidas assemelham-se àquele “façamos o homem” proferido por Deus³⁶.

Assim, o homem criou um animal artificial que pudesse lhe dar, dentre outras coisas, segurança³⁷ e paz, divinizou-o e, através de um pacto firmado por toda a humanidade, alcançou-lhe poder soberano de impor condutas e aplicar castigos em caso de insurreição ou desrespeito. A principal atribuição desse Leviatã era fazer cumprir a lei fundamental da natureza: buscar a paz. Através dessa criação, o homem superou a guerra de todos contra todos pactuando condutas que limitassem o direito natural, que nada mais era do que a liberdade que cada homem possuía de usar do seu próprio poder, da maneira que melhor lhe aprouvesse, para a preservação de sua vida.

Antes do contrato e do surgimento do Leviatã, a condição do homem era a condição de guerra de todos contra todos, e nela a primeira regra da natureza encerrava: “Que todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de a conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra”³⁸. Então, “a guerra é empreendida em prol da paz”, de modo que ela acontece para que a paz se concretize, ou melhor, seu fim último é a paz. Mesmo parecendo paradoxal, a “guerra é o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força”. Explica-se aqui o porquê da expressão paradoxal: pela força se busca a solução das controvérsias e, por conseguinte, a paz. Ainda, a definição e a ambivalência guerra/paz pode ser utilizada para definir qualquer tipo de guerra, pública e inclusive privada³⁹.

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112.

³⁷ Renato Janine Ribeiro discute a figura do medo causador de insegurança na vida e na obra de Hobbes, ponderando que esse sentimento marcou-o desde o nascimento. Inferiu que o medo vem traduzido em toda a obra do grande filósofo através de algumas palavras-chave tais como guerra, morte, poder, Estado todo-poderoso. Depois da publicação do Leviatã, Hobbes passou a temer por sua vida, chegando a ser classificado como “medroso”. Nesse sentido, ver RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo*. Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

³⁸ HOBBS, op. cit., p. 113.

³⁹ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 71-72. Se a guerra pode ser pública ou privada, Francisco de Vitoria ressalta que “chiunque può condurre una guerra siffatta, senza avere bisogno dell’autorizzazione di chicchessia, per difendere non solo la propria persona, ma anche i propri beni”. Por conseguinte, a guerra pode ser privada, pois qualquer um tem o direito de se defender de uma agressão buscando o menor dano ao agressor,

Entretanto, a necessidade de paz entre os homens requereu uma autoridade que fizesse a guerra e que possuísse a capacidade de resguardar o cidadão. Essa autoridade é uma escolha da comunidade política, traduzida como “una comunità perfetta, quella è in se stessa un’unità e una totalità, ossia che non ha in sé alcuna parte di un’altra comunità politica ma ha invece le proprie leggi, un proprio consiglio e le proprie magistrature, come ad esempio i regni di Castiglia e Aragona, e altri simili”⁴⁰.

Buscando a solução da guerra de todos contra todos, e objetivando resolver o estado dos homens fora da sociedade civil, surge o contrato, que nada mais é do que a renúncia a uma prerrogativa do homem e a sua transferência a outrem, o que pode se resumir numa não resistência por parte de quem transfere. Uma vez transferidas mutuamente as prerrogativas dos homens entre si, surge o contrato, ou pacto, que os vincula e somente liberta através do cumprimento ou do perdão. No primeiro caso, temos o fim natural da obrigação e no segundo, a restituição da liberdade. Analisando a teoria hobbesiana, observa-se que a promessa é “instrumento de emancipação por domínio do futuro, desemboca em um tempo fechado e num regresso à lei de heteronomia; inspirada pelo medo do outro e do calculismo, a promessa política cria uma ideologia de segurança que acaba por confiar o poder absoluto ao Leviatã”. No momento em que a teoria hobbesiana aponta o animal como um ser preso às sensações imediatas, vivendo feliz enquanto ignora o amanhã, vê o homem como um ser capaz de prazeres e sofrimentos por antecipação. Desse modo, ele se subtrai ao “presente e projecta-se no futuro; para ele, a vida é uma corrida perpétua guiada pelo desejo insaciável que não pára de aumentar; ela é também objeto de ‘pavor perpétuo’: essa corrida social é uma competição em que todos os golpes são permitidos”. Então, sendo racional e dotado de razão calculista, o homem compreende que precisa de segurança e que ela passa pelo contrato que garanta a abstenção mútua da violência⁴¹.

assim “passata la necessità della difesa, cessa anche, per un privato la causa di guerra”. A guerra privada acontece em função do direito natural, cuja fundação primeva consiste em que todo o homem se empenha em proteger sua vida, na medida de suas forças. Desejando o que é bom e fugindo do que é mau, o homem evita o mal maior: a morte. Para isso, se defende e procura usar todos os meios para fugir ou revidar a agressão (VITORIA, Francisco de. *De iure belli*. A cura di Carlo Galli. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2005. p. 19-21).

⁴⁰ Ibidem, p. 23.

⁴¹ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 208-209.

A partir do pacto ou contrato, surge um poder coercitivo cujo objetivo é a segurança⁴², pois além da necessidade de que cada um pactue com os demais, é preciso que também exista a previsão de castigos para aqueles que descumprirem as leis. Essa possibilidade de castigar é transferida a algum homem ou conselho que necessariamente possua poder supremo na cidade (o Leviatã). Quem detém o poder supremo possui o “gládio da justiça e o gládio da guerra”, a prerrogativa de armar, reunir e unir homens para a guerra, objetivando a conservação dos particulares; a incumbência de julgar ou de nomear magistrados e de legislar, estabelecendo as leis civis que dirigem as ações futuras dos cidadãos.

Nesse contexto, o poder supremo conferido por todos os cidadãos, através do pacto, a um conselho ou a uma pessoa é absoluto e “perpétuo, já que o compromisso que produz é ele próprio absolutamente irrevogável: estamos de agora em diante obrigados, sem a menor possibilidade de revisão dos termos da promessa⁴³”. Assim, não importa o que faça o Leviatã, não é passível de punição. O poder supremo, transferido e aceito pelo governante, exige obediência completa e irrestrita, conhecida como “obediência simples”, porque mais do que um derivado imediato do contrato, essa obediência (e por conseguinte o poder supremo do governante) é derivada do fato de que sem ela se frustraria o direito da cidade.

Em Hobbes, o Estado, enquanto poder supremo, é a fonte do Direito, deixando de reconhecer aqueles preexistentes, afirmando que tudo é convenção, não existindo direitos efetivos fora daqueles enunciados pelo Estado. Entretanto, para Locke, o direito do homem sobre si mesmo tem como consequência o direito sobre as coisas mediado pelo trabalho e pela propriedade. É nesse sentido que Locke

⁴² “...antes de tudo o mais, para a paz é preciso que cada um fique tão protegido da violência dos outros que possa viver em segurança: isto é, que ele não tenha causa justa para temer aos outros, enquanto não lhes cometer injúria. Na verdade, é impossível dar aos homens uma segurança completa contra quaisquer danos recíprocos, de modo que não corram risco de ser feridos nem mortos injuriosamente; portanto, isto não vem ao âmbito de uma deliberação. Mas pode-se providenciar que não haja causa justa para o medo. A segurança é o fim pelo qual nos submetemos uns aos outros, e por isso, na falta dela, supõe-se que ninguém se tenha submetido a coisa alguma, nem haja renunciado a seu direito sobre todas as coisas, antes que se tomem precauções quanto à segurança” (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 103).

⁴³ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 210.

aponta como critérios para definição de quem irá governar ou decidir, a força e a capacidade⁴⁴.

Conforme a segunda teoria, a força vem exposta pela figura do Estado e de seus instrumentos, já a capacidade requer um outro tipo de avaliação, mais vinculada a valores e princípios vigentes no universo de quem a determina. Esse raciocínio tem como ponto de referência uma sociedade de classes com diferenças sociais que deverá eleger como representantes os mais prósperos na comunidade, os quais se traduziam na figura dos proprietários. Desse modo, apenas os que têm fortuna podem ter plena cidadania por dois motivos: somente eles têm pleno interesse na conservação da propriedade e somente eles são capazes de vida racional enquanto compromisso voluntário com a lei da razão, cuja base é necessária para a plena participação na sociedade política⁴⁵.

Assim sendo, ainda que no estado de natureza o homem tenha direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente é exposto às invasões dos outros. Todos são tão iguais quanto ele, mas a maior parte não respeita nem a igualdade, nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui muito inseguro e perigoso. Isso faz com que o homem deseje abandonar essa condição que, embora de liberdade, está repleta de medos e perigos. Por esse motivo, se une à sociedade, com outros já reunidos ou prestes a se reunir, visando à salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens (propriedades)⁴⁶.

Dessa assertiva se conclui que a formação da sociedade política se deu em função da propriedade e tinha como escopo principal a sua proteção, que não era oferecida pelo estado de natureza, carente de leis que pudesse estabelecer o

⁴⁴ A differenza quindi di Hobbes che, vedendo nello stato di natura solo la forza e la sopraffazione, nel passaggio allo stato di società non ne salvava nulla (tutto sacrificando all'esigenza della pace), Locke che nello stato di natura vede il dominio della legge di natura, cioè della ragione della libertà, col passaggio allo stato civile e politico intende eliminare gli effetti delle passioni che turbano il regno della ragione e della libertà, ma vuole anche salvaguardare la legge naturale con i diritti soggettivi che ne discendono, in primo luogo la libertà. Differentemente da Hobbes, Locke vuole uno Stato che non annulli totalmente la condizione naturale dell'uomo, bensì, per quanto possibile la conservi e che soprattutto conservi quello che dello stato di natura è essenziale, cioè l'osservanza della legge naturale che comporta la libertà (FARALLI, Carla. Stato. In: BARBERA, Augusto. *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 174).

⁴⁵ MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 273.

⁴⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 156 (Clássicos do Pensamento Político).

padrão do que era certo ou errado e que pudessem resolver todas as controvérsias entre os homens. Da mesma forma, faltava ao estado de natureza um juiz imparcial, cuja autoridade fosse reconhecida e que pudesse dirimir as dúvidas e diferenças com base nas leis já estabelecidas. Por fim, no estado de natureza não existia um poder que pudesse apoiar e manter a sentença quando esta fosse justa, impondo a sua execução. Essas colocações servem de sustentáculo para o surgimento da sociedade política e para a construção dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário) que posteriormente serão debatidos.

Já os poderes apontados por Locke no estado de natureza divergem, salientando que o primeiro é fazer o que ele acha conveniente para sua própria preservação e dos outros dentro dos limites autorizados pelas leis naturais. O outro é o poder de punir os crimes cometidos contra aquelas leis. Ao sair do estado de natureza e passar a pertencer à sociedade política, o homem abre mão dessas prerrogativas atribuindo a sua preservação à sociedade que a regulamenta, criando leis⁴⁷. Quanto ao segundo, o poder de punir, ele renuncia inteiramente e empenha a sua força natural para auxiliar o poder executivo da sociedade. Se encontra, assim, em um novo estado no qual desfruta de vantagens graças ao trabalho, à assistência, e à companhia coletiva.

Mas, para que a sociedade política seja criada, é necessário que haja consentimento⁴⁸ entre um número qualquer de homens livres, cuja maioria seja capaz de se unir e se incorporar em tal sociedade. Ainda, afirma que “esta é a única origem possível de todos os governos legais do mundo”. Cada homem, consentindo com os outros em instituir um corpo político submetido a um único governo, se

⁴⁷ Conforme a teoria lockeana, a passagem do estado de natureza para o estado civil, mediada por esse contrato social, se fará para permitir que aqueles direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais, dos indivíduos, presentes no estado de natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano. Assim, o conteúdo do contrato social será constituído pelo conjunto de direitos naturais presentes no estado de natureza, os quais irão traçar os limites do poder soberano no estado civil. Esboça-se, aqui, o quadro primário do individualismo liberal assentado em uma sociedade não conflituosa cuja forma de organização estará limitada pelo conjunto de direitos pré-sociais e políticos já presentes no estado de natureza e cuja positivação no estado civil permitirá não apenas o seu reforço, como também o estabelecimento dos limites à ação estatal (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Contrato social. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 165).

⁴⁸ Conforme Rogério Gesta Leal, “o consenso pretendido por Locke é simplesmente uma adesão ao inevitável, sem nenhuma oportunidade de escolha, crítica ou modificação na proposta de organização social, pois ela se encontra perfeitamente delimitada e demarcada pelo trabalho livre dos cidadãos, controlados não pelo Estado, mas pelo mercado” (LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83).

obriga, diante de todos os membros daquela sociedade, a se submeter à decisão da maioria e concordar com ela. O consentimento pode ser expresso ou tácito. O primeiro é manifestado por qualquer homem ao entrar em qualquer sociedade, o que faz dele um súdito. Quanto ao consentimento tácito, a questão é admitir a sua existência e verificar até que ponto ela obriga, ou seja, em que medida se pode considerar que um indivíduo consentiu em um governo qualquer e está a ele submetido, se ele não prestou qualquer declaração nesse sentido. A resposta para tal assertiva consiste que todo o homem que possui qualquer posse ou domínio de qualquer governo manifesta o seu consentimento tácito e, enquanto assim permanecer, é obrigado a obedecer as suas leis ⁴⁹.

De forma diversa a Hobbes e a Locke, Rousseau⁵⁰ apresenta suas reflexões sobre o contrato social apontando que a formação original do homem vinha baseada na felicidade instintiva sem paixão, refletindo um ser que satisfaz facilmente as poucas e singelas necessidades elementares que possui almejando apenas sossego e liberdade. Assim, o homem não é sociável e muito menos dotado de razão, pois, na sua concepção, a sociabilidade, a razão e as paixões só surgem com a sociedade⁵¹. Desse modo, apresenta a separação entre estado de natureza e estado social, afirmando que o homem natural é despojado, vivendo num estado de equilíbrio e felicidade, bastando a si mesmo, é solitário, independente e ocioso. O homem natural não tem consciência de ser homem vivendo num estado de perfectibilidade que restará ferido pelos progressos humanos, tais como a agricultura e a metalurgia, que originaram o direito de propriedade e, conseqüentemente, a

⁴⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 141.

⁵⁰ No entanto, é importante considerar que a “oposição que existe entre Hobbes e Rousseau está mais na apreciação que na descrição do estado de natureza, ou melhor, do homem animal, que vive seguindo os próprios instintos, possui a razão só em potência e está aquém de qualquer relação moral ou jurídica com o próprio semelhante. A moderna Zoologia, ao estudar no primata a origem do homem, comprovou, diluindo-lhe os excessos, a tese de Hobbes e de Rousseau: a inocência e a felicidade do homem-primata é uma *insecuritas* sem história, onde as paixões e a guerra são ocasionais, sempre motivadas pela comida ou pela posse da fêmea, ao passo que a pobreza, o isolamento e a ignorância não são verdadeiramente percebidas como um mal. MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 274-275.

⁵¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UNB, 1989. p. 49 et seq.

desigualdade. Como resultado, o estado de guerra torna estratégica a instituição das leis por um pacto de associação.

Esse pacto de associação se deu através do necessário concurso de muitos para que, somadas as forças, seja possível formar uma agregação que vença a resistência, trabalhando em harmonia. Conseqüentemente, objetivando criar uma sociedade que defenda e proteja a força comum, ele pensa no contrato social a partir da associação de pessoas na qual cada sócio adquire a mesma prerrogativa que cede aos demais. Por conseguinte, cada um põe “em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral”, e recebe enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo⁵².

Então, está criado o contrato social no qual cada um transfere sua força e direitos à comunidade toda, gerando um corpo moral e coletivo chamado de cidade ou república. Desse modo, cada membro da cidade ou república é um cidadão enquanto partícipe da autoridade soberana e um súdito se submetido às leis do Estado. Assim, a importância do contrato social surge na tentativa de articular a base legítima da autoridade política no domínio das pessoas sobre si mesmas e em sua descrição da maneira como ratificaram seus próprios termos e condições para a associação através dos atos da vontade geral. No entanto, é possível questionar se Rousseau, mesmo preocupado com a liberdade e a dignidade do indivíduo, não faz dele um escravo da comunidade toda⁵³.

O contrato social prevê a reunião de muitos homens em um só corpo, determina a formação de uma vontade única cujo objetivo primordial é a conservação e o bem comum. Esse contrato social assim firmado aponta para o Estado vigoroso e simples, com ditames claros e luminosos, nos quais não se entrevêem interesses intrincados e contraditórios, evidenciando o bem que, para ser reconhecido, apenas precisa do bom senso. Mas, se o vínculo social afrouxa, o

⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 32.

⁵³ DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 88. Nesse sentido: Il richiamo alla volontà generale è un'eco del pensiero di Rousseau: va detto, tuttavia, che la dottrina della volontà generale di Rousseau non è scevra da oscurità e da difficoltà e ha in sé il germe della teoria che sarà detta dello stato etico (teorizzato da Hegel), dello Stato cioè che, pretendendo con argomentazioni filosofiche di rappresentare e di realizzare la volontà dell'individuo, in realtà gli impone la volontà propria, intesa come volontà avente valore assoluto (FARALLI, Carla. Stato. In: BARBERA, Augusto. *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 181).

Estado enfraquece. Se os interesses particulares começam a se sobressair ao interesse comum, a previsão é o fim do voto de unanimidade. Conseqüentemente, a vontade geral já não é mais de todos, agitando-se as contradições e os debates. A vontade geral estará aniquilada? Não, pois ela é sempre constante, inalterável e pura, mas submissa a outras que a superam. Mesmo desunindo cada um seu interesse do interesse comum, a sua parte do mal público parece pequena se contraposta ao bem exclusivo de que se apropria. Excetuando esse bem particular, cada homem quer o bem geral por seu próprio interesse, embora vendendo seu voto a peso de ouro, não apaga em si a vontade geral, apenas a ilude. Por conseguinte, seu erro é mudar o estado da questão e dar à pergunta diferente resposta; assim, ao invés de dizer “é vantajoso ao Estado” diz “é vantajoso a tal homem ou a tal partido que esta ou aquela proposta seja aprovada”⁵⁴.

Mesmo que a vontade geral seja reta e de utilidade pública ela nem sempre segue na íntegra as deliberações do povo, pois o que se busca é o próprio bem: “nunca se corrompe o povo, mas iludem-no muitas vezes, e eis então quando ele quer o mal”⁵⁵. No entanto, a diferença entre a vontade de todos e a vontade geral consiste no fato de que esta só fita o interesse comum e aquela só vê o interesse, é não mais do que uma soma de vontades particulares; porém, quando tira dessas vontades as mais e as menos, que mutuamente se destroem, resta por soma das diferenças a vontade geral⁵⁶.

⁵⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 99-100.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁶ Conforme Dent, poucas passagens em obras de Rousseau ou em qualquer obra de teoria política causaram tanto perplexidade e provocaram tantos comentários como essa diferenciação entre vontade de todos e vontade geral. O autor interpreta a afirmação de Rousseau do seguinte modo: “a vontade particular de uma pessoa consiste no que ela quer só para si, não atribuindo peso ou consideração aos desejos ou interesses alheios, exceto na medida em que pode fazer uso desse para promover o seu próprio interesse como pessoa individual, preocupada consigo mesma. Suponha-se que ela considera como seus interesses particulares, primeiro o gozo de segurança e conforto material obtidos com um dispêndio mínimo de esforço e, segundo, um controle de outros, de tal modo que o trabalho deles possa ser dirigido para servir ao seu próprio bem pessoal [...] O que Rousseau quis dizer quando afirma que devemos, pois, ‘retirar’ dessas vontades particulares ‘os a-mais e a-menos que se destroem mutuamente?’ Um a-mais para mim é a fruição de abundância material com um mínimo de trabalho, mas isso é anulado pelo fato de que outros também querem isso para eles, e se ninguém estiver preparado para trabalhar, nenhuma abundância ocorrerá. Um outro a-mais para mim seria ter o controle do outro; mas o a-menos é que querem também mandar, não ser mandados. Resta alguma coisa? O que resta são os resíduos, em cada um dos nossos esquemas de interesse privado, que são compativelmente realizáveis. Esses resíduos incluem projetos para o benefício de cada que possam ser realizados, enquanto projetos semelhantes estão sendo empreendidos por outros. Se somarmos esses resíduos, teremos um conjunto de objetivos que serão do interesse de cada pessoa sem distinção. A promoção de tais objetivos pode ser

Dessa maneira, a vontade geral é a chave para entender como podem ser legitimados o poder e a autoridade civil. Por isso, o corpo soberano do Estado (que compreende todos os seus membros adultos) divulga instruções (leis) que possam regulamentar a vida de todos os seus membros. Essas leis são entendidas como declaração de vontade, de modo que o soberano tem uma vontade e as leis são a expressão dessa vontade. As leis são legítimas, determinando obediência somente quando a vontade do soberano é a vontade geral. O instrumento que permite a efetivação do pacto social é a vontade de todos, e a faculdade que surge desse pacto é a vontade geral.

Em resumo, a vontade geral, encarnada no Estado e pelo Estado, é o todo. Assim, a defesa do bem comum sufoca as possibilidades individuais do cidadão. O indivíduo é absorvido por esse *todo* representado pelo Estado portador da vontade geral. Nesse sentido, para alguns autores, chama a atenção o fato de que o contrato social dá origem a um Estado democrático, na medida em que o poder já não pertence a um príncipe ou a uma oligarquia e sim à comunidade⁵⁷.

Entretanto, a vontade geral foi motivo de abusos, especialmente quando equiparada à vontade do povo, exatamente como foi utilizada durante o Terror. Ali, a última está muito longe de ser geral, na medida em que vitimou certos indivíduos e grupos. Uma vontade só pode ser verdadeiramente geral quando der voz aos interesses que cada pessoa tem em comum com todas as outras. Se qualquer um deixar de ser atendido ou for desconsiderado, ela deixa de ser geral, a lei se torna, nesse caso, tirânica, e o sujeito não tem obrigação de obedecer. Desse modo, a justiça só se faz através da vontade geral e, ao obedecê-la, as pessoas estão respeitando as necessidades e a dignidade⁵⁸.

considerada, pois, um bem em comum para todos e coincidir, pelo menos aproximadamente, com o objetivo da vontade geral, que é o ‘interesse comum’”. (DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 214-215).

⁵⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Contrato social. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 167.

⁵⁸ DENT, op. cit., p. 218-219.

Mas a vontade geral não significa, necessariamente, a vontade da maioria, assim, “ocorre que na mais moderna teoria política, a significação da vontade geral em Rousseau não pode ser reduzida a uma concordância numérica ou de maioria das vontades particulares, deverá sim ser considerada como aquela que represente o que há de comum em todas as vontades individuais, enquanto elemento do corpo coletivo, que, por si só, possui uma função ou destino também político, desde a filosofia clássica grega: o lugar de satisfação e felicidade do homem na condição de gênero” (LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 104-105).

Em caso de desvirtuamento das políticas oficiais de governo, o pacto social se rompe e os indivíduos voltam a dispor de suas liberdades. Se existirem leis que vinculem o cidadão a uma determinada ordem social, estará forçado, porém não obrigado, a obedecer ao príncipe, numa clara proposta de admissão da idéia de resistência ou de desobediência política/civil. Tudo isso porque, se o Estado deixa de atender às suas prioridades originárias, é coerente que o contrato social se rescinda libertando o cidadão da obediência ao ônus que até então lhe era imposto. Essas leis cogentes que vinculam o cidadão sempre existiram, podendo ser exemplificadas pela Lei das XII Tábuas, Lei de Sólon, Código de Hamurabi, dentre outros.

Nesse sentido, pode-se observar que, para os três pensadores aqui expostos, a sociedade política surgiu a partir de contratos diversos entre si, mas todos partindo da necessidade de consenso. Hobbes vê o pacto como meio de trazer segurança e certeza e como forma de preservação da vida num ambiente de guerra. Locke vê no consentimento, expresso ou tácito, o meio de criar uma associação cujo objetivo principal é a manutenção e a garantia da propriedade. Para Rousseau, o contrato surgido da vontade geral é a conservação e o bem comum. Por conseguinte, todos defenderam suas teorias cuidando de identificar uma forma de contratação e, a partir dela, apontar o surgimento do Estado como uma necessidade e uma garantia para a manutenção do homem, de suas posses e do bem comum.

Assim, explicitada a teoria contratualista de surgimento do Estado, é possível adentrar na discussão do Estado da modernidade, sem perder de vista que sua primeira expressão vem centrada na idéia de soberania, o que levou a concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, criando as monarquias absolutistas que deram origem a um direito absoluto do rei sobre o Estado. Numa segunda versão, tem-se a evolução para o Estado Liberal de Direito, que também será abordado adiante.

1.2 O Estado da modernidade e suas duas versões: do absolutismo real ao liberalismo individual normativo

O surgimento do Estado da modernidade⁵⁹ foi tenso. Partindo do sistema policêntrico e complexo mantido pelos senhores feudais, se chega ao estado territorial, concentrado e unitário através da racionalização da gestão do poder e da organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais. Assim, o Estado da modernidade se caracterizou por uma evolução no sentido de negar as antigas categorias sociais, instaurando, em um nível diferente da vida social, a delimitação de uma esfera rigidamente separada de relações sociais, gerenciada exclusivamente por uma forma política. Em tal esfera, reentravam também, mais ou menos diretamente, os tradicionais “direitos e liberdades” das categorias sociais, mas as mesmas eram submetidas à gestão unitária e política (de que toda a esfera dependia) por parte do príncipe monocrático soberano que garantia o Direito. O príncipe decidia sobre a validade desses direitos e dessas liberdades, o que se acentuou à medida que ele e seu aparelho administrativo conquistaram a esfera financeira⁶⁰.

De fato, o Estado da modernidade teve como impulso o fim de um grande período de migrações, invasões e conquistas que redundaram numa crescente estabilidade em determinado espaço e tempo. Diante da nova realidade, alguns

⁵⁹ Aqui cabe ressaltar a posição de Streck e Bolzan de Moraes, os quais entendem existir uma tautologia na expressão “Estado Moderno”, posto que só existe Estado na modernidade, sendo as demais experiências apropriáveis apenas como formas estatais (STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 17 et seq.). Sobre esse assunto, Esteruelas se posiciona: la respuesta a los problemas en que se debatía políticamente la edad Media fue la consolidación del Estado como forma política o, si se quiere, el nacimiento del Estado moderno, cristalizando así el proceso precedente. Naturalmente, quienes niegan la existencia del estado en la Edad Media expresan este hecho con otro pensamiento: habla pura y simplemente del nacimiento del Estado (ESTERUELAS, Cruz Martínez. *La agonía del Estado ¿Un nuevo orden mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2000. p. 33). Nesta mesma linha: “Si hemos ceñido el Estado a una unidad política de vida superior propia de la Edad moderna, se hace preciso recordar, con carácter preliminar, y por leve que sea en estos pródromos, el desenvolvimiento histórico de las formas políticas (de la comunidad política en suma). Así, aparecen ante nosotros el despotismo oriental, la polis griega, la civitas romana y la Cristiandad medieval” (TORRES, Miguel Ayuso. *¿Después del Leviathan?* Sobre el Estado y su signo. Madrid: Dykinson, 1998. p. 19).

⁶⁰ SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 429.

reinos e principados começaram a adquirir solidez, desenvolvendo instituições permanentes. Assim, qualquer unidade política na qual houvesse certa continuidade existiam esforços no sentido de criar instituições judiciais para consolidar a segurança interior e instituições financeiras capazes de prover a defesa frente aos inimigos exteriores⁶¹.

O Estado da modernidade nasceu, pois, da passagem do feudalismo para a Idade Moderna, possuindo como característica marcante a centralização e a personalização na figura do monarca que detinha o poder com exclusividade. A Unidade dos Estados Nacionais convergiam para o soberano, que era o elemento de integração, consolidação e poder⁶². As conseqüências foram previsíveis: quando o Estado (monarca) se tornou monopolista na esfera política, os interlocutores diretos deixaram de ser as categorias para se tornar os indivíduos, instalando o princípio do individualismo, um dos marcos do Estado Moderno Liberal.

Versão primeira do Estado da modernidade, o absolutismo vinha centrado na figura do rei como fonte da qual emanavam todas as determinações. Na sua evolução, passou por dois momentos: no primeiro, que se estendeu até o princípio do século XVIII, a base de sustentação do poder absoluto tinha origem divina, e o rei era considerado uma extensão de Deus na terra, o que lhe permitia amplas prerrogativas em sua autoridade. No segundo período buscou-se uma fundamentação racionalista para o poder dentro do ambiente do iluminismo

⁶¹ La relación entre la administración de justicia y la recolección de los beneficios fue estrecha durante toda la Edad Media... No obstante, los soberanos empezaron a comprender gradualmente que la justicia era algo más que una fuente de ingresos. Era un medio para afirmar la autoridad e incrementar el poder del rey y de los más grandes señores. En consecuencia, los gobernantes más capaces trataron de aumentar el número de casos presentados ante sus tribunales (STRAYER, Joseph R. *Sobre los orígenes medievales del Estado Moderno*. Traducción de Horacio Vázquez Rial. Barcelona/Caracas/México: Editorial Ariel, 1981. p. 43).

⁶² È consuetudine associare, forse persino identificare lo stato Moderno con il concetto di sovranità, che costituisce la parola chiave attorno alla quale la nostra esperienza – di noi europei ‘moderni’ – si è organizzata. Sovranità è la pretesa che una determinata organizzazione politica rivendica di avere, nel proprio territorio, la supremazia rispetto a ogni altra autorità, interna o esterna; è la pretesa di imporre la propria autorità di per sé, e non derivandola da qualche altra autorità (c.d. originalità); è la pretesa di concentrare nello Stato il potere di dettare regole obbligatorie per la collettività, escludendo qualsiasi altra autorità non espressamente riconosciuta (c.d. principio di esclusività); è la pretesa dello Stato di acquistare il monopolio della violenza, del potere coercitivo, attraverso cui rendere effettivo il rispetto delle proprie regole imponendole a chiunque si trovi sul suo territorio (c.d. principio di effettività). Risulta subito evidente contro chi queste pretese fossero poste dal nascente Stato moderno: sul versante esterno, contro l’affermazione della superiorità dell’imperatore e della Chiesa, poiché entrambi avevano rivendicato il potere di ‘investire’ le autorità politiche con la crisi della ‘legittimità’; sul versante interno, contro la complessa trama di istituzioni feudali, gelose della propria autonomia e dei propri privilegi (BIN, Roberto. *Lo stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 11-12).

dominante, chamado de “despotismo esclarecido” ou, em outra perspectiva, chamado, em alguns países, de “Estado de Polícia” (tomando-se o Estado como uma associação para a consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão ou seu primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar). Mas, em qualquer daqueles períodos, o Estado Absoluto era identificado como aquele que: “1) a vontade do rei (mas sob formas determinadas) era lei; 2) as regras jurídicas definidoras do poder são exíguas, vagas, parcelares e quase todas não reduzidas a escrito”⁶³. Foi assim que o termo absolutismo passou a ser identificado como poder ilimitado e arbitrário.

Uma das principais características do Estado Absoluto era a concentração de poderes⁶⁴ insuflada pelo recuo da nobreza feudal, consequência da transformação do pagamento das obrigações feudais em dinheiro e não mais em espécie, sendo o montante estabelecido por um valor monetário fixo, que diminuía rotineiramente em face da desvalorização da moeda causada pela política mercantilista. Além disso, o crescente poderio militar trouxe a necessidade de criação de um exército real permanente, o que acarretou um decréscimo das funções dos nobres. Conseqüentemente, para a manutenção de seu *status*, a nobreza se reuniu à volta do rei que, aproveitando-se dos espaços deixados, concentrou o poder em suas mãos.

Por isso, o Estado Absolutista pode ser descrito como aquela forma de governo em que o detentor do poder o exerce sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores. Do ponto de vista tipológico, por Estado Absoluto se entende um particular momento de desenvolvimento político que se verifica em uma diferenciação institucional, em uma criação de novos ofícios e na

⁶³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 42.

⁶⁴ Essa concentração de poderes possuía aspectos muito bem delimitados: a centralização da produção de normas jurídicas ladeada pela valorização do costume como fonte de direito. Ainda, a administração da justiça é assumida por reis e seus juízes restringindo as faculdades jurisdicionais dos senhores feudais, progressivamente. A organização de milícias, fazer a guerra e promover a paz passam a ser de exclusiva competência real, a partir do que nasceram os exércitos reais permanentes, fator decisivo para a conservação do poder real e para o surgimento do monopólio da violência legítima. A fiscalização e cobrança de tributos também se concentra na pessoa dos reis. Para que tais aspectos se colocassem em prática, se fez necessário um aporte considerável de recursos humanos traduzidos na administração real. A coroa também assumiu a direção econômica criando mercados comuns nacionais defendidos por sistemas de proibição de impostos aduaneiros. A produção de moeda se concentra também nas mãos do rei, surge, então, uma política monetária nacional que impõe valores e regula câmbios (ESTERUELAS, Cruz Martínez. *La agonía del Estado ¿Un nuevo orden mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2000. p. 36).

especialização de novas funções produzidas por pressões internacionais e pelas novas exigências da sociedade. Nesse contexto, o Estado Absoluto se caracteriza pela tendência ao monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior que não reconhece outra autoridade nem no plano internacional, nem no plano interno, uma vez que não admite a justiça privada. O Estado era personificado pelo rei, que era o único sujeito, o único protagonista da política, representante da unidade política, uma unidade superior e neutra com respeito à opinião dos súditos⁶⁵. Desse modo, o príncipe vinha legitimado pelo princípio da soberania⁶⁶ enquanto poder de mando de última instância e inteiramente relacionada à paz e a guerra. O soberano, como único centro de poder, tem a tarefa de garantir a paz entre os súditos do seu reino e de uni-los em defesa do ataque do inimigo estrangeiro. Era assim o poder soberano, absoluto e perpétuo dos reis sobre o seu povo.

Mas, para que tal poder se mantivesse, fazia-se necessária a existência da soberania⁶⁷, do povo e do território, que são base do Estado da modernidade e, conseqüentemente, do Estado Absolutista, especialmente quando a soberania nasce derivada do poder absoluto no sentido de que nenhum outro a ele se oporia, exceto o poder divino. Portanto, o poder do soberano só encontrava limites na

⁶⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martinez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1998. p. 29.

⁶⁶ Nestes termos, a soberania tem “uma dupla face: interna e externa. Internamente, o soberano moderno procede na eliminação dos poderes feudais, dos privilégios dos Estados e das categorias, das autonomias locais, enfim, dos organismos intermediários, com sua função de mediador político entre os indivíduos e o Estado: isto é, ele procura a eliminação dos conflitos internos, mediante a neutralização e a despolitização da sociedade, a ser governada de fora, mediante processos administrativos, antítese de processos políticos. [...] Externamente cabe ao soberano decidir acerca da guerra e da paz: isto implica um sistema de Estados que não têm juiz algum acima de si próprios (o Papa ou o imperador), que equilibram suas relações mediante a guerra, mesmo sendo esta cada vez mais disciplinada e racionalizada pela elaboração, através de tratados, do direito internacional ou, mais corretamente, do direito público europeu. A nível externo o soberano encontra nos outros soberanos seus iguais, achando-se conseqüentemente numa posição de igualdade, enquanto, a nível interno, o soberano se encontra numa posição de absoluta supremacia, uma vez que tem abaixo de si súditos, obrigados à obediência” (MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 1180.

⁶⁷ O conceito de soberania é já um conceito da modernidade cujo nascimento data com a construção das monarquias absolutistas, do Estado na acepção moderna da palavra. Nesse sentido, os monarcas são soberanos porque em seus reinos nenhuma força interior se lhes sobrepõem, e porque os conflitos externos entre soberania se resolvem pela força ou por recíproco consenso, isto é, também sem a intervenção de poder “superior” algum. Neste sentido, ver CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 116.

vontade divina sendo um poder perpétuo, ou seja, sem prazo determinado para sua extinção. Mas de que natureza era esse poder absoluto? O poder absoluto é político do ponto de vista da filosofia atual. Mas não foi só político nos séculos XIV a XVI, em cujo decorrer se consolida o conceito de soberania que chamamos de “moderno”. Tratava-se de um poder supremo, indiferenciado, pois tinha base no poder feudal que não permitia separar os dados econômicos, ideológicos e políticos do poder. Conseqüentemente, também os domínios do rei eram, indiscernivelmente, tanto o seu patrimônio familiar como o âmbito de exercício de sua capacidade de julgar e de dar leis, uma vez que as novas monarquias objetivavam organizar subordinando todos os âmbitos (intelectuais, morais, produtivos, institucionais, político-jurídicos) das sociedades que regem⁶⁸.

O Estado da modernidade do Absolutismo passou por duas fases consecutivas de teorização da soberania. Na primeira, o regime da Monarquia absoluta de direito divino, cuja legitimidade, em termos abstratos, é ministrada especialmente em seus fundamentos teóricos por teólogos que colocavam o altar ao lado do trono; já na segunda fase, a teoria do Absolutismo se desata dos laços teológicos e metafísicos que eram, não raro, um freio ao monarca. Testemunha, assim, o contratualismo social introduzido por Hobbes como uma nova fundamentação do poder que já não promana da divindade, mas do homem e de sua razão prática, dos imperativos racionais que afiançam a sobrevivência ameaçada da espécie humana⁶⁹.

A noção de território, não obstante já existir, ganhou nova conformação ante a necessidade de um espaço físico no qual o exercício da soberania fosse delimitado. Na verdade, o território tornou-se necessário a partir da noção de soberania⁷⁰ e da

⁶⁸ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 116-117.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 32.

⁷⁰ O conceito de soberania nasce em oposição à sociedade medieval que era pluralista, na qual o poder era descentralizado. Então, em sentido restrito, na sua significação moderna, o termo soberania aparece, no final do século XVI, juntamente com o Estado, para indicar, em toda a sua plenitude, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política. Trata-se do conceito político-jurídico que possibilita ao Estado Moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval do poder, baseada, por um lado, nas categorias e nos Estados, e, por outro, nas duas grandes coordenadas universalistas representadas pelo papado e pelo império: isto ocorre em decorrência de uma notável necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria unir numa única instância o monopólio da força num determinado território sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão política. (MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral

reunião dos poderes feudais nas mãos do Rei: era o local onde se fixou a base física para o seu exercício. De fato, o território dá suporte físico à comunidade política, fragmentada geograficamente em soberanias territoriais depois das transformações do medievo. Além disso, o território também é um elemento essencial do Estado, assim como o povo e a soberania.

Diversas são as teorias que apontam para as relações entre o Estado e o seu território. Algumas dessas teorias descrevem uma relação de Direito patrimonial, muito semelhante à relação entre um proprietário e o seu imóvel. Outras a vêem como de Direito real institucional, tendo o Estado apenas o domínio eminente da área, sendo o domínio útil dos particulares. De qualquer maneira, independentemente da teoria que se adote, as conclusões são que não existe Estado sem território e que ele delimita a soberania, uma vez que relações de extraterritorialidade existem, mas são exceções. Assim, o território tem uma significação jurídica positiva, que consiste na ação estatal dentro de seus limites, e negativa, que o obriga a agir em seu território⁷¹.

O povo, por sua vez, se diferencia de população que nada mais é do que uma mera expressão numérica, demográfica, que pode abranger inclusive pessoas que lá estejam de forma temporária. A noção de povo diverge no decorrer da história, sendo “uma mera designação social” no Estado Absolutista, ante a existência de excluídos da vida política que se concentraram em grupos sociais e políticos. Por isso, o povo tornou-se uma realidade subalterna e desregrada, excluída da gestão do poder, presente tão só como massa manobrável e em momentos esporádicos e infrutíferos de rebelião⁷².

No entanto, foi com a Revolução Francesa que a burguesia alcançou o comando do Estado. Assim, o Estado Absoluto, de incentivador da burguesia, passou a ser seu obstrutor. De apoio a uma política mercantilista na qual a burguesia comercial era privilegiada com uma estreita regulamentação das

João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 1179-1180).

⁷¹ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado Intervencionista*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 59-60.

⁷² COLLIVA, Paolo. Povo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 987.

atividades econômicas, o que era uma necessidade para a consolidação e o acúmulo de capitais, o Estado Absolutista passou a ser considerado um empecilho ao desenvolvimento das atividades econômicas quando houve a necessidade de expansão do capital para além das fronteiras nacionais. Enquanto isso, a Revolução aboliu os privilégios da nobreza e da Igreja, confiscando e colocando à venda suas terras que foram adquiridas pelos únicos que possuíam capacidade financeira para tanto: os burgueses⁷³.

Desse modo, em 1789, uma nova fase do Estado da modernidade é inaugurada sob os auspícios de Rousseau e tendo como pólvora o desejo da burguesia de ir além do poder econômico que já possuía tomando para si o poder político que era privilégio da aristocracia. Então, se durante o absolutismo o poder se concentrava nas mãos do soberano, no Estado Liberal que nascia, o poder foi transferido ao povo. Conseqüentemente, durante a vigência do Estado Liberal, a determinação da política econômica era no sentido de não intervenção nos negócios privados, deixando-os fluir ao sabor do mercado.

Por outro lado, o contratualismo de Rousseau se fez presente e importante como componente teórico para os revolucionários que passaram a reivindicar uma Constituição que embasasse a tese de contrato social. De acordo com Locke e Hobbes, a idéia de indivíduo era o cerne do contratualismo. O consentimento base do contrato era dado por esse indivíduo que o aprofunda, tornando-o periódico e condicional, moldando uma política de confiança, coerente com suas invocações anteriores. Por isso, o liberalismo é uma doutrina que, em se opondo ao absolutismo, sustenta o individualismo que teve início no embate pela liberdade de consciência religiosa e avançando, posteriormente, na doutrina dos direitos e do constitucionalismo como garantia contra o poder arbitrário ou contra o exercício do poder de forma arbitrária⁷⁴.

O Estado Liberal significou, assim, uma limitação/divisão da autoridade, formulando o governo popular a partir do sufrágio e da representação restritos a cidadãos prósperos, embora essa situação tenha se transformado ã em fins do

⁷³ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado Intervencionista*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 63-65. Nesse sentido também se posiciona TORRES, Miguel Ayuso. *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 60.

⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 50.

século XIX, quando a representação e o sufrágio se universalizam. Nesse ponto, do “princípio liberal chega-se ao princípio democrático”, com a participação total e indiscriminada de todos os homens na formação da vontade estatal. A evolução vai “do governo de uma classe ao governo de todas as classes”⁷⁵.

É nesse sentido que Roy Macridis⁷⁶ aponta para os núcleos distintos do liberalismo: moral, político e econômico. No núcleo moral, vislumbra uma afirmação de valores e direitos básicos atribuídos à natureza do ser humano, tais como liberdade, dignidade e vida, subordinando todo o restante à sua implementação. Especialmente no concernente à liberdade, aponta para sua ocorrência enquanto meio de proteção do indivíduo contra o governo. Desse modo, todos devem viver sob leis gerais e abstratas, previamente conhecidas. Por outro lado, a liberdade pode ter um cunho civil quando indicam os canais e as áreas livres e positivas da atividade e da participação humana e social, quando corresponde à possibilidade de mobilidade social, atribuindo a todos a oportunidade de alcançar uma posição compatível com suas potencialidades.

No núcleo político, têm-se quatro categorias eminentemente jurídicas, que são: a) consentimento individual, que é fonte de autoridade política e da colaboração de funções do Estado na qual o *status* dava lugar ao contrato; b) a representação apontando a legislatura (eleita pelo povo) como local de tomada de decisões. Tal legislatura possui limites oferecidos pela representação censitária que era ligada à fortuna pessoal de cada um⁷⁷; c) o constitucionalismo embasado no estabelecimento de um documento fundamental acerca dos limites do poder político, garantindo direitos fundamentais dos indivíduos, traçando, assim, os marcos e limites da atividade estatal através, especialmente, da divisão de poderes; d) soberania popular enquanto ideal de participação direta, que, nos moldes de Rousseau, vem tensionada, por um lado, pela contraposição da formação da vontade geral e os riscos de sua absolutização, e, por outro, da participação através de representantes eleitos.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43.

⁷⁶ MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: UnB, 1982. p. 16 et seq.

⁷⁷ Nesse sentido, Scaff lembra que nas Constituições era usual atribuir um critério de renda para que fosse possível a participação no processo eletivo. Essa situação possibilitou à burguesia o completo controle do Estado, uma vez que o parlamento se tornava o seu representante direto (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado Intervencionista*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 70).

O núcleo econômico possui estreitas ligações com a propriedade privada e com o mercado livre do controle estatal, sendo estes seus pilares, permeados pela liberdade contratual. Por conseguinte, o mercado se auto-organiza constantemente regulado pela competição que atua como um termômetro. Fomentado por essas consideráveis transformações históricas e políticas, desponta o Estado de Direito, atrelado à lei como limitadora, submetido a ela, no que diferia do Absolutismo no qual o monarca não se submetia à lei em função do caráter personalista emprestado ao poder. As conseqüências foram visíveis: anteriormente, tinha-se o rei que fazia a lei e depois, já no Estado de Direito, a lei conforma o poder, submetendo inclusive o Estado a ela. Esse assunto será abordado adiante.

1.3 O Estado de Direito e a supremacia da lei sobre a vontade dos governantes

Se o Estado se configura como instituição com poder de mando sobre determinado território, não prescinde do Direito para fazer com que os demais elementos que compõem sua ossatura sejam implementados. Na verdade, o Estado não autodefine os seus contornos ou o seu poder, nem mesmo suas normas fundamentais, pois tudo isso está dado e posto por uma ordem preexistente. Então, ele “não é anterior ao Direito e sim essencialmente de Direito”. Conseqüentemente, Estado e Direito passam a ser complementares e interdependentes⁷⁸.

⁷⁸ Sobre as relações entre Estado e Direito, “se ha hablado de teorías acerca de la prelación del derecho y del Estado; y se ha hecho la clasificación tripartida de que las consideran al derecho como anterior al Estado, de las hacen al Estado un creador del derecho, y de las que identifican el derecho y el Estado. La doctrina que da prelación al Estado es correlativa de la que se conoce como doctrina del Estado de derecho, en el sentido de que el Estado, anterior al de derecho, se auto limita creando el derecho. Comúnmente, estas tendencias consideran al derecho como un orden coactivo y formal, emanado del Estado y caracterizado por el uso de la fuerza [...] La objeción de que una auto limitación excluye la Idea de sumisión al derecho porque procede de una voluntad libre de vínculos, y de la sujeción auto impuesta es frágil porque puede ser modificada suprimida, ha querido ser evitada suponiendo dos momentos de auto limitación: uno primero, de elaboración del contenido positivo del orden jurídico mediante el querer autónomo del Estado; y otro, segundo el cual ya esa auto limitación vincula al Estado con la fuerza que él mismo queda inextricablemente incluido en el contorno jurídico que se ha señalado” (CAMPOS, German José Bidart. *Doctrina del Estado democrático*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 133-134).

Nesse sentido, é possível indagar: todo o Estado pode ser considerado de Direito? Num primeiro momento sim, pois por definição o Estado é a ordem jurídica de um povo situado em determinado território. Além disso, atua por meio de normas, uma vez que seus atos tomam a forma de leis, decretos, portarias, etc. Mas porque, então, a expressão “Estado de Direito” foi consagrada e ganhou notoriedade? Porque o exercício do poder estatal por meio de leis não é suficiente para qualificar um Estado como de Direito. Desse modo, nem todo o Estado é de Direito se não tiver, principalmente, seu poder “regulado e limitado” pela lei, respeitando, paralelamente, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Por conseguinte, estão excluídas todas as formas estatais absolutistas ou totalitaristas, ainda que nelas se possa avistar produção normativa⁷⁹.

De fato, a expressão “Estado de Direito” é certamente uma das mais flexíveis na ciência jurídica contemporânea em função de seu caráter genérico e embrionário⁸⁰. No entanto, não se pode apontá-la como um conceito vazio ou uma fórmula mágica, não obstante denunciar um certo abuso em seu uso. Tal expressão indica um valor e se refere a uma das direções do Estado, mas não encerra conseqüências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da relação entre

⁷⁹ L'idea che gli uomini debbano essere governati dalle leggi e non dall'arbitrio di altri uomini ha compiuto un lungo percorso, durante il quale ha preso forme e consistenze diverse, adattandosi ai variabili modi di intendere gli stessi termini (governo, stato, leggi); e questo percorso non sembra ancora esaurito. Ancora oggi, benché lo Stato di diritto sia una idea da tempo consolidata, ed anzi forse persino sul punto di essere superata, il sogno a cui essa negli ultimi secoli ha dato forma non accenna ancora ad esaurirsi. Il concetto di Stato, come l'abbiamo ereditato dalla tradizione europea, sembra al tramonto di fronte alla spinta verso la c.d. globalizzazione, e per le stesse ragioni appare in crisi il concetto stesso di diritto: eppure l'idea che gli uomini debbano governarsi attraverso leggi resta così forte da inseguire le rapide trasformazioni della nostra società, cercando di trattenerle nelle vecchie forme o di spingerle verso forme nuove, le une e le altre figlie dello stesso sogno (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 7-8).

⁸⁰ È opinione diffusa che la letteratura specialistica si sia finora scarsamente impegnata in una determinazione analitica che caratterizzi lo Stato di diritto sotto il profilo istituzionale e normativo e lo distingua da nozioni contigue con le quali spesso viene confuso o deliberatamente identificato: “stato legale”, “stato liberale”, “stato democratico”, “stato costituzionale”[...] Si perpetua così una lunga tradizione, se è vero che già Carl Schmitt, nei primi anni Trenta del secolo scorso, sosteneva che quanto il termine stesso ‘diritto’ e anche cose tanto diverse quanto lo sono le numerose modalità organizzative implicite nel termine “stato”[...] Ovviamente, sarebbe una grave ingenuità porsi alla ricerca di una definizione di “Stato di diritto”, semanticamente univoca e ideologicamente neutrale (ZOLO, Danilo. Teoria e critica dello Stato di diritto. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. Storia, teoria, critica. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 19).

Direito e poder que constituía a quinta essência de *Machtstaat y del Polizistaat* não mais *rex facit legem*, senão *lex facit regem*⁸¹.

Por conseguinte, a definição de Estado de Direito poderá ocorrer com dois significados diversos, que é oportuno distinguir rigorosamente. Em sentido lato, ou formalmente frágil, designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos na forma e através dos procedimentos por ela estabelecidos. Aqui podem ser avistados todos os ordenamentos modernos nos quais os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal. Num segundo sentido, forte ou substancial, Estado de Direito designa somente aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos são sujeitos (e por isso limitados e vinculados) à lei, não só quanto à forma, mas também quanto ao conteúdo de seu exercício. Essa concepção trabalha com a idéia de dois modelos normativos de Direito distintos, correspondentes às duas experiências históricas diferentes desenvolvidas no continente europeu: o modelo do Estado Legislativo de Direito, com afirmação no princípio da legalidade, e o modelo do Estado Constitucional de Direito produto da difusão, na Europa, das constituições rígidas sobre o reconhecimento do Direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias⁸².

No plano teórico, o Estado de Direito surge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha⁸³ e posteriormente sendo incorporado à doutrina francesa. Assim, nasce informado especialmente pelos princípios da Declaração de Direitos do século XVIII, mas a partir do contrato social se qualifica, convergindo para o estabelecimento de constituições escritas que adotam, principalmente, a separação dos poderes e a garantia dos direitos

⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 21.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 349-350. Nesse sentido, aquele mesmo autor afirma: lo Stato di diritto moderno nasce, nella forma dello *Stato legislativo di diritto* (o si vuole dello *Stato legale*) allorché questa istanza si realizza storicamente con l'affermazione appunto del principio di legalità quale fonte esclusiva del diritto valido e ancor prima esistente. Grazie a questo principio e alle codificazioni che ne sono attuazione, tutte le norme giuridiche in tanto esistono e insieme sono valide, in quanto siano "poste" da autorità dotate di competenza normativa.

⁸³ El término "Estado de Derecho" es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas. Y también aquello que trata de designarse con este concepto es una creación del pensamiento alemán sobre el Estado. El concepto del Estado de Derecho surge en la teoría del Estado temprano alemán, que se orienta desde planteamientos propios de la concepción racional del derecho (BÖCKERFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 18-19).

individuais. Conseqüentemente, o Estado de Direito se apresenta ora como liberal, em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático.

Abordando as relações entre o Estado e o Direito, J. J. Gomes Canotilho salienta que, ao decidir-se por um “Estado de Direito”, a Constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo aquilo que denomina “medida de direito”. A explicitação dessa expressão determina que o Direito seja compreendido como um meio de ordenação racional e vinculativo de uma comunidade organizada, cumprindo (o Direito) sua função ordenadora através de regras e medidas estabelecidas, prescrevendo formas e procedimentos e criando instituições. Portanto, como medida e forma coletiva, o Direito compreende-se no sentido de uma ordem jurídica global que ordena a vida política, regula relações jurídicas civis e comerciais, disciplina o comportamento da administração, sanciona atos ou comportamentos contrários da ordem jurídica, designadamente por lesões graves dos bens constitucionalmente protegidos, cria formas, procedimentos e processos para canalizar, em termos jurídicos, o tratamento dos conflitos de interesses públicos e privados⁸⁴.

Nesse sentido, o Estado de Direito apresenta como aspectos importantes, primeiramente, a renúncia à idéia e ao objetivo transpessoal do Estado, uma vez que ele não é uma criação de Deus nem uma ordem divina. O ponto de partida é o indivíduo singular, livre, igual, autodeterminado e seus objetivos na vida terrena. Promover tais objetivos é precisamente o principal objetivo do Estado. Conseqüentemente, a delimitação de objetivos e de tarefas estatais se encontram na liberdade e na segurança do cidadão e da propriedade, isto é, em assegurar a liberdade individual e garantir a possibilidade de um desenvolvimento a partir de si mesmo. Por fim, o último aspecto versa sobre a organização do Estado e a regulação de atividades segundo princípios racionais, cuja primeira tarefa é o reconhecimento dos direitos básicos de cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica e a garantia da propriedade, além de, paralelamente, objetivar a

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, [s. d.], p. 237-238.

liberdade dos juizes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de uma representação popular e sua participação no poder legislativo⁸⁵.

Destes pressupostos estatais, depreende-se uma de suas principais característica: “a primacia de la ley por sobre la voluntad caprichosa de los gobernantes”. Desse modo, a soberania que até então se concentrava nas mãos de um só indivíduo (monarca) foi trasladada para o povo, que posteriormente a depositou nas mãos de seus representantes, porém de maneira limitada⁸⁶. É justamente assim que o Estado deixa de ser algo à margem da lei (entendido no sentido de vinculação à lei, pois a antiga “lei do rei” possuía um caráter personalista e manifestava a vontade do próprio soberano, que, por via de consequência, não precisava se submeter a ela), nos exatos moldes do absolutismo monárquico, para estar agora dentro dela, submetido, abrindo-se espaços para a noção e o conceito de Estado de Direito, em oposição ao modelo autoritário característico do regime absolutista⁸⁷.

Sem sombra de dúvidas, o Estado de Direito nasceu com o objetivo primevo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito, podendo variar as técnicas utilizadas para a execução de tal intento⁸⁸. Desse modo, poderão existir diversas formas de organização do poder político e os sistemas de governo não serão necessariamente idênticos, mas só haverá Estado de Direito quando no cerne das preocupações estatais figurarem “a protecção e garantia dos direitos fundamentais,

⁸⁵ BÖCKERFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 19-20.

⁸⁶ BIANCHI, Alberto B. *Dinámica Del estado de derecho*. La seguridad jurídica ante las emergencias. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, [s. d.]. p. 81.

⁸⁷ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 290.

Nesse sentido, o Estado de Direito é polêmico desde a sua formulação originária, em oposição ao Estado Absolutista. Porém, não se pode buscar diferenciações entre as duas formas determinando, de maneira rígida, que o primeiro possui a função de estabelecer e manter o Direito em contraposição ao segundo uma vez que o Estado Absolutista não excluía a legalidade. Por isso, o Estado de Direito significa uma limitação no poder estatal pelo Direito, mas não a possibilidade de legitimar qualquer critério dando-lhe forma de lei. Conseqüentemente, se a legalidade é um componente da idéia de Estado de Direito, deve-se observar que este não se identifica com qualquer legalidade e sim com uma legalidade que não lesione certos valores pelos quais se constitui uma ordem jurídica e política e que se expressam em normas ou princípios que a lei não pode violar (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 52).

⁸⁸ La “legge”, come modalità normativa “generale e astratta” (tipico-astrattista), deve sostituirsi alla “comissio”, cioè al comando personale del monarca e alle sue arbitrarie e non “lettres de cachet”. Il diritto in quanto “legge” può ottenere, attraverso l'imposizione di forme e di procedure generali – assai più che attraverso la prescrizione di contenuti o fini particolari -, una drastica riduzione della discrezionalità politica (ZOLO, Danilo. Teoria e critica dello Stato di diritto. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. Storia, teoria, critica. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 36-37).

verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito”. A vinculação ocorre juridicamente em função da proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado⁸⁹.

Assim, exprime uma contradição radical entre o homem e a comunidade política, exercendo o papel de garantidor da liberdade do primeiro mediante a autolimitação do segundo, baseado numa ordem coativa. A garantia dessa liberdade individual e a limitação do arbítrio estatal acontecem através de princípios cuja função, dentre outras, é justamente atribuir papéis e determinar as regras do jogo. Um desses princípios é a separação de poderes, que será abordada posteriormente, mas poderiam-se citar princípios específicos que, segundo Reinhold Zippelius⁹⁰, podem ser classificados, primeiramente, no princípio de que o *poder do rei tem limites jurídicos* cuja supremacia da lei é uma versão primitiva. Posteriormente, a idéia de vinculação e restrição jurídica do poder monárquico se impôs no movimento constitucional. O segundo princípio dizia respeito à exigência de que, por razões de Estado, não se tutelasse o indivíduo nas suas convicções religiosas, surgindo o primeiro ponto de cristalização dos *direitos humanos universais*, ou seja, da idéia de existir uma esfera individual intocável sobre a qual não se poderia dispor o poder estatal.

Em terceiro lugar, se pode avistar a determinação de que o Estado aja de acordo com *leis universais*, que poderiam ser traduzidas no princípio da reserva legal segundo o qual qualquer intervenção do executivo ou do judiciário depende de autorização legal para se concretizar⁹¹. Nessa esteira, o *princípio da legalidade* deveria transportar uma legitimidade democrática da ação do Estado: pelo fato desta

⁸⁹ NOVAIS, Jorge Renato. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987. p. 17.

⁹⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994. p. 385 et seq.

⁹¹ Nello stato di diritto gli organi che hanno il potere di emanare norme generali (leggi) godono di un primato funzionale rispetto agli organi che svolgono la funzione di regolare i casi concreti, emanando norme individuali (provvedimenti dell'esecutivo e sentenze). Questo primato può essere più o meno assoluto in relazione alla più o meno accentuata subordinazione del potere legislativo ai principi costituzionali e in relazione all'intensità del sindacato di costituzionalità delle leggi, eventualmente affidato a organi giudiziari. In ogni caso, l'intera struttura normativa e istituzionale dello Stato di diritto è modellata dal "principio di legalità", secondo il quale ogni atto amministrativo – esecutivo o giudiziario – deve essere "conforme" a una precedente norma generale (ZOLO, Danilo. *Teoria e critica dello Stato di diritto*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. Storia, teoria, critica. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 43).

se nortear em todas as suas formas de manifestação, seja através de leis aprovadas diretamente pelo povo ou pela assembléia representativa eleita por ele. Não se pode perder de vista que o princípio da legalidade se concretiza a partir do Direito, cuja finalidade principal é gerar segurança jurídica⁹². Porém, o esforço para regulamentar tudo, na busca da segurança, pode gerar efeito contrário se as leis se proliferarem incontroladamente. Nesse caso, o Direito perde a eficácia e tem sua transparência diminuída em função da inflação normativa, sendo que daí decorre um outro princípio: *da proporcionalidade e da proibição de excesso*, requerendo que a intervenção estatal seja mensurada através de uma relação de custo/benefício. Aqui é flagrante a expressão do Estado Liberal cuja determinação é de que o Estado intervenha apenas quando necessário.

Por fim, para que essa intervenção aconteça de forma racional e controlada, existe o *dever de fundamentação*⁹³, que pretende impedir decisões arbitrárias, não fundamentadas de maneira clara, evidenciando sua total desconexão com a lei e com o Direito. Portanto, os deveres de fundamentação da decisão judicial encontram-se não só a serviço do Estado Democrático de Direito, mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e transparência das decisões estatais.

Conseqüentemente, o Estado de Direito pode ser analisado de duas maneiras distintas: formal e material. O Estado formal de Direito se refere à realização de ações estatais reduzidas à lei ou à constituição estabelecendo, para isso, princípios e mecanismos anteriormente referidos (princípio da reserva legal, da legalidade, dentre outros) cuja origem se encontra na estruturação dos postulados liberais da técnica jurídica. Já o Estado material de Direito não se refere à forma, mas ao conteúdo da relação estado-cidadão sob a inspiração de critérios materiais de justiça. Assim, não gira somente em torno da legalidade, mas entende que se deve sustentar a legitimidade, numa idéia de Direito que exprima valores jurídico-políticos

⁹² Contudo, não se pode perder de vista que uma precisão jurídica demasiadamente rígida contraria a necessidade de uma adequação material concreta, uma vez que é impossível predeterminar, por meio de normas gerais, uma decisão justa para todos os momentos da vida. Por isso, as leis outorgam freqüentemente margens de apreciação e de discricionariedade para que se possa decidir, caso a caso, segundo considerações materialmente adequadas (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994. p. 389).

⁹³ Esses últimos princípios, especialmente o da legalidade e o da fundamentação, voltarão a ser visitados quando o positivismo jurídico for analisado.

vigentes em uma época que precisam ser atualizados através de seus componentes formais⁹⁴.

Entretanto, o conceito formal de Estado de Direito predomina até o final da República de Weimar, e seu caráter formalista não significa que seja uma “forma vazia”, e sim que representa melhor uma conformação e objetivação do princípio fundamental do desenvolvimento do Estado de Direito: segurança de liberdade e de propriedade. O Estado de Direito formal é também, nessa medida, o Estado de Direito Liberal/burguês, confirmando a distribuição dos bens ao invés de transformá-la e, através de suas formas e procedimentos, impede a intervenção direta sobre a propriedade individual com fins de redistribuição. Esse Estado de Direito Liberal/burguês sofre grandes críticas por parte dos socialistas em função de sua postura que confirma, consolida e reforça a posição econômica da burguesia⁹⁵. Mas é importante lembrar que o Estado de Direito não significa apenas finalidade e conteúdo do Estado, é, verdadeiramente, o modo como ele se realiza, apresentando-se, então, com cunho liberal ao limitar de modo duro sua ação e protegendo o indivíduo através de mecanismos apropriados para tanto. Sobre esse tema se discutirá abaixo.

1.4 Estado Liberal de Direito: da proteção ao indivíduo à limitação estatal

O Estado Liberal de Direito vem atrelado à idéia do próprio liberalismo⁹⁶, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata, regulando a ação social pelo não-impedimento do livre desenvolvimento. Seu instrumento básico é a coerção das condutas contrárias. O ator característico é o

⁹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 54.

⁹⁵ BÖCKERFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 33.

⁹⁶ É importante ressaltar que “o liberalismo buscou limitar a ação do Estado, o que, enquanto teoria política, veio a significar a idéia de Estado Mínimo, enquanto teoria econômica, a defesa da economia de mercado e enquanto teoria jurídica, o responsável pelo princípio da legalidade inerente à *rule of law* do Estado de Direito”. O liberalismo procurou instituir uma limitação do Estado tanto na sua função quanto nos seus poderes (LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliana, 1991. p. 80).

indivíduo, tratado como ser único, extraído do corpo da sociedade. Possui características apontadas como: a separação entre Estado e Sociedade Civil, mediadas pelo Direito, sendo este visto como ideal de justiça; a garantia das liberdades individuais, nas quais os direitos do homem aparecem como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado; a democracia surge vinculada ao ideário de soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; o Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como um Estado Mínimo, assegurando a liberdade de atuação dos indivíduos⁹⁷.

A partir do Estado Liberal de Direito, a tradicional organização estatal apoiada somente sobre o princípio da autoridade começa a experimentar rupturas e transformações. O sentido geral do Estado Liberal de Direito consistia no condicionamento da autoridade do Estado e na liberdade da sociedade cujo marco de equilíbrio recíproco era estabelecido pela lei. Essa lei, inclusive, era superior à Administração, à jurisdição e aos cidadãos. Desse modo, formava-se uma autoridade estatal legislativa que afirmava a si mesmo através do princípio da legalidade. Esse princípio, em geral, expressa a idéia de lei como ato normativo supremo e irresistível contra a qual não é oponível nenhum direito mais forte, independentemente de sua forma ou fundamento. Assim, a supremacia da lei assinala a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Regime*. Conseqüentemente, o Estado de Direito e o princípio da legalidade supõem a redução do Direito à lei e à exclusão, ou pelo menos a submissão à lei de todas as demais fontes de direito. Nesse sentido, a lei se configurava como expressão de centralização do poder político cuja força eminente se vinculava a um poder legislativo capaz de decisão soberana em nome de uma função ordenadora geral⁹⁸.

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 90.

⁹⁸ En la soberanía legislativa estaba insita la fuerza normativa absoluta, pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación. Máximo poder, pero máxima responsabilidad. En este sentido, el principio de legalidad no era mas que la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepción del derecho natural racional "objetivo" que habían sido su trasfondo y justificación. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005. p. 24-25).

O Estado Liberal não é estático e evolui, qualificando-o, primeiramente, como Estado constitucional da colaboração de funções, surgido após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa⁹⁹. É importante referir que o termo “liberal” em seu significado político foi usado pela primeira vez para se referir ao partido que defendia as liberdades públicas constitucionais. A principal reivindicação dos liberais em toda a Europa era a promulgação de uma constituição e, se ela existisse, um controle maior sobre o governo e a extensão dos direitos eleitorais¹⁰⁰. Tal fato demonstra a importância dada pelos liberais às instituições representativas, bem como a existência de um forte nexos entre liberalismo e constitucionalismo. Nesse sentido, do Estado constitucional os liberais herdaram a concepção individualista e antropocêntrica que rompia com a concepção orgânica de sociedade. Ainda, o liberalismo herdou do constitucionalismo aqueles espaços de liberdade politicamente neutros que haviam nascido ou estavam nascendo em seu interior: o mercado e a opinião pública. O primeiro se apresentando como uma verdadeira sociedade natural, um local de encontro para o intercâmbio, no qual regiam regras objetivas e impessoais que premiavam o melhor e castigavam o pior. Cabia ao Estado tutelar e garantir estes intercâmbios. Inclusive a opinião pública se baseia num intercâmbio entre indivíduos racionais que trocam idéias filosóficas e históricas, morais e religiosas¹⁰¹.

Guiado pelos interesses da burguesia, o Estado Liberal nasceu envolto pelos princípios iluministas do racionalismo. Partindo do pressuposto de que o homem é anterior ao Estado, sendo seu fundamento, dá-se uma inversão na perspectiva da garantia dos direitos do cidadão e dos deveres do último. Esse passa a ser regido

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37.

¹⁰⁰ De una manera más concreta, la lógica del sistema político liberal quiebra como consecuencia de la necesidad ineludible de ampliar el cuerpo político. Se va a producir, en efecto, un paulatino proceso de universalización del sufragio que, en última instancia, vendría determinado por la propia dinámica de la vida del Estado. (RUIÉREZ, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización*. Reflexiones rousseanicas en defensa del Estado constitucional democrático e social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 157).

¹⁰¹ Conceptualmente, con esta defensa de la autonomía de la opinión pública y del mercado respecto de la política se establecían las bases de una nueva y diferente división de poderes, que el pensamiento liberal teorizará solo en nuestro siglo frente los regímenes totalitarios: la distinción – respecto de sus distintas funciones – del poder político, del poder moral y del poder económico, que deben ser confiados a manos distintas, si se quiere salvaguardar la libertad política y civil (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1998. p. 259).

por dois princípios fundamentais: o princípio da distribuição, que tem como pressuposto a idéia de que a liberdade do indivíduo é um dado anterior ao Estado (o que faz com que esta liberdade seja ilimitada, ao passo de que a capacidade do Estado para invadi-la seja limitada, resultando na máxima de que ao indivíduo é permitido tudo aquilo que não seja proibido e ao Estado somente aquilo que é permitido); e o princípio da organização que dá origem à separação de poderes, forma ideal para pôr em prática o primeiro princípio (da distribuição), segundo o qual o poder se divide em competências circunscritas (sistema de freios e contrapesos), o que acentua ainda mais o caráter limitado da atuação estatal.

Para atribuir e delimitar as competências do Estado e para assegurar os direitos individuais, os instrumentos utilizados foram as leis. Posteriormente, elas se transformaram em sistemas codificados considerando o advento dos movimentos revolucionários francês e americano, que produziram o Estado de Direito no qual, em nome da ordem e da estabilidade, ocorre a positivação dos direitos. A norma jurídica reina apresentando três características: a) generalidade, visto que é produto da vontade geral, produzida não pelo legislador mandatário do povo, mas diretamente pelos próprios cidadãos; b) objetividade, decorrente da formulação geral e permanente que permite que não se suspeite de ser ela instrumento de interesse particular, mas regra neutra e abstrata; c) coerência, evidenciada pela existência de uma ambição racional que tem como intento tudo englobar num discurso definitivo e sem falhas¹⁰².

Entretanto, essas leis precisavam ter um *status* diferenciado para que pudessem alcançar todos os entes políticos. Abriu-se, assim o caminho para a idéia de Constituição enquanto pacto hierarquicamente superior. Nesse sentido, não se pode perder de vista que a teoria que deu origem à separação dos poderes¹⁰³,

¹⁰² LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 114.

Esse assunto será retomado nos próximos capítulos, seja para discutir a positivação do direito, ou para abordar a supremacia da lei geral e abstrata.

¹⁰³ Bonavides afirma que o termo “separação de poderes” é impróprio e antiquado, devendo ser substituído por “distinção, coordenação e colaboração de poderes”. Salieta ainda que existem tratadistas que preferem a utilização do termo “função” em substituição ao termo “poder”. Diz que tais alterações são fundamentais para expressar a integração de poderes compatível com a larguíssima esfera da ação estatal a qual progressivamente se estende com o acréscimo de responsabilidades econômicas e sociais. Assim, passaremos a utilizar a expressão “colaboração de funções”, aderindo às argumentações daquele doutrinador (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73).

desenvolvida por Locke e posteriormente por Montesquieu, se tornou a base de inúmeras constituições, resistindo à passagem do tempo e aos grandes acontecimentos históricos.

No *Segundo Tratado sobre o Governo*, de John Locke¹⁰⁴, o chamado pacto entre os homens tem por base a defesa da propriedade e desse pacto decorre o poder político e a sociedade propriamente dita, contrapondo-se ao estado natural, que era aquele no qual o homem se sujeita às limitações e aos prejuízos no seu direito de gozo da propriedade. É de se observar que o pacto não significa o fim ou a renúncia dos direitos naturais de cada um em favor do governo, mas um acordo entre todos para entregar a execução das regras a um único indivíduo escolhido conforme os ditames estabelecidos pela comunidade.

Fica clara a presença do Legislativo, o qual tinha o poder, atribuído pela comunidade, para fazer leis. Já o Executivo se dividia em federativo, ao qual cabia a segurança, o poder de guerra e de fazer alianças, e o Executivo propriamente dito, que tinha por competência executar as leis criadas pelo Legislativo, dentro de seus limites. O Executivo possuía a prerrogativa de poder agir de acordo com a discricção, sempre considerando o bem público, na aplicação da lei. Dentro das funções do Executivo se vislumbrava o Judiciário, que não era um poder separado com atribuições exclusivas. Somente uma década depois da obra de Locke, ou seja, em 1701, o Judiciário ganhou independência.

No entanto, foi Montesquieu¹⁰⁵ quem indubitavelmente ganhou notoriedade com a criação da teoria da colaboração de funções, apontando a existência de três formas: o Legislativo, que fazia e corrigia as leis; o Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes que promovia a paz ou a guerra e ações ligadas

¹⁰⁴ LOCKE, JOHN. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Clássicos do Pensamento Político).

¹⁰⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Barão de la Brede e de. *Do espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2005.

Paulo Bonavides salienta que, não obstante ter sido Montesquieu que sistematizou a terminologia e empregou a colaboração de funções em sua obra, essa teoria possuía precursores, dentre os quais cita Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf e Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke. No entanto, esses autores não serão analisados uma vez que este não é o objetivo principal da tese (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 136). Nesse sentido ver também ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994. p. 406 et seq.

a outros Estados; e, por último, o Executivo das coisas que dependem do Direito civil, ou seja, aquele que possui o poder de julgar porque punia os crimes e julgava os litígios entre os indivíduos.

Remontando a história, primeiramente, a criação de um governo com seu poder dividido em três ramos servia para diminuir os riscos da existência de um “rei” absoluto e tirano. Mas, posteriormente, a colaboração de funções, convertida em dogma do Estado Liberal, assentava aos constituintes liberais a esperança de tolher ou imobilizar a progressiva democratização do poder, sua inevitável e total transferência para o braço popular. Desse modo, ela foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos¹⁰⁶.

No afã de limitar o poder do monarca erradicando o absolutismo, era necessário fomentar o crescimento do poder dos parlamentos e assembléias, atribuindo-lhes o Poder Legislativo. À medida que a função de controle do legislativo sobre o executivo aumentava, se concretizou um fenômeno de substituição. O Poder Executivo, era, na verdade, o gabinete nomeado pelo rei de acordo com sua maioria parlamentar. O rei, nesse caso, reinava mas não governava. Por sua vez, a possibilidade de censura e a remoção do gabinete e, de modo definitivo, a exigência de confiança parlamentar converteram os gabinetes em um instrumento delegado das câmaras. Somente nos regimes republicanos presidencialistas - ao modo norte-americano – se logra uma acabada aproximação ao princípio da separação dos poderes. Mas, no geral, surge uma maneira institucional e permanente, uma negação da separação/colaboração de funções, cuja premissa essencial e importante era a igualdade entre eles: o sistema de freios e contrapesos¹⁰⁷.

Esta especialização de poderes demonstrava a possibilidade e a efetivação da interferência e quiçá sobreposição de um poder sobre o outro, o que gerou a superação da teoria através do sistema de freios e contrapesos como “uma tentativa de estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 146.

¹⁰⁷ ESTERUELAS, Cruz Martinez. *La agonía del Estado. ¿Um nuevo ordem mundial?*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2000. p. 141.

Poderes, para fins de salvaguarda da liberdade”. Atualmente, “não se pode falar em separação sem ter presente as ‘interpenetrações de funções’ uma vez que atos de um poder são praticados por órgãos vinculados a outro, o que conduz a um “processo de compartilhamento de atribuições”¹⁰⁸.

Exemplo da interferência de uma função sobre a outra, o indulto surge como meio de participação do Executivo na esfera do Judiciário. O indulto é a faculdade com que o Executivo modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. O mesmo pode ser dito a partir da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do Poder Judiciário. Do Legislativo também partem laços de vinculação do Executivo e do Judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentar sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de *impeachment* contra a autoridade executiva, a aprovação do tratado e a apreciação de indicações oriundas do Poder Executivo para o desempenho de altos cargos da administração pública¹⁰⁹.

Porém, mesmo utilizando o sistema de freios e contrapesos, existem críticas à teoria da colaboração de funções apontando para o fato de que ela não tem o condão de assegurar uma estruturação democrática do poder estatal e que a mesma demonstra uma profunda ineficiência frente às exigências técnicas do Estado contemporâneo. Tudo isso porque, hoje, cada um dos três poderes desenvolve (ou deveria desenvolver) determinadas funções, cabendo ao Legislativo editar normas gerais e obrigatórias, ao Executivo a implementação de soluções concretas, sendo a função que possui responsabilidade de governo, atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, além da administração pública em geral¹¹⁰. Já à função jurisdicional cabe o tratamento de conflitos através da interpretação e da aplicação de leis¹¹¹.

¹⁰⁸ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 164.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 144-146.

¹¹⁰ Non vi è dubbio infatti che il potere esecutivo abbia oggi, in ogni parte del mondo, un'estensione e una qualità ben diverse da quelle che lo caratterizzavano cent'anni fa. Oggi l'amministrazione deve affrontare progetti di grandi opere pubbliche, occuparsi della gestione di servizi e coordinare interventi finalizzati ad obiettivi economici, sociali, ambientali di una complessità straordinaria...L'immagine di un potere esecutivo tutto racchiuso nell'esecuzione delle leggi dettate con provvedimenti individuali e concreti, non rappresenta ormai che frange periferiche dei compiti realmente esercitati dai governi (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 71).

¹¹¹ STRECK; BOLZAN DE MORAIS, op. cit., p. 165.

Atualmente, a concepção clássica do Estado vem se transformando em função de uma realidade descentralizada, regionalizada diante da emergência de um grande número de organizações sociais de natureza econômica ou que visem proteger os interesses de minorias e que permitam a proliferação de *locus* de poder, os quais rompem com a idéia de soberano estatal e esmagam sua exclusividade na elaboração de regras e na sua aplicação.

Desta forma, enquadrar as “funções sociais dentro do esquema da rígida tripartição de poderes não corresponde mais às necessidades das sociedades hodiernas devido à sua alta complexidade que permite o afloramento das mais diversas necessidades”. Tudo isso se dá em virtude da velocidade na qual os fatos sociais e as grandes transformações ocorrem, o que reclama solução imediata dos órgãos públicos, “o Poder Legislativo, que para realizar uma lei tem que cumprir um minucioso e longo procedimento, não pode atender de forma eficiente a essas demandas.” Por conseguinte, “a concepção do Poder Legislativo como órgão único de produção normativa torna-se insustentável”¹¹².

Portanto, o declínio e a necessidade de reavaliação da colaboração de funções se evidencia diante da inexistência de um Estado Absolutista. Da mesma forma, a valoração política passou do plano individual ao plano social. Essas alterações fizeram cessar as razões que sustentavam, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis contra-sensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada¹¹³.

Por conseguinte, a determinação das funções/poderes estatais surgiu para delimitar a atuação monárquica e foi uma das características do Estado Liberal que tinha seu interesse centrado no indivíduo e suas iniciativas. As tarefas estatais se resumiram à manutenção da ordem e da segurança, zelando para que as disputas

¹¹² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (neo) Constitucionalismo – ontem, os Códigos hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p. 226.

¹¹³ Tanto più cresce la complessità dei compiti che gli apparati pubblici devono affrontare, tanto più è necessario trovare forme di elaborazione delle politiche pubbliche che siano capaci di coinvolgere i soggetti interessati: le regole della separazione dei poteri diventano questa un ostacolo, non una soluzione organizzativa adeguata alle esigenze del processo decisionale (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 72-73).

eventualmente surgidas fossem resolvidas por um juízo imparcial, protegendo, ainda, as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurando a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. Portanto, o papel do Estado é negativo, no sentido de proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole esses limites é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais¹¹⁴.

Para que seus objetivos fossem alcançados, o liberalismo tinha como base o positivismo jurídico¹¹⁵, identificando o Direito com a lei posta pelo Estado e possuindo como prerrogativa a segurança jurídica. Nesse sentido, o culto da lei pelo liberalismo produziu conseqüências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei como forma. A identificação do Direito com a lei acabou dando lugar a toda uma concepção formalista da experiência, assim denominada de positivismo. A expressão máxima desta concepção era que a lei continha todo o Direito¹¹⁶.

No entanto, o antigo modelo individualista de liberalismo, centrado na figura do Leviatã, deixou de se adequar à nova realidade social¹¹⁷. A liberdade negativa precisou ser revista, girando em torno da remoção de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens, pois, podendo usufruir de um número cada vez maior de liberdades, o cerne liberal estaria valorizando igualdade de oportunidades. Essa foi a fórmula de passagem do Estado mínimo para o Estado Social, o que importou na transformação do perfil através da assunção de tarefas positivas do Estado. Esse foi o nascedouro do Estado Social de Direito, assunto discutido adiante.

¹¹⁴ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 56.

¹¹⁵ La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005. p. 33).

¹¹⁶ CLÉVE, Clermerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 385-394.

¹¹⁷ Importa referir que o “pensamiento liberal clásico concebía o Estado como una creación artificial en cuyo seno, por definición, reinaba la arbitrariedad y la maldad, y del que, en consecuencia, debía ser protegido el ciudadano, mientras que la sociedad civil era comprendida como la natural y el reino de la bondad, en cuyo interior el individuo alcanza la felicidad” (RUPIÉREZ, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones roussebianas en defensa del Estado constitucional democrático e social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 150).

1.5 Estado Social de Direito: a reestruturação da sociedade pelos direitos sociais

A primeira consequência do perfil positivo trazido pelo Estado Social de Direito foi a diminuição da atividade livre do indivíduo. Com o crescimento da intervenção estatal, desaparece o modelo de Estado mínimo, as liberdades contratuais e econômicas são reduzidas, nascem os partidos políticos. Governo e partidos são mais suscetíveis às reivindicações sociais. A justiça social – “vista como necessidade de apoiar indivíduos de uma ou de outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas¹¹⁸” - emerge como componente estatal de reivindicações igualitárias dando origem a construção do Estado do Bem-Estar ou *Welfare State*¹¹⁹.

Nesses termos, pode-se afirmar que o “Estado liberal humanizou a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe – a burguesia –, viu-se ele, porém, condenado à morte, desde

¹¹⁸ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

¹¹⁹ Segundo Manuel García-Pelayo, o Estado Social de Direito pode ser denominado como *Welfare State*, Estado de Bem Estar, Estado Social Democrata, Estado de Partidos e também como Estado Social. Quanto a essas denominações, expõe suas diferenças dizendo que: “las denominaciones de ‘Estado de partidos’ y de ‘Estado de asociaciones’ aluden a problemas específicos del proceso de distribución del poder. El concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la policía estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no solo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo – puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de Bienestar – mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 13-14). Partindo do texto de Manuel García-Pelayo, Jorge Reis Novais salienta que, enquanto cada uma dessas designações coloca a tônica, ou se justifica integralmente em aspectos parcelares ou apenas numa das dimensões, o Estado Social surge como o conceito mais apto para exprimir, como toda a extensão salientada, a natureza específica do novo tipo de relações entre Estado, cidadãos e sociedade (NOVAIS, Jorge Renato. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987. p. 198).

que começou o declínio do capitalismo¹²⁰. Da mesma forma, o Estado Liberal de Direito precisou de revisão frente à própria crise do modelo clássico de Liberalismo que o sustentava. O Estado Social¹²¹ foi a resposta a essa crise, vindo a tomar corpo a partir de 1918 e consolidando-se com a depressão de 1929¹²². A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial¹²³.

A passagem do Estado mínimo de feição liberal clássico para o Estado de Bem-Estar Social impõe, ainda, a reconsideração da idéia de soberania que, no primeiro, era um poder incontrastável, próprio de uma sociedade de “indivíduos livres e iguais”, para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado. Já o modelo de *welfare state* adjudica a idéia de uma comunidade solidária na qual ao poder público cabe a tarefa de produzir à incorporação dos grupos sociais os benefícios da sociedade contemporânea. “Nesta função de *patrocínio da igualdade* transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. O estado social e sua evolução rumo a democracia participativa. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviço]: Fundação Cassamarca, 2003. p. 17-18.

¹²¹ Paulo Bonavides distingue duas modalidades principais de Estado social: “o Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infraestrutura capitalista e a conseqüente apropriação social dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade, eliminado-se, desta forma, a contradição, apontada por Engels no *Anti-Duehring* entre a produção social e a apropriação privada, típica da economia lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença, apenas, de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo” (Ibidem, p. 20).

¹²² ESTERUELAS, Cruz Martinez. *La agonía del Estado. ¿Um nuevo ordem mundial?*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2000. p. 63.

A grande depressão que se seguiu à quebra da bolsa tornou patente a necessidade de intervenção estatal no mercado para corrigir rumos e reduzir o desemprego. Neste quadro, tornam-se hegemônicas as idéias do economista inglês John Maynard Keynes, que defendia um papel ativo do Estado no cenário econômico, na busca do pleno emprego, condenando o credo liberal de que o mercado, relegado à própria sorte, conduziria ao melhor dos mundos (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 24).

¹²³ El estado de bienestar de posguerra era, sobre todo, un mecanismo de integración social. La acción estatal era correctiva, y las instituciones del estado un complemento de la economía de mercado. Más, aún, una de las funciones importantes del estado de bienestar era la legitimación social de la sociedad de mercado... En resumen, el estado de bienestar pretendía hacer al capitalismo liberal económicamente más productivo y socialmente más justo. La prueba de ello iba a ser su funcionamiento a lo largo del tiempo. (MISHRA, Ramesh. *El Estado de bienestar en crisis*. Pensamiento y cambio social. Traducción de Rafael Muñoz de Bustillo Llorente. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio De trabajo y Seguridad Social, 1992. p. 33).

esse poder ordenador, qual seja a solidariedade”¹²⁴. O caráter solidário do poder estatal substitui a característica da soberania para incorporá-la na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, a ser percebido como um benefício compartilhado por toda a humanidade¹²⁵.

O nascedouro do Estado Social¹²⁶ de Direito acontece na medida em que o controle burguês de classe se enfraquece e o Estado se torna uma instituição de todas as classes, como fator de conciliação, como mitigador de conflitos sociais e pacificador entre o trabalho e o capital. As contradições entre igualdade política e igualdade social¹²⁷ se fazem presentes e requererem a intervenção estatal no sentido de alcançar direitos ao proletariado que desejava a transformação social tão temida pelos burgueses. Com efeito, o Estado Social de Direito tem como escopo principal criar uma situação de bem-estar geral garantindo o desenvolvimento do cidadão significando, historicamente, a intenção de adaptação de um estado tradicional/liberal/burguês às condições sociais impostas pela revolução industrial geradora de novos e complexos problemas, além de inovadoras técnicas econômicas e organizacionais para enfrentá-los.

¹²⁴ O Estado-providência, como agente central de redistribuição e, portanto, de organização da solidariedade funciona como uma grande interface: substitui o face-a-face dos indivíduos e dos grupos. Ao mesmo tempo, ele se apresenta, para estes últimos, como um dado, um sistema autônomo e independente deles, embora resulte, no seu funcionamento financeiro, apenas da interação do conjunto dos descontos e das prestações que afetam cada indivíduo. Isolada das relações sociais reais que a estruturam, a organização da solidariedade que este Estado-providência cria torna-se mais abstrata. O Estado-providência procede automaticamente a um verdadeiro embaralhamento das relações sociais (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado - Providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997. p. 32-33).

¹²⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

¹²⁶ Atualmente, o termo “social” vem utilizado com duplo significado: Esso può essere intenso nel suo significato polemico originario, implicando cioè una ripartizione dei beni più adeguata e più giusta di quella che esiste o di quella che si determinerebbe in un corso di cose sottratto all’influenza dello Stato Sociale però può anche riferirsi, senza polemiche, alla situazione esistente, intendendo quegli istituti, concetti e principi giuridici che sono stati prodotti dallo sviluppo sociale per una migliore ripartizione dei beni e che sono divenuti parte integrante nel nostro ordinamento giuridico (FORSTHOFF, Ernest. *Stato di diritto in trasformazione*. A cura di Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973. p. 54-55).

¹²⁷ A “demanda de igualdade civil ou política” traduz-se pela determinação de uma norma *idêntica* para todos. A igualdade tem como objetivo a abolição radical das diferenças de estatuto civil ou político. A demanda de igualdade econômica ou social se apresenta de um outro modo: ela se exprime como vontade de *redução das desigualdades*. Os dois procedimentos não são simétricos: produção de igualdade geradora de identidade em um caso, redução da desigualdade, no outro, sem fixação de um objetivo gerador de identidade (ROSANVALLON, op. cit., p. 29).

Ora, se o mercado com liberdade de organização¹²⁸ não foi forte para garantir-se autônomo mediante o crescimento dos interesses e necessidades da sociedade que se modernizava e, em especial, industrializava, por óbvio que a mão forte do Estado, como gestor dos interesses sociais e comuns, não demoraria a manifestar-se. O próprio crescimento industrial, somado ao crescimento populacional, acarretou um proporcional ou maior crescimento das necessidades que deveriam mesmo ser satisfeitas pelo Estado. A infra-estrutura básica, como saneamento, moradia e saúde, exigia-lhe uma maior atenção e atendimento mais rápido. Não haveria de se tratar o trabalhador braçal das últimas décadas do século XIX, de origem e atividade eminentemente agrícola, da mesma forma como o também trabalhador braçal, porém do momento pós 1ª Grande Guerra, já com notadas atividades e idéias urbanas.

Este momento histórico de transformação do mundo agrícola para o industrial¹²⁹, fundamentalmente nos grandes centros, trouxe à tona um dos grandes problemas do mundo moderno, com solução ainda não decifrada: a relação de trabalho. A relação capital e trabalho, mola propulsora de grandes discussões técnicas, jurídicas, sociais e humanas, exigiu também a forte participação estatal. A necessidade de regramento da relação fez com que surgissem as normas que garantiam a proteção ao trabalhador, seja na esfera efetivamente protetiva¹³⁰, como na forma punitiva¹³¹ do empregador.

Efetivamente, ao assegurar direitos aos trabalhadores, a “liberdade negativa” que integrava o conteúdo do Estado de Direito Liberal deixa de ser absoluta. Os proprietários deixam de ser senhores soberanos, patrões absolutos de seus bens e empregados, dos quais não podem mais dispor como desejarem. Possuem, por força do Estado Social de Direito, limitações derivadas do interesse social que deve

¹²⁸ Aqui, pretende-se fazer referência a um mercado livre e organizado a ponto de fazer com que a “lei da oferta e da procura” vigesse em momento de Estado Liberal de Direito.

¹²⁹ Ainda em decorrência do fenômeno da industrialização, cresceram alguns, mas nasceram muitos movimentos reivindicatórios de origem social e, em especial, trabalhista. Com isto, do Estado passou-se a exigir não só a participação por meio do Poder Executivo, mas também Legislativo e Judiciário.

¹³⁰ Esta proteção tem por objetivo regulamentar as obrigações do empregador na forma de garantir o cumprimento da atividade, por parte do empregado, de forma segura e isenta de riscos de acidentes de trabalho.

¹³¹ Aqui o objetivo era de punir o empregador de forma exemplar e demonstrar a necessidade e conveniência do atendimento aos direitos mínimos do empregado. Para ambos os casos (este e a nota anterior) surgiu, no Brasil, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio de 1943, por meio do Decreto-Lei nº.5.452 e suas adequações e complementações posteriores.

prevalecer, os empreendedores não possuem mais a liberdade de contratar as condições de trabalho sem observância da legislação imposta e sem o recolhimento de encargos sociais e previdenciários. Assim, o Estado Social de Direito impôs determinadas regras para que os “direitos positivos” começassem a ser considerados de modo sério e posteriormente respeitados.

Neste mesmo período e em decorrência de uma constante evolução da humanidade, seja pelo simples crescimento populacional ou pela revolução industrial que se fazia presente, as populações, até então mais contidas em necessidades básicas e desejos de consumo, tiveram abertos horizontes de conforto e de prazer. Estes desejos chegavam com a mesma intensidade com que a cidadania era reclamada. Passaram a lutar pelo reconhecimento de direitos até então negados, exigindo e obtendo a constitucionalização do que passou a denominar-se direitos fundamentais.

O Estado, até então Liberal, concebido como uma organização racional orientada para a realização de certos valores e objetivos e dotada de uma estrutura hierárquica vertical forjada sob relações de subordinação, foi aos poucos cedendo espaço ao Estado Social, que trouxe disposição e responsabilidade estatal na estruturação da sociedade. Na verdade, liberal e social se contrapõem no exato momento em que o primeiro apresenta uma distinção entre Estado e sociedade, inibindo a ordem estatal de se imiscuir nos problemas políticos e econômicos¹³². Em contrapartida, o Estado Social tem como função principal assegurar os fundamentos básicos do *status quo* econômico e social, adaptando-o às exigências do tempo atual e excluindo permanentemente os distúrbios para o seu bom funcionamento, de modo que, em essência, está destinado a garantir o sistema de interesses da sociedade atual, ou seja, a sociedade neocapitalista; ainda, significa uma correção

¹³² Lo Stato di diritto, coniugandosi con lo Stato sociale, perde però la sua pretesa separazione dalla società civile; tutto al contrario, lo Stato è obbligato ad intervenire nell'ordinamento sociale per modificarlo per attenuare le differenze ereditarie e garantire a tutti, per quanto possibili, la parità dei punti di partenza. La legge non può più essere cieca rispetto alle condizioni sociali, ma deve differenziare gli interventi pubblici in relazione alle condizioni sociali dei destinatari, graduare i suoi interventi e calibrarli in rapporto alle situazioni specifiche. La legge, inoltre, perde la sua onnipotenza, la sua sovranità. La legge è, infatti, vincolata alla Costituzione, ne deve garantire il rispetto e la realizzazione: i diritti scritti nel testo costituzionale, compresi i diritti sociali, non possono essere liberamente graduati, derogati, sospesi e persino ignorati dal legislatore. Proprio ora che il suffragio universale, maschile e femminile, ha dato pieno significato alla rappresentanza parlamentare, la legge perde la piena disponibilità dei dritti ed incontra nella Costituzione un limite giuridico insuperabile (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 41).

no superficial, do *status quo*, cujo efeito acumulativo conduz a uma estrutura e estratificação social novas. Em suma, as funções passaram a ser desenvolvidas porque o Estado era incapaz de subsistir sem proceder na reestruturação da sociedade, e a sociedade, por sua vez, era incapaz de subsistir sem a ação estruturadora do Estado¹³³.

Assim, o Estado Social de Direito acrescenta à legalidade liberal um conteúdo social, de modo que a lei passa a ser um instrumento estatal de ação concreta, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica¹³⁴. Nesse sentido, ele corresponde à necessidade de realizar, dentro de seus quadros, uma nova ordem de trabalho e distribuição de bens, “opondo-se à anarquia econômica e à ditadura para resguardar valores da civilização¹³⁵”.

É por isso que se pode, utilizando as palavras de Manuel García-Pelayo, resumir dizendo que o Estado e a sociedade já não são sistemas autônomos, autorregulados, unidos por um número limitado de relações e que recebem e enviam insumos e produtos definidos. São, isso sim, dois sistemas fortemente inter-relacionados através de relações complexas, com fatores reguladores que estão fora dos respectivos sistemas e com um conjunto de subsistemas interseccionados. São mostras dessa intersecção o complemento de funções estatais através de empresas de constituição jurídica privada, a realização de importantes funções públicas por via do contrato, a presença de representantes do setor privado nas comissões estatais e nos *loci* das decisões, e etc¹³⁶.

Enfim, o Estado Social de Direito significa um processo de estruturação da sociedade pelo Estado não negando os valores básicos do liberalismo que eram a liberdade, a propriedade¹³⁷, a igualdade e a segurança jurídica, mas, ao contrário,

¹³³ Nessa esteira, Manuel García-Pelayo acrescenta que nos encontramos com uma tendência à estatização da sociedade, mas também com uma tendência à socialização do Estado e, portanto, à eliminação de limites entre ambos (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 22-24).

¹³⁴ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 91 e 94.

¹³⁵ VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito*. São Paulo: LTr., 1979. p. 165.

¹³⁶ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 25.

¹³⁷ É importante referir que no Estado Social a propriedade não tem proteção absoluta como no Estado Liberal, pois era limitada e condicionada aos interesses coletivos e de não-proprietários. De fato, ele é mais complexo à medida que não tem por função apenas proteger as aquisições (a vida ou

fazendo-os mais efetivos. Com efeito, o Estado assume um princípio de socialidade que se resume através de um processo de estadualização da sociedade, tendo como contrapartida uma não menos ineliminável dimensão de socialização estatal. Essa exigência de socialização implica não apenas o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, fundamentalmente, a recondução dessas decisões à vontade, democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade. Assim, é na plena assunção desse novo princípio de socialidade e na forma como ele vai empregar todas as dimensões de sua atividade (e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção econômica) que o Estado se revela como Estado Social¹³⁸.

Conseqüentemente, enquanto o Estado tradicional se sustentava na justiça comutativa, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva. Enquanto o primeiro assinava direitos sem mencionar conteúdos, o segundo distribuía bens jurídicos de conteúdo material; enquanto aquele era fundamentalmente um Estado legislador, esse é gestor cujas condições devem se submeter às modalidades de legislação; enquanto o primeiro se limitava a assegurar a justiça legal formal, o outro se estende à justiça legal material. Ali se tratava de proteger a sociedade do Estado, aqui se trata de proteger a sociedade pela ação do Estado. E, principalmente: ali se trata de um Estado cuja idéia se realiza pela inibição, aqui se trata de um Estado que se realiza por sua ação na forma de prestações sociais, direção econômica e distribuição de produto nacional¹³⁹.

O Estado Social de Direito é marcado, pois, por uma grande produção legislativa fomentada pela expansão das atribuições estatais que precisavam ser regulamentadas. Anteriormente, as leis eram feitas para durar; atualmente, a tônica são as “leis-medida¹⁴⁰” editadas para a solução de um problema concreto e muitas

a propriedade), visando também e principalmente ações positivas (de redistribuição de renda, de regulamentação das relações sociais, de responsabilização por certos serviços coletivos, etc) (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado - Providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997. p. 19).

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Renato. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987. p. 192.

¹³⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 27.

¹⁴⁰ Conforme Zippelius, essas “leis-medida ou leis-plano” deslocam a delimitação clássica liberal entre os setores do legislativo e do executivo. A favor da utilização de tais prerrogativas, ressalta que a

vezes momentâneo. A estabilidade normativa aos poucos vai sendo substituída num ritmo frenético, caótico, que não reflete a segurança jurídica que era um dos preceitos do liberalismo. Da mesma forma, a estrutura e a colaboração das funções estatais é afetada, deixando o Legislativo de predominar, como acontecia no período liberal, tornando-se o Executivo e o Judiciário os poderes mais fortalecidos. Especialmente o executivo ganha projeção, pois instrumentaliza a intervenção do Estado na economia.

No entanto, nos últimos anos se debilitaram, significativamente, o amplo consenso com relação à economia mista e ao Estado Social de Direito, tão característico das sociedades ocidentais desde a segunda guerra mundial. De fato, ele atravessa uma crise de legitimação. Ao perder a credibilidade, o keynesianismo e tantas outras teorias sociais, que serviram de guia para a intervenção estatal, possibilitam o crescimento das críticas ao Estado Social¹⁴¹. Esta crise se avulta mediante o desemprego massivo, a necessidade de redução dos gastos sociais e dos incentivos fiscais em favor dos ricos, gerando a constatação de que já não consegue fazer uma redistribuição significativa da renda e das oportunidades.

Não obstante a crise do Estado Social de Direito, não se pode perder de vista que ele é um momento importante de reconstrução da solidariedade e da igualdade social. No entanto, reportando-se à realidade brasileira, é preciso observar que o Estado Social não existiu efetivamente em nosso País; assim, o agente principal de toda política social (ainda) deve ser o Estado, isto porque não há maior dificuldade em compreender a equação exurgente do fato de que “as políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua própria natureza”. [...] É este, pois, o dilema: “quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais minimizamos o Estado,

matéria que se insere na competência do legislador deverá ser determinada não só segundo a qualidade jurídica de um ato, mas também segundo o seu grau de importância. Seria paradoxal vedar ao legislador o direito de tratar de situações de importância vital para a vida comunitária. Contra tal prática, assevera que leis-medida constituem regulações de natureza geral com a pretensão de uma duração de vigência por princípio ilimitada. Mas, pelo menos hoje em dia, esta concepção já não pode servir de fundamento conceitual decisivo da divisão de poderes, dado que, devido à rápida mudança das circunstâncias de vida carentes de regulação, aumentou em termos globais e radicou na consciência geral de idéia de que as leis devem ter como referência a situação concreta (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994. p. 396-397).

¹⁴¹ MISHRA, Ramesh. *El Estado de bienestar en crisis*. Pensamiento y cambio social. Traducción de Rafael Muñoz de Bustillo Llorente. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio De trabajo y Seguridad Social, 1992. p. 55.

único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais!” Afinal, se há a determinação da construção de um Estado Social é porque o pacto constituinte reconheceu a sua inexistência. Daí o nítido caráter dirigente da Constituição; daí o seu perfil compromissário, apontando para a realização de políticas públicas aptas à construção de um Estado Social e Democrático de Direito¹⁴².

Com a característica de “ultrapassar” não só o Estado Liberal de Direito, mas também o Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito impondo à atividade estatal e à ordem jurídica um conteúdo transformador. Inova ao resgatar a necessidade de incorporação do caráter transgressor da democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma nova ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado. Justamente por isso pode-se afirmar que nele há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário¹⁴³, conforme se avistará adiante.

1.6 Estado Democrático de Direito: a constituição de um novo espaço jurídico para o político

Se no Estado Liberal de Direito a lei era considerada uma ordem geral e abstrata, no Estado Social ela passou a ser mecanismo de ação, portando um caráter específico e concreto. Entretanto, em ambos se faz necessária a reformulação do modelo clássico até então delineado, conjugando o ideal

¹⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 73-74 e 76.

¹⁴³ Nesse mesmo sentido, Streck sustenta que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força normativa* da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 91 e 94).

democrático ao Estado de Direito, paralelamente às garantias jurídico-legais e à preocupação social. A consequência é a transformação do *status quo* não apenas para “adaptar as condições sociais de existência”¹⁴⁴. Por isso, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública. Nesse sentido, o democrático qualifica o Estado, estendendo suas consequências sobre a ordem jurídica.

Por isso, “o Estado de Direito Democrático”, como é chamado por Canotilho, deve estruturar o “Estado Constitucional”¹⁴⁵, que é mais do que um Estado de Direito, porque significa uma ordem jurídica limitada pelo povo. Sendo assim, a articulação do “Direito” e do “poder” no Estado Constitucional significa a organização estatal em termos democráticos, prevalecendo o princípio da soberania popular, na qual o poder político deriva do poder do povo. É nesse sentido a afirmação de que “só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular”¹⁴⁶.

De fato, no Estado Democrático de Direito a Constituição, enquanto instrumento básico de garantia jurídica “mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”, pretende restabelecer uma noção de direito mais profunda que aquela que o positivismo legislativo lhe havia reduzido. Conseqüentemente, a lei cede espaço em favor de uma instância

¹⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 92.

¹⁴⁵ Sobre o “Estado Constitucional”, Canotilho acrescenta: “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – existe vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como *Estado Constitucional*. Não deixa de ser significativo que esta expressão – Estado Constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um *Estado com qualidades*, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se de Estado de Direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado Democrático silenciando a dimensão de Estado de Direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de Direito e existem Estados de Direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado Constitucional Democrático de Direito* procura estabelecer uma conexão interna entre a democracia e o Estado de direito” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 86-87).

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 94.

mais alta: a Constituição, que se converte em espaço de mediação. Entretanto, uma unificação completa não poderia ser proposta sob pena de substituição do antigo soberano (um monarca ou uma assembléia parlamentar) que se expressava na lei pela soberania abstrata da Constituição. Por isso, ao invés de uma unificação, melhor seria propor uma série de divisões, no sentido de efetuar a separação dos desatentos aspectos ou componentes do direito que no Estado de Direito do século XIX estavam unificados ou reduzidos pela lei. Assim, a Constituição potencializa e não reduz a complexidade legal¹⁴⁷.

Desse modo, o Estado Democrático de Direito apresenta como princípios: a) a constitucionalidade, ou seja, a vinculação a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica¹⁴⁸; b) a organização democrática da sociedade; c) o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos¹⁴⁹; d) justiça social como mecanismo de correção das desigualdades; e) igualdade não apenas como possibilidade formal, mas como articulação de uma sociedade justa; f) divisão de poderes ou funções; g) legalidade¹⁵⁰ h) segurança e certeza jurídicas. Com efeito, a própria observância desses princípios aponta para a capacidade do Estado Democrático de Direito de ultrapassar a formulação do Estado Liberal e Social de Direito¹⁵¹.

Tratando-se da realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 abandonou a tradicional expressão “Estado de Direito” para afirmar que o Brasil constitui-se num

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005. 39-40.

¹⁴⁸ La costituzione è una legge, una legge che esprime una particolare autorità cui corrisponde un procedimento di formazione particolarmente complesso: perciò essa deve prevalere sulle altre leggi (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come impone regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 48).

¹⁴⁹ Nesse sentido, Canotilho aponta para a figura estatal, num primeiro momento, como “Estado de Distância” na qual os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, ou como um “Estado antropologicamente Amigo” que respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 83).

¹⁵⁰ Vista como presunção da “razonabilidad de la ley, y parte de la creencia de que es más difícil la perversión del legislador que la del administrador. Si sustrae al súbdito de la orden individual del gobernante para sujetarlo a la orden general, anterior y estable del órgano legislativo, es porque presupone que la sujeción de los hombres es acatamiento a preceptos razonables – a la ley – y no a la voluntad particular de los poderosos. Es gobierno de leyes y no de individuos; éstos lo ejercen legítimamente solo en cuanto traducen actos fundados en la ley, se someten ellos mismos a su imperio (CAMPOS, German Jose Bidart. *Doctrina del estado democrático*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-america, 1961. p. 145-146).

¹⁵¹ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93.

Estado Democrático de Direito, possuindo como fundamentos a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político¹⁵². Pela leitura dos Anais da Constituinte, pode-se perceber que, mais que um Estado constituído em conformidade com o Direito, ele deve se calcar em um Direito manifestado de forma livre e originado no próprio povo, excluindo, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que consagre direitos democráticos¹⁵³.

Partindo daqueles pressupostos, se pode avistar que a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que, segundo Streck, exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito, enquanto síntese das faces anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico¹⁵⁴.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito se caracteriza pelo império da lei enquanto expressão da vontade geral; pela divisão de poderes em legislativo, executivo e judiciário; pela legalidade da administração, atuação segundo a lei e

¹⁵² Art. 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo jurídico;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁵³ REALE, Miguel. *O Estado democrático e o conflito das ideologias*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 01-02.

¹⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38-40.

suficiente controle judicial; direitos e liberdades fundamentais aqui representados pela garantia jurídico-formal e efetiva realização material¹⁵⁵. É nesse sentido que é da sua essência subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Desse modo, se sujeita ao império de uma lei que realize o princípio da igualdade e da justiça e não de uma lei que simplesmente busque a igualização das condições dos socialmente desiguais. Portanto, a lei tem uma importância maior no Estado Democrático de Direito ultrapassando a simples esfera normativa e alcançando a realidade social¹⁵⁶. Por conseguinte, se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância na medida em que, sendo fundamental expressão do Direito Positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos¹⁵⁷.

Ressalta-se que o império da lei se impõe, devendo significar que o legislador mesmo se vincule à própria lei que cria, tendo presente que a faculdade de legislar não é instrumento para uma dominação arbitrária. Porém, essa leitura do Estado Democrático de Direito como condição e possibilidade de governos regidos pelos termos da lei não é suficiente quando se pretende enfrentar conteúdos reais da existência de sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais, esfaceladas em sua consciência política¹⁵⁸.

¹⁵⁵ DIAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad*. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1975. p. 29.

¹⁵⁶ La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, solo de la función constituyente. Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuente con considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005. p. 34).

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 127.

¹⁵⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 210-211.

Entretanto, não se pode perder de vista que a unidade do ordenamento jurídico já não é uma realidade diante do pluralismo¹⁵⁹ de fontes e de ordenamentos existentes. A lei, nesse momento, não é necessariamente a expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tornando-se, muitas vezes, instrumento de competição e enfrentamento social, mantendo o conflito e não tratando-o de forma adequada. Conseqüentemente, a lei deixa de ser garantia absoluta de estabilidade, pelo contrário, ela muitas vezes se transforma em motivo de instabilidade face a colisão de interesses que aponta para a necessidade de crescente intervenção legislativa. Paralelamente, o Estado, em crise, se retrai e a pluralidade de fontes do direito traz a consciência de que o problema se instala devido a uma crise de eficácia e de legitimidade do Direito. As constituições surgem, então, como remédio para a multiplicidade e para a coalizão de ordenamentos, propondo um Direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o legislador. Desse modo, a unificação se dá pela Constituição¹⁶⁰.

Portanto, a idéia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação de eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação a partir de novos espaços ideológicos e novos instrumentos políticos de participação que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática de construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo¹⁶¹. Conseqüentemente, o Estado de Direito, ao incorporar o feito (re)criador da democracia, assume um caráter dinâmico forte que une Estado e Direito, caracterizando o protótipo de Estado Democrático de Direito. Porém, consolidar a Democracia não é tarefa fácil, assim como conservá-la.

¹⁵⁹ Sobre o pluralismo de fontes do direito se discutirá no próximo capítulo.

¹⁶⁰ La costituzione serve a integrare in un compromesso una pluralità conflittuale di principi, tra i quali non è possibile tracciare precedenze o gerarchie assolute culminanti in un valore o in un principio dominante, né serve ricercare convergenze e risposte univoche... la costituzione è rigida per le precise garanzie che essa prevede per assicurare la propria prevalenza rispetto ad ogni successiva decisione della politica. Non pretende di essere immutabile, ma richiede che ogni mutamento sia deciso da una maggioranza parlamentare superiore a quella che basta per governare, in modo che ripristini quel largo consenso che aveva generato il compromesso da cui è nata (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 47).

¹⁶¹ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 212.

É preciso discutir o Estado Democrático de Direito pressupondo a valorização do jurídico, o que exige a rediscussão do papel destinado ao Poder Judiciário¹⁶². Essa é uma das facetas da presente tese, que tem como objetivo primordial discutir o modo como vêm sendo tratados os conflitos sócio-jurídicos atualmente, apontando alternativas democráticas, consensuais e autônomas para a abordagem dessas relações. Tal afirmativa tem como lastro o fato de que, no Estado Liberal, o centro decisório se fixava no Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); já no Estado Social, o Executivo se sobressaía diante da necessidade da criação de políticas públicas e da intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário, ou seja, a inércia e as possíveis lacunas do Executivo e do Legislativo começam a ser supridas pelo Judiciário, que para concretizar tal intento lança mão de mecanismos jurídicos contidos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Assim, afirmar que a concretização do Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos pode e deve ser relativizado, já que não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista¹⁶³ visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Ocorre que a Constituição não está sendo cumprida. Faltam políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, e o Judiciário surge como instrumento para o resgate dos direitos não realizados¹⁶⁴.

¹⁶² A rediscussão sobre o papel destinado ao Poder Judiciário se concretizará no terceiro capítulo.

¹⁶³ Utilizando instrumentalmente a racionalidade formal, mas sem se subordinar ele próprio a qualquer estatuto jurídico, e consciente de que a aceitação de suas decisões também está vinculada a um mínimo de formalização e sistematização na comunicação entre legisladores e legislados, o Estado intervencionista acaba reconhecendo o que era em vão negado pelos juristas do Estado liberal: o fato de que a eficácia do direito depende bem menos da coerência lógico-formal de seus sistemas normativos e muito mais de um amplo universo simbólico sutilmente difundido em meio a valores culturais e sociais, no qual imperaria o símbolo da "justiça", tornando-se secundária sua importância para uma eventual aplicação a casos concretos específicos (FARIA, José Eduardo. *O modelo liberal de direito e Estado*. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 32).

¹⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 56.

Então, havendo inércia dos demais poderes, a efetivação do Direito (e dos direitos) passa por este deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário. Mas, para que se possa alcançar tal desiderato, necessitamos primeiro superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal/individualista. Para tanto, é preciso entender que - sustentando esse modo liberal-individualista de produção de Direito – existe um campo jurídico, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho à parte, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador¹⁶⁵.

Portanto, a crise do modelo de produção de Direito se instala em função de uma dogmática jurídica que ainda pretende enfrentar conflitos interindividuais quando a atual sociedade, moderna e complexa, se encontra repleta de conflitos transindividuais. Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina¹⁶⁶. É

¹⁶⁵ Ou seja, segundo Streck, *não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – (desse) velho/(defasado) Direito, produto de um modo liberal – individualista – normativista de produção de direito*, entendendo-se como modo de produção de Direito, para os limites desta abordagem, a política econômica de regulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui:

- a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizados;
- b) a localização de papéis entre várias posições no *campo jurídico* (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos, etc);
- c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo;
- d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relação entre jogadores e posições;
- e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transacionais, representam num dado *campo jurídico*;
- f) a relação entre regulamentação e proteção;
- g) o modo dominante de legitimação (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33 et seq.).

¹⁶⁶ A crise ocorre em todos os segmentos do Direito, inclusive no âmbito da magistratura na qual José Eduardo Faria aponta dois fatores que contribuem para a instalação e o agravamento do problema: “o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem

nesse sentido que Streck diz que: “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível”. É justamente nesse momento que o Estado Democrático de Direito passa a ser um fomentador da ação estatal concreta, privilegiando a efetividade da lei. Nesse contexto, representa a vontade constitucional de realização do Estado Social, tornando-se um *plus* normativo¹⁶⁷.

Assim, uma vez instalado o Estado da modernidade e debatidos o Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, o próximo passo é analisar o Estado contemporâneo e suas crises, especialmente quanto à (des)construção de certos paradigmas até então postos e solidificados em contraponto à multiplicidade dos *loci* de poder, aprofundando a discussão em relação à concorrência entre os setores público, privado e marginal para, ao final, firmar a discussão no pluralismo jurídico e na desregulação do Direito.

direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”. (FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995. p. 14-15). Esse assunto será melhor debatido posteriormente, quando se discutir a crise do judiciário.

¹⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37-38.

2 OS (DES)CAMINHOS DO ESTADO: O ANTAGONISMO ENTRE CONTINUIDADE/RUPTURA E A MULTIPLICIDADE DOS LOC/ DE PODER

El siglo XX que termina, ha sido un siglo maravilloso, el más bello tal vez en la historia de la humanidad. La duración de la vida humana se ha casi triplicado. El mundo se ha reducido a la dimensión de un pueblo: para ir a Japón, en 1900, hacían falta cinco semanas de navegación. [...] Hoy, dos horas bastan para ir de París a Lyon. [...]

Pero, este mismo siglo XX tan maravilloso, también fue un siglo de atrocidades: fue el de las dos guerras mundiales y de sus cincuenta millones de muertos, el de los campos de concentración, el del totalitarismo, el de los genocidios... Ahora bien, estas dos guerras mundiales, los campos, los totalitarismos, los genocidios, todos tenían como base el mismo factor común: el Estado... El Estado que, como pretende encarnar a la nación y como la nación es soberana; reivindica la soberanía que permite todos los crímenes.

De todas maneras, este Estado va a morir. Sin duda ya está muerto. El problema, el único problema será volver a construir sus escombros. Para llegar esto, si se quiere evitar que la "globalización" económica desemboque en la anarquía y la americanización de nuestras sociedades, será necesaria la imaginación y el trabajo. Les deseo la una y el otro.

Bernard Chantebout¹⁶⁸

O Estado contemporâneo¹⁶⁹ está em crise¹⁷⁰, necessitando rever todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quanto nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais. Tais modelos já não mais funcionam, o que deflagra a constatação de que o Estado vive uma crise que põe em xeque o desempenho das atribuições que lhe eram características. De fato, há tempos a crise do Estado se anuncia e paralelamente se assiste à transformação das coordenadas espaciais e

¹⁶⁸ CHANTEBOUT, Bernard. El Estado-Nación en los albores del siglo XXI, In: Foro Público. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas*. Universidad del Museo Social Argentino. Vol. XXVIII, 1999. p. 32.

¹⁶⁹ Aqui, conforme já exposto no primeiro capítulo, se utilizará o termo contemporâneo com "c" minúsculo para fins de demonstrar que se está lidando com o Estado nos dias atuais e não apenas na sua conformação enquanto Estado Contemporâneo, caracterizado por seu caráter finalístico vinculado à idéia de função social (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 14).

¹⁷⁰ Sobre as crises do Estado, é importante a leitura de BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

temporais da vida social. A evolução tecnológica reformula a concepção de tempo e de espaço e o Estado, que até então era uma forma de organização de determinado território nacional com delimitações bem definidas, assiste à transformação de seus contornos jurídico/políticos¹⁷¹.

Do mesmo modo, falar em crise tornou-se um inevitável lugar comum, especialmente quando se verifica que o sólido aos poucos esmaeceu corroído pela incompatibilidade entre as complexas relações sociais e as estratégias hegemônicas atuais. Talvez as discussões sobre as “crises estatais” aconteçam também porque a solidez das instituições, dos paradigmas e dogmas, até então postos, fluíram, tornaram-se líquidos e, conseqüentemente, “não mantêm sua forma com facilidade” não se atendo muito “a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la”. Justamente por isso é possível considerar “fluidez” ou “liquidez” como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, que é *nova*, de certa maneira, na história da modernidade¹⁷².

Portanto, tomando como ponto de partida a atual “fluidez social” e, por conseguinte, das instituições, é importante que se mencione a noção exata do que se pretende ao discutir a crise do Estado face às “novidades”, dentre elas a globalização. Dá-se início à discussão delimitando os contornos da palavra crise, para, a partir dela, entabular a discussão proposta. Mas a que noção de crise se faz referência?¹⁷³ Uma crise não é concebida exatamente da mesma maneira em áreas

¹⁷¹ I confini sono diventati impercettibili, i traffici si svolgono in tempo reale da una parte all'altra del mondo, le imprese si 'deslocalizzano' dove trovano condizioni produttive più vantaggiose, la stessa ricchezza, così a lungo legata alla proprietà fondiaria prima e al possesso delle industrie poi, oggi tende a 'smaterializzarsi': dove si colloca l'emittente televisiva via satellite, in quale 'territorio'? entro quali confini nazionali risiede il capitale finanziario quotidianamente investito nelle speculazioni di borsa? a quale ordinamento nazionale è sottoposta una impresa multinazionale? (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 104).

¹⁷² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 8-9.

¹⁷³ Aqui é importante fazer uma definição precisa quanto ao conceito de “crise” ante a inflação atual do termo que se refere, num primeiro nível e ao mesmo tempo, à crise econômica, política, ideológica e às relações entre elas. Nesse sentido, Nicos Poulantzas delimita o conceito de crise em economia como aquela que funciona, a grosso modo, como purgas periódicas do capitalismo numa concepção burguesa ou como uma crise constante e reprodutiva de si mesma numa concepção mecanicista ou evolucionista. Quanto à crise política/ideológica, observa a existência de uma concepção da sociologia e da ciência política burguesa que a considera um momento “disfuncional” que rompe bruscamente com o equilíbrio natural de um sistema ou, enquanto concepção prevalente, como uma crise que consiste numa série de traços particulares, resultando desta condensação contradições no domínio político, que afetam tanto as relações de classe na sua política, como os aparelhos de Estado (POULANTZAS, Nicos. *As transformações atuais do Estado*. A crise política e a crise do

diversas. Assim, falar de crise em filosofia, em história das ciências, em medicina, em psiquiatria ou em economia são coisas diversas. Entretanto, existe um conjunto de traços comuns a toda crise, desde que se situe a análise em um nível profundo, o das estruturas na maioria das vezes não aparentes, o das estruturas reais do fenômeno estudado. Por isso, “a crise aparece então como um momento no qual se inicia o jogo do par de oposição continuidade/ruptura”¹⁷⁴.

Entretanto, ao discorrer sobre continuidade/ruptura¹⁷⁵, é necessário supor uma “intervenção bastante forte para criar um risco de ruptura no seio de um estado de coisas, de uma ‘ordem’ ainda não contestada... ou pelo menos não colocada em questão”. Diante de tal situação, não é suficiente dizer que “estamos em crise”: convém, além disso, precisar em que medida a crise se revela ameaçadora numa intervenção determinada, que continuidade se encontra em perigo, de qual ordem ela é passível de arruinar a estabilidade¹⁷⁶.

Com relação à crise do Estado¹⁷⁷, importa salientar que um dos seus aspectos (discussão na qual está centrado o presente capítulo) parte de um cenário de supremacia absoluta da lei, cuja explicação histórica se dá na formação do Estado da modernidade baseado no direito legislado, critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem. A ruptura ocorre justamente em função da desregulação estatal, da lentidão em dar respostas a demandas cada vez

Estado. In: POULANTZAS, Nicos. *A crise do Estado*. Tradução de José Saramago. Braga: Pax, 1978. p. 20-23).

¹⁷⁴ ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 171.

¹⁷⁵ “Chama-se crise a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame” (PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 303).

¹⁷⁶ ARNAUD, op. cit., p. 172.

¹⁷⁷ Di “crisi dello Stato” si discute dagli inizi del secolo XX. Dapprima se ne è parlato quando sono apparsi organismi potenti, come i sindacati e i gruppi industriali, che hanno posto in dubbio la sovranità interna dello Stato. Successivamente, la “crisi dello Stato” è servita a indicare il progresso dei poteri pubblici internazionali, che sono istituiti dagli Stati, ma finiscono per tenergli sotto controllo. Il terzo significato della locuzione è quello, di epoca più recente, che indica l'inadeguatezza dei servizi saltati rispetto alle attese dei cittadini e della società, in generale. Vi è, poi, un'altra accezione, questa più semantica, della formula. Essa indica la crisi termine Stato allargandosi sino a definire troppe entità e, quindi, divenuto, come tutti i termini polisemici, inservibile. Infine, l'espressione è stata adoperata, negli anni recenti, per indicar la diminuzione delle attività statali, con le privatizzazioni e l'affidamento ai privati di entità prima dello Stato (CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Toma-Bari: Laterza & Figli Spa: 2002. p. 03).

mais rápidas, à sua incapacidade de ocupar seu espaço, dando margem ao surgimento do direito inoficial e do direito marginal, enfim, ao descolamento entre a legislação posta e a realidade social. Tudo isso porque a compreensão de uma crise se funda sobre a análise de três fases: a fase precedente, ou seja, o momento anterior ao seu início, a crise propriamente dita e a fase posterior, na qual um outro paradigma se instala, diverso daquele que estava em funcionamento anteriormente. Portanto, no primeiro capítulo se fez um relato do surgimento e das especificidades do Estado de Direito e as expectativas depositadas sobre cada um de seus paradigmas (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito). No presente capítulo, a intenção é discorrer sobre a crise que atinge o Estado em sua contemporaneidade, seus causadores e suas conseqüências, para depois abordar o paradigma que se instala a partir do antagonismo entre continuidade/ruptura.

Nesse cenário de continuidade/ruptura, é possível perceber a retração do Estado, cuja função é proteger o direito do cidadão, devolvendo suas prerrogativas ao espaço privado, que, aproveitando-se de sua ausência ou ineficiência, muitas vezes cria ou diz o Direito. Ao Estado era relegada a função de dizer o Direito, que foi capturada pela esfera privada, o que contribuiu para a perda de exclusividade de suas funções, caracterizando um dos aspectos de sua crise, vista como interferência de um poder (Legislativo, Executivo ou Judiciário) sobre as atribuições do outro ou através da interferência supra-estatal em sua soberania.

Com efeito, as crises estatais hoje estão definidas como crise conceitual, cujo cenário é o Estado da modernidade e que tem como aspectos principais de debate o território, o povo, o poder (soberania) e os direitos humanos, com reflexos no público/privado (discutindo o nacional, o local, o supranacional e o “extranacional”). Todas as demais crises acontecem no Estado contemporâneo, e são: crise estrutural, cujos aspectos principais são o financeiro, o ideológico (burocracia x democracia) e o filosófico (individualismo/solidarismo), sendo que suas conseqüências são a desconstitucionalização, a flexibilização e o desprestígio prático; a crise política atinge a democracia representativa com reflexos na participação e representação política, nos sistemas partidários e eleitorais, na apatia política e em suas novas fórmulas de democracia. Por último, a crise funcional

aborda as funções do Estado que passa por uma crise, cujos aspectos são refletidos no Legislativo (*lex mercatoria*, direito inoficial e marginal), no Executivo (assistencialismo) e na Jurisdição (fórmulas alternativas)¹⁷⁸.

O objeto de estudo estará delimitado à crise funcional nos seus aspectos legislativo e jurisdicional¹⁷⁹, visto que as crises do Estado, na sua totalidade, são assuntos amplos e importantes requerendo, para uma abordagem séria e profunda, a produção de uma outra tese. Desse modo, como o objeto principal de pesquisa é a instituição do consenso no âmbito do Estado-juiz e as possibilidades de construção de uma nova abordagem de tratamento dos conflitos, esse é o caminho doravante escolhido.

No decorrer do texto serão abordados, primeiramente, o Estado contemporâneo, a título de localização histórico/espacial, e a sua já anunciada morte enquanto paradigma posto diante da continuidade/ruptura apresentada, para posteriormente abordar a crise funcional nos aspectos mencionados (legislativo e jurisdicional).

Depois, abordar-se-á a globalização como um dos aspectos de produção da crise, especialmente quanto à abertura das fronteiras e a produção de um soberano supra-estatal que mitiga a ação estatal e possibilita a sua desregulação. Nesse sentido, observa-se o surgimento de uma espécie de pluralismo jurídico¹⁸⁰ que pode

¹⁷⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 58.

¹⁷⁹ É importante mencionar que a crise funcional do Estado e os seus aspectos jurisdicionais serão abordados no próximo capítulo, em face da extensão da matéria e a importância que a mesma possui no presente trabalho.

¹⁸⁰ Quanto à forma de abordagem do pluralismo jurídico, se faz necessário dizer que ela será feita muito mais enquanto “pluralismo de fontes do direito” do que no sentido de “pluralismo de ordenamentos jurídicos”. Isso porque o que se pretende é abordar as várias formas de produção do direito surgidas da retração estatal, que nada mais é do que uma das conseqüências da crise funcional. Assim, não se pretende analisar o pluralismo de ordenamentos jurídicos e os seus conflitos, mas o pluralismo de fontes do direito.

Nesse mesmo sentido, e tomando por base as considerações de Antonio Carlos Wolkmer, o pluralismo pode ser interpretado de formas diferentes, especialmente nas últimas décadas. Assim, ele pode ser: a) primeiramente, a defesa de uma *pluralidade policêntrica infrajurídica*, [...] uma vez que a estrutura do Direito imposta pelo poder político estatal desenvolve relações diversas, complementares ou antagônicas com os múltiplos sistemas do infradireito; b) uma segunda concepção de *pluralismo jurídico* expressa a realidade emergente dos fenômenos *multiétnicos* e *multiculturais*, próprio das sociedades marcadas pelo forte surto migratório; c) a terceira concepção é a do pluralismo jurídico mercatório gerado pelas mudanças no cenário globalizado, pelas crises das sociedades desorganizadas e atomizadas e pelo processo de ampliação dos espaços de normatividade supranacionais; d) a quarta concepção é a do *pluralismo jurídico das práticas participativas comunitárias*, expressão das chamadas experiências de direito informal, direito insurgente, direito

ser evidenciado pelo surgimento de uma nova *lex mercatoria*, advinda especialmente das transações financeiras desenvolvidas por grandes empresas multinacionais, cujos conflitos se resolvem no âmbito privado, através de laudos arbitrais. Já o direito inoficial e o direito marginal eclodem frente à retração estatal mediante a ocupação de espaços cada vez mais amplos por forças privadas, inclusive aquelas nascidas de práticas ilícitas, especialmente nutridos pelo tráfico de drogas (cujos exemplos brasileiros podem ser encontrados nas grandes favelas). Finalmente, analisar a crise do Estado e suas repercussões quanto à multiplicidade dos *loci* de poder, bem como seus reflexos junto ao tratamento de conflitos, é o que se pretende, dando-se início à abordagem com a transformação do Estado contemporâneo.

2.1 A crise e a transformação do Estado: do Contemporâneo ao contemporâneo

Não é possível discorrer sobre o Estado Contemporâneo sem, necessariamente, questionar suas crises, sua supressão e sua reinvenção cotidiana que o acompanham até o Estado contemporâneo. O Estado (enquanto gênero) é uma realidade criada pela própria sociedade civil¹⁸¹ para desenvolver determinadas tarefas, dentre elas representá-la e tomar decisões que atendam seus interesses. Por conseguinte, é uma organização política investida de poder e coerção que, em função da legitimidade social, administra os interesses de todos os cidadãos,

paralelo ou direito alternativo (WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 638). Vale ressaltar que, com exceção da terceira interpretação, todas as demais serão objeto de abordagem nesse capítulo uma vez que dizem respeito à multiplicação dos centros de poder e a práticas não institucionalizadas de tratamento dos conflitos.

¹⁸¹ A expressão sociedade civil teve, no curso do pensamento político dos últimos séculos, vários significados. Originalmente, ela se contrapunha à sociedade natural, sendo sinônimo de sociedade política e, conseqüentemente, de Estado. Ganhou novos significados quando analisada por grandes autores, como Rousseau, Hegel, Marx e Gramsci. Mas o conceito de sociedade civil que aqui se evoca é aquele que a define como esfera das relações entre indivíduos, grupos e/ou classes sociais que se desenvolvem à margem das relações de poder caracterizadoras das instituições estatais. Dessa forma, ela vem representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que depende da solução estatal, seja através da mediação ou da supressão.

delimitando sua área de atuação em determinado espaço físico. Justamente a crise do modelo político liberal, a eclosão da sociedade industrial de massas e as grandes transformações sócio-econômicas ocorridas no fim do século XIX e início do século XX, é que dão vazão ao nascimento do Estado Contemporâneo.

Analisar o Estado Contemporâneo¹⁸² envolve numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de dissecar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social, e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Assim, a mudança fundamental aconteceu a partir da metade do século XIX, representada pela gradual integração entre o Estado e a sociedade civil, o que acabou por alterar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração. Nesse período, ocorreram profundas transformações na livre concorrência do mercado, determinando a separação entre capital industrial, comercial e bancário, que se reuniram na forma do capital financeiro¹⁸³.

A constituição do capital financeiro alterou a relação entre o Estado e a economia de modo que a política econômica estatal passou a interferir diretamente, através de medidas protecionistas, contra o capital monopólico, bem como com a criação de condições infra-estruturais favoráveis à valorização do capital industrial. Com efeito, o Estado, que até então garantia formalmente a livre troca, foi sucedido por outro que intervém ativamente no processo de valorização do capital.

Além das mudanças econômicas, ocorreram também mudanças nas tradicionais funções estatais. As alterações trazidas pela diversificação de capitais passaram a requerer uma intervenção legislativa rápida e constante, o que se tornou inviável já que no Parlamento se achavam os partidos da classe trabalhadora que poderia impor um controle “democrático” da economia, a que se oporiam os partidos que defendem tradicionalmente os interesses do capital contra o trabalho. A principal

¹⁸² O Estado Contemporâneo, democrático e constitucional, nasceu sob a tríplice premissa: exaltação dos direitos individuais, submissão estatal ao direito e separação de poderes, uma vez que esses eram os dogmas do liberalismo político (constitucionalismo) que se incorporaram ao princípio democrático (ESTERUELAS, Cruz Martinez. *La agonía del Estado. ¿Um nuevo ordem mundial?*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2000. p. 139).

¹⁸³ GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 401.

conseqüência foi o esvaziamento da função legislativa e a reorganização do comando político, que começou a desviar-se para outros centros do aparelho estatal. Desse modo, o legislativo se esvazia em prol de uma organização corporativa do poder que tinha em vista os diversos setores do capital¹⁸⁴.

Mas, além de aspectos econômicos, a “questão social” também eclodiu na contemporaneidade criando o Estado interventivo envolvido no financiamento e administração de programas de seguro social, primeiramente visando provocar uma dependência do trabalhador ao Estado, especialmente face ao avanço do socialismo, o que mais uma vez intensificou a intervenção financeira estatal. Além de sua estrutura interventiva, o Estado ganhou também outros rótulos ou designações, tais como Estado Social, Estado Tecnocrático, Estado de Bem-estar, Estado Providência ou Assistencial (Welfare State)¹⁸⁵.

Porém, esse processo intervencionista estatal não se deu de maneira uniforme, possuindo diferenciações quanto à extensão e à profundidade apresentando um intervencionismo como fase inicial de decadência do Estado Liberal e um primeiro passo ao Estado Social, adentrando já a contemporaneidade. Esse intervencionismo se caracterizou por medidas esporádicas e delimitadas a determinadas ocasiões objetivando solucionar problemas concretos que pudessem colocar em risco a manutenção do regime. Outro elemento presente na passagem do Estado da modernidade ao Estado Contemporâneo era o dirigismo da atuação estatal, que passou a ser mais firme e coerente, através do fomento à iniciativa privada, intervindo diretamente na ordem econômica e social. Por último, pode-se verificar uma planificação representada pela análise econômica global.

¹⁸⁴ GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 402-403.

Sobre as relações entre a economia e a representação política do Estado, é importante a leitura de BILANCIA, Francesco. *Rappresentanza politica e governo dell'economia*. In: GABRIELE, Francesco. *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*. Bari: Cacucci Editore, 2005.

¹⁸⁵ O Estado Social recebeu abordagem no primeiro capítulo do presente trabalho, no qual se discute, em nota de rodapé, a utilização de tais rótulos ou designações. Por outro lado, é importante observar que o Estado Social significou, historicamente, uma tentativa de adaptação do Estado tradicional (entendido aqui como Estado Liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 18).

Nesse contexto, Ernest Forsthoff¹⁸⁶ questiona: “abbiamo troppo o troppo poco Stato?” (temos em demasia ou demasiadamente pouco Estado?), salientando o crescimento e o excesso de Estado porque “non abbiamo una società bene articolata e autosufficiente”, citando dois momentos nos quais se evidencia que possuímos “Estado demais”: o primeiro é a aspiração de igualdade que existia durante o Estado monárquico, uma vez que esse se baseava em dois princípios: “diseguaglianza nella società ed eguaglianza nello Stato”. Mas, com o fim da monarquia e especialmente depois da Primeira Guerra Mundial, Estado e sociedade encontram-se imbricados. O Estado se transforma no sustento da sociedade (guiando, regulando, equilibrando...) que, por sua vez, se apropria do Estado por meio de partidos e de associações. A segunda comprovação de que temos Estado em excesso é “l’aspirazione dello specialista alla perfezione nelle funzioni statali.” Verdadeiramente, o Estado se transformou de modo substancial também nos seus funcionários. Essa tendência de especialização de todos os ramos do Estado da modernidade é um fato. Os efeitos produzidos encontram-se não só na administração, mas também na legislação. “Anche il parlamentare moderno è costretto ad essere più o meno un tecnico o per lo meno uno specialista”. Nestes termos, não se pode esquecer que “lo Stato dominato dallo specialista è sempre permeato da un immanente perfezionismo”.

Por outro lado, o mesmo autor refere que possuímos “troppo poco Stato” ao constatar que este último “ha perduto il carattere di organizzazione statale obiettiva e spirituale”, podendo-se perceber, em toda a parte, “i sintomi dell’arbitrio privato proiettato all’interno della cosa pubblica”. Em resumo, volta a questionar: “abbiamo troppo o troppo poco Stato?” E responde, afirmando: abbiamo troppo stato nella legislazione dell’amministrazione, ampliate da una problematica tendenza verso l’eguaglianza e da un spinta verso la perfezione tecnica”. E vai além: “abbiamo troppo poco Stato in tutto ciò che riguarda la conservazione della nostra sicurezza esterna ed interna e dell’ordine, abbiamo troppo poca lealtà verso lo Stato. Abbiamo perciò troppo e troppo poco Stato -, sempre nel punto sbagliato”.

Esse paradoxo entre “pouco” ou “muito” Estado o acompanha em sua história até a contemporaneidade, na qual uma das principais características é a

¹⁸⁶ FORSTHOFF, Ernest. *Stato di diritto in trasformazione*. A cura di Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973. p. 83 et seq.

multiplicação dos *loci* de poder, numa flagrante superação da supremacia da ordem estatal (por organizações supra-estatais ou pela ordem econômica) que passa por uma crise funcional conseqüência da perda de centralidade e exclusividade do Estado em suas funções¹⁸⁷. Essa fragilização do espaço público recepciona a possibilidade de concorrência entre o poder estatal e outros setores (semipúblicos, privados, marginais, internacionais, supranacionais), os quais interferem na capacidade/legitimidade de decidir a respeito da lei e do tratamento de conflitos sociais¹⁸⁸.

A principal conseqüência dessa descentralização do poder é a minimização da capacidade estatal de cumprir suas funções refletidas na perda de sua legitimidade e na debilitação de sua própria existência. Então, é possível pensar no desaparecimento do Estado? Muitas teorias já foram escritas e debatidas sobre esse assunto. Primeiramente, a teoria marxista, na qual a desapareção do Estado equivale ao fim de qualquer força política dotada de poder, que seria nada mais do que uma conseqüência da sociedade sem classes. Por outro lado, existe uma concepção histórica segundo a qual o Estado desaparecerá como força concreta própria da civilização ocidental, mas esse fato daria origem à criação de uma nova forma política, dotada de poder, necessária para a convivência humana. Por fim, a teoria de Nozick discute um Estado mínimo, próximo ao não-Estado, revelando-se uma nova utopia liberal¹⁸⁹.

Um dos maiores sinais do desaparecimento/transformação estatal são os atuais fenômenos de incorporação política, de unificação ou de integração, como, por exemplo, a União Européia. Nesse contexto, os indícios e, posteriormente, a certeza de uma crise importante faz prever a desapareção do Estado, contudo, cada vez mais se observa que ela não acontecerá nos exatos termos mencionados anteriormente. O falecimento do Estado ocorrerá, talvez até já tenha ocorrido, em função de sua resignação e da falta de vontade política frente aos desafios que traz

¹⁸⁷ Não se pode perder de vista que o Estado possui uma forma tradicional de funcionamento concebida como estratégia de desconcentração de poder a partir da adoção de uma estrutura evidenciada pela especialização de funções do ente público e que podem ser traduzidas em legislativas, executivas e judiciárias. Essa colaboração de funções, discutida no primeiro capítulo, teve como berço as teorias de Locke e Montesquieu.

¹⁸⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23.

¹⁸⁹ ESTERUELAS, Cruz Martinez. *La agonía del Estado. ¿Um nuevo ordem mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2000. p. 235.

a globalização e a crescente influência dos fenômenos supranacionais¹⁹⁰. A anunciada morte estatal teria como uma das causas a diminuição da exclusividade funcional cujo primeiro ferimento é a perda da soberania, o que possibilita sua fragmentação e diluição¹⁹¹.

Conseqüentemente, o poder estatal demonstra-se condicionado às forças supra-estatais e gera dúvidas quanto à sua capacidade de manutenção e perpetuação, trazendo a possibilidade de declínio¹⁹². Entretanto, mais do que falar do declínio do Estado em termos gerais ou demasiado alusivos, deve-se observar a intrincada mescla de injustas expropriações de poderes, de limites e vínculos ao seu exercício e seus condicionamentos suportados (sem poder afirmar de maneira absoluta que estas ou aquelas funções do Estado estão melhores). Ao invés de declarar peremptoriamente que o Estado está fora do jogo - submetendo-o a organizações superiores, perdendo a exclusividade interna ou a soberania externa -, é bom dar o justo relevo ao fato que, uma vez crescendo as funções em condomínio entre mais estados, sua responsabilidade não é menor, mas exposta sobre a

¹⁹⁰ "...incluso se sostiene la tesis que el Estado está muerto, como consecuencia de su resignación y falta de voluntad política frente a los desafíos que le planteala llamada globalización y la creciente influencia de los fenómenos supranacionales (FEDERICI, Mario. Las transformaciones finiseculares del estado. Foro Político. *Revista Del instituto de ciencias políticas*. Cátedra Ortega. Universidad del Museo Social Argentino. Volumen XXVIII, abr., 2000. p. 100).

¹⁹¹ Ao mesmo tempo, uma outra perturbação se manifestou: a autonomia dos Estados-nações viu-se bastante comprometida pela interdependência que se desenvolve no seio de uma economia globalizada. (...) Oficialmente, a soberania dos Estados não é recolocada em questão; mas, de fato, os governos recentemente sofreram, e sofrem cada vez mais, uma erosão de sua autoridade devido, entre outras, à porosidade das fronteiras, à dificuldade de controlar os fluxos transfronteiriços monetários, de mercadorias e de informação, aos avanços tecnológicos. As pressões sofridas pelos governos nacionais provêm ao mesmo tempo do ponto mais alto e do mais baixo: da globalização, por um lado, e dos movimentos localmente enraizados, por outro.

A questão da soberania estatal encontra-se, pois, no ponto central de toda a problemática da regulação pelo direito. Que essa soberania seja recolocada em questão, fragmentada, dividida – nem que fossem apenas – e é toda a autoridade da regulação jurídica que se torna problemática. Além mesmo da dúvida sobre a autoridade da regulação pelo Direito, é sobre sua própria oportunidade, sobre a sua efetividade e sobre sua eficácia que recaem as suspeitas. O desafio é imenso (ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário de direito e globalização. A soberania*. Programa interdisciplinar Direito e Globalização – UERJ. Coordenação de Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-6).

¹⁹² Lo spostamento di poteri che va procedendo in campi così importanti, quale ruolo lascia allo stato e agli stati? Allo stato rimangono le caratteristiche concettuali e pratiche – sul piano concettuale e formale la posizione di sovranità delle sue funzioni – sentite come sue in una lunga epoca? Si può parlare correttamente di un suo declino? Siamo nell'età del suo tramonto? Oppure lo stato ha ancora un ruolo sufficientemente generale benché all'interno di una rete di poteri che conosce livelli più ampi del suo? Si può in qualche misura indicare un modello ordinato e apprendibile delle sue funzioni, dei suoi poteri, dei suoi rapporti con gli altri livelli? Infine, la questione si pone negli stessi modi fondamentali per tutti gli stati o ci sono diversità d'orizzonte decisive per i vari stati o per alcuni differenti tipi di essi, secondo il loro peso, la loro situazione concreta e il loro inserimento in organizzazioni regionali-continentali? (ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. 2. ed. Troina: Città Aperta, 2002. p. 224).

capacidade e o modo com que participam da elaboração, antes, e da gestão, depois dos acordos e das instituições fundadas¹⁹³.

Porém, são fortes os argumentos no sentido de que a morte do Estado não pode significar outra coisa senão sua transformação para que possa recepcionar os desafios da história e incorporar o desenvolvimento da civilização. Assim, “el Estado permanece como la constante que se adapta históricamente a través de las transformaciones contingentes en sus formas”¹⁹⁴. Todavia, esse Estado que agoniza deve se esforçar para cumprir certas “missões”, assim resumidas: a) que a integração supra-estatal aconteça em termos pacíficos e consensuais, pactuando cada passo; b) trabalhar seriamente o perfil da identidade nacional própria, cuja obra cultural enriqueceria o espírito humano e permitiria ver com clareza o que cada um pode trazer para o acervo comum; c) trabalhar sem descanso pelo aperfeiçoamento dos direitos humanos. Esses três pontos poderiam garantir à coletividade um espaço político mais amplo, no qual se pudesse conviver com o fenômeno da globalização em todo o seu apogeu. A forma política, por sua vez, atenderia aos fins essenciais, tais como segurança de pessoas e bens, e teria como objetivo a criação de um clima jurídico que propiciasse a plenitude dos direitos, o bem-estar e a justiça e o tratamento dos conflitos¹⁹⁵.

Entretanto, o proclamado fim/desaparecimento/morte do Estado, que nada mais é do que uma grande transformação, possui outros aspectos relevantes, que propiciam a crise (ruptura) e a conseqüente dificuldade/impossibilidade de manutenção das coisas segundo o *status quo ante* (continuidade). Assim, quando se fala em crise do Estado, é preciso que se analise a transformação observada nas relações entre as funções estatais tradicionais quando, aparentemente, cada uma

¹⁹³ Più che parlare di declino dello stato in termini generali o troppo allusivi, è meglio osservare l'intricata mescolanza di 'espropriazioni' di poteri, di 'limiti' e vincoli al loro esercizio e di condizionamenti che essi subiscono, senza poter affermare in maniera assoluta che queste o quelle funzioni dello stato vengono meno. Anziché dichiarare perentoriamente che lo Stato è fuori gioco – e sottoposto a organizzazioni a lui superiori è bene dare il giusto rilievo al fatto che, poiché crescono le funzioni in condominio tra più stati – tra enti di origine per lo più da accordi a cui essi hanno ciascuno contribuito a dar vita –, la loro responsabilità non viene meno ma si sposta sulla capacità e sul modo con cui partecipano all'elaborazione, prima, e alla gestione, dopo, degli accordi e delle istituzioni da essi fondate (ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. 2. ed. Troina: Città Aperta, 2002. p. 224).

¹⁹⁴ FEDERICI, Mario. Las transformaciones finiseculares del estado. Foro Político. *Revista Del instituto de ciencias políticas*. Cátedra Ortega. Universidad del Museo Social Argentino. Volumen XXVIII, abr., 2000. p. 101.

¹⁹⁵ ESTERUELAS, Cruz Martinez. *La agonía del Estado. ¿Um nuevo ordem mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2000. p. 239.

delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica da outra¹⁹⁶. Hipótese diversa é aquela apontada para justificar (mesmo que parcialmente) a crise de soberania, que mostra um Estado fraco, diluído, aberto, permeado por espaços conflituosos que ele mesmo não dá conta de resolver.

De fato, a atual crise do Estado se caracteriza por um progressivo organizar-se sobre a base de interesses particulares da sociedade que vai sempre perdendo cada vez mais o seu caráter “atomístico” enquanto crescem as deficiências dos meios jurídicos e institucionais que ela mesma possui para fazer refletir e valer a sua estrutura no seio estatal. Essa deficiência explica porque aquelas associações e grupos de indivíduos que (pela sua natureza e pelos seus próprios interesses) não deveriam voltar-se contra o Estado, fazem causa comum com aqueles que propõem uma radical e revolucionária transformação dos poderes públicos. A principal consequência é a desconfiança com relação às instituições estatais¹⁹⁷.

Como consequência dessa desconfiança nas instituições estatais e do seu próprio enfraquecimento, ocorre um certo “*pluralismo de ações e um pluralismo funcional*, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias de diversos matizes e procedências...”¹⁹⁸. A fragmentação estatal acontece de forma paralela à fragmentação dos poderes públicos, cujas consequências acontecem no âmbito do ordenamento jurídico – suas fontes se tornam plurais – e na multiplicação dos *loci* de poder. Assiste-se a um “policentrismo¹⁹⁹” dos ordenamentos gerais, o que causa dúvidas, inclusive, sobre a manutenção de conceitos até então postos e considerados irretorquíveis, dentre eles a exatidão sobre o que são entes públicos²⁰⁰. Na mesma seara, a dificuldade também existe quanto à individualização de setor público estatal e não estatal, e quanto à recondução ao endereço do

¹⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 148.

¹⁹⁷ ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. Saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè Editore, 1969. p. 23.

¹⁹⁸ STRECK; BOLZAN DE MORAIS, op. cit., p. 147.

¹⁹⁹ CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Toma-Bari: Laterza & Figli Spa: 2002. p. 22.

²⁰⁰ De fato, quando a figura do ente público entra em crise, é necessário reconhecer que são tantas definições/noções quantos entes públicos se conhece. Nestes termos, se faz importante a leitura de GERIN, Guido. *La crisi dello Stato Democratico*. Padova: CEDAM, 1974. p. 11 et seq.

governo (ou dos outros órgãos representativos) os vários poderes públicos não estatais.

No entanto, o Estado não vai desaparecer, mas transformar-se, pois a hipótese de sociedade sem Estado é impossível²⁰¹. De fato, em primeiro lugar, a realidade prova que os estados continuam existindo independentemente de sua qualidade, suas perspectivas e seu alcance em termos de autonomia para exercer suas faculdades e garantir o interesse comum. Num segundo momento, o Estado se mantém em função da capacidade dos seres humanos em transformar o mundo e controlar os fenômenos externos para que respondam a suas necessidades materiais e simbólicas. Por último, como aspecto principal, a existência do Estado é uma hipótese artificial, de funcionamento social sem articulação política cuja faticidade parece difícil como consequência da existência de espaços de interesses públicos e da inevitável anarquia que conduz à inexistência de uma autoridade²⁰².

Portanto, ao invés de trabalhar com a idéia de morte do Estado, a possibilidade de adaptação/transformação do mesmo é que deve ser ventilada. Essas transformações acontecem, sem sombra de dúvidas, em função da própria crise estatal e trazem como consequências a possibilidade de repensar os papéis em âmbito nacional ou internacional. Por isso, observa-se que o Estado não está morrendo, mas que passa por uma desregulação cujo principal ponto de fomento é a globalização em todos os seus aspectos (econômico, cultural, político e social). Esse é o tema que será abordado adiante.

²⁰¹ “Contudo, os Estados-Nação não perderam a sua importância ou irão desaparecer. Tal hipótese não se concretizará na maioria dos casos, pelo menos por um longo tempo. Isso acontece por motivos paradoxais que têm relação mais direta com o comunalismo do que propriamente com o Estado. Na verdade, em um mundo de redes globais transnacionais e aculturais, as sociedades tendem a entrencher-se, com base em suas identidades e a construir/reconstruir as instituições como expressões dessas identidades. É por esse motivo que presenciamos, a um só tempo, a crise do Estado-Nação e a explosão de movimentos nacionalistas. A maioria, mas não todos esse movimentos nacionalistas, tem por objetivo explícito construir ou reconstruir um novo Estado-Nação, com base em uma identidade, e não só na herança histórica do controle territorial.” (CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 355).

²⁰² FEDERICI, Mario. Las transformaciones finiseculares del estado. Foro Político. *Revista Del instituto de ciencias políticas*. Cátedra Ortega. Universidad del Museo Social Argentino. Volumen XXVIII, abr., 2000. p. 104.

2.2 A globalização econômica²⁰³ e a fluidez das fronteiras: restrições à regulação estatal e valorização das forças extra-estatais

Globalização²⁰⁴ pode não ser uma palavra atraente, mas, com certeza, o debate que suscita é extremamente interessante. Discutida em todo o mundo, suas conseqüências podem ser analisadas sob vários ângulos, desde o viés econômico até o cultural. Trata-se de assunto alardeado especialmente a partir dos anos 80, quando passou a ser utilizada no sentido econômico. Observa-se, então, que a palavra globalização tem uma história breve e vertiginosa. Embora tenha sido “inventada” em 1944 por dois autores – Reiser e Davies –, que previam uma síntese planetária de culturas em um humanismo global, suas raízes remontam os anos 60, quando conheceu uma ampla repercussão na metáfora de McLuhan sobre a “configuração de uma ‘aldeia global’ possibilitada pelas novas tecnologias de informação e comunicação²⁰⁵”.

Existem diferentes modos de pensar a globalização e de analisá-la, inclusive com opiniões opostas. De um lado estão os “céticos” afirmando que toda a “conversa” que existe em torno da globalização não passa disso – “conversa”. Para eles, o mundo não sofreu muitas alterações, baseando suas argumentações no fato de que boa parte dos intercâmbios financeiros, por exemplo, acontecem mais entre

²⁰³ É importante referir que, não obstante a globalização ser um processo não linear que perpassa as mais diversas áreas da vida social gerando várias “globalizações”, aqui ela será abordada somente quanto aos seus aspectos econômicos e as conseqüências destes para o desenvolvimento da tese.

²⁰⁴ Aqui é importante abordar as diferenciações entre globalismo, globalidade e globalização. Segundo Ulrich Beck, tais termos tratam de coisas diferentes, uma vez que globalismo é “il punto di vista secondo cui il mercato mondiale rimuove o sostituisce l’azione politica, vale a dire l’ideologia del dominio del mercato mondiale, l’ideologia del neoliberalismo”. Desse modo, “procede in maniera monocausale, economicista, riduce la multidimensionalità della globalizzazione ad una sola dimensione (quella economica, a sua volta pensata in maniera lineare) e considera tutte le altre dimensioni – globalizzazione ecologica, culturale, politica, civile – se pure lo falo, solo subordinandole al predominio del sistema del mercato mondiale.” Já por globalidade, o autor evidencia a vida em uma sociedade mundial, onde nenhum país ou grupo pode se isolar dos outros, argumentando que a representação de espaços fechados atual é uma ficção. Explica que sociedade mundial significa por isso “l’insieme dei rapporti sociali che non sono integrati nella politica dello Stato nazionale o non sono da essa determinati (o determinabili). Mas globalização, segundo Beck, é “il processo in seguito modernità è la *irreversibilità della globalità*”, que pode ser definindo por: “*non*-Stato mondiale. Meglio: società mondiale *senza Stato mondiale e senza governo mondiale*. Si espande un capitalismo globale disorganizzato, perché non ci sono una potenza egemone e un regime internazionale, né economico né politico” (BECK, Ulrich. *Che cos’è la globalizzazione*. Rischi e prospettive della società planetaria. Tradução de Emanuele Cafagna e Carlo Sandrelli. Roma: Carocci, 1999. p. 22-26).

²⁰⁵ GÓMEZ, José María. *Globalização, estado-nação e cidadania: política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 18.

regiões e não num âmbito mundial. Nesse contexto, a noção de globalização seria uma ideologia espalhada por adeptos do livre mercado que desejam apenas demolir os sistemas de previdência social e reduzir as despesas dos Estados. Por outro lado, os “radicais” argumentam que a globalização é real, possuindo conseqüências em toda a parte com reflexos em áreas que vão muito além da economia, assim, ela também é política, tecnológica e cultural²⁰⁶.

Atualmente, ainda que a globalização seja um termo que nos remeta imediatamente à economia e ao mercado, ela não pode ser ignorada como um processo que altera vários segmentos sociais, indo muito além do financeiro. Por isso, o operador do direito não pode perder de vista os avanços e retrocessos vertidos por esse processo na produção e na implementação da norma jurídica. Muitas vezes se discute a globalização como um evento de força incontrollável, irresistível, implacável até, contra a qual não há como lutar e nada se pode fazer²⁰⁷. De fato, ela chega com força avassaladora e traz vantagens e desvantagens. Num primeiro momento, por exemplo, a presunção de uma economia sem fronteiras pode facultar aos trabalhadores expectativas quanto ao aumento de demanda de mão-de-obra com o desenvolvimento das exportações. Por outro lado, esse mesmo processo pode significar concentração de empregos menos especializados em locais onde os custos salariais são mais reduzidos. Esses são apenas dois dos múltiplos exemplos que poderiam ser citados, mas o fato é que a globalização, além de ser vista de vários ângulos, possui aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais.

A globalização econômica surgiu principalmente com a emergência de uma nova divisão da produção inaugurada pelas grandes corporações multinacionais que têm origem nos três centros de capitalismo mundial, ou seja, os Estados Unidos, o Japão e a Europa Ocidental. Seu objetivo é justamente constituir uma economia mundial sem fronteiras, juntando comunicação e controle em “tempo real”, o que é

²⁰⁶ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. O que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005. p. 18 et seq.

²⁰⁷ “Fala-se com grande freqüência da globalização como se ela fosse uma força da natureza, mas ela não é. Estados, corporações empresariais e outros grupos promoveram ativamente o seu avanço. Grande parte da pesquisa que ajudou a criar os satélites de comunicação foi financiada por governos, como mais recentemente o foram fases iniciais do que se tornou a internet. Governos contribuíram para a expansão dos mercados financeiros mundiais através dos títulos que emitiram para levantar dinheiro para saldar seus compromissos domésticos. As políticas de liberalização e privatização contribuíram para a intensificação do comércio mundial e o intercâmbio econômico.” (Ibidem, p. 43).

permitido pelas inovações tecnológicas, possibilitando às firmas internacionalizadas obter altas taxas de lucro através da globalização dos mercados e, sobretudo, da integração global do conjunto da cadeia de criação de valor (pesquisa e desenvolvimento, produção, serviços, financiamento dos investimentos, recrutamento de pessoal, etc), na condição de que as mesmas procedam a uma drástica reformulação das formas de gestão e de atuação estratégica em escala planetária²⁰⁸.

Em suma, a globalização econômica inova ao oferecer restrições à regulação estatal da economia e ao apontar a subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais, como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio. Por outro lado, os reflexos da globalização também dizem respeito a uma série de conseqüências, dentre elas o desemprego estrutural permanente (chamado em determinados momentos de inempregabilidade), o clima e a segurança (ligados intimamente a questões de equilíbrio mundial), que fomentaram o aparecimento de organizações alicerçadas na solidariedade humana, amparadas na noção de sociedade civil e baseadas numa terceira dimensão na qual prevalecem estes valores que objetivam a construção de uma esfera social pública. Essas organizações tratam-se, na verdade, de uma importante representação da constituição de um espaço público não-estatal²⁰⁹, pois mesmo que não inseridas na estrutura das entidades estatais, possuem um viés público significativo em função de seus objetivos²¹⁰.

Nesse contexto, a crise global e a verificação de que somente o Estado e o mercado não vão resolvê-la tende a fortalecer o papel das Organizações Não-Governamentais (ONGs), enquanto organizações da sociedade civil, na construção de alternativas e de mecanismos de cooperação internacional. Ocorre que é na articulação entre as esferas nacional e internacional que estas organizações

²⁰⁸ GÓMEZ, José María. *Globalização, estado-nação e cidadania*. Política e democracia em tempos de globalização. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 18.

²⁰⁹ Especificamente sobre o assunto, Bolzan de Moraes ressalta que estas entidades “podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29).

²¹⁰ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

aumentam significativamente sua influência, rompendo com eventuais limitações impostas pelos Estados às atividades que se desenvolvem em seu interior.

As ONGs desempenham hoje, e cada vez mais, um papel crucial na produção da norma jurídica, não apenas na Europa, mas no plano internacional. Várias dentre elas têm *status* consultivo oficial²¹¹. Essas mesmas organizações são chamadas de “voluntariado jurídico”, inclusive aquelas que trazem assistência através da “criação de determinadas instituições ou instrumentos jurídicos em países que carecem deles (por exemplo: educação, repertórios normativos, serviços de publicações jurídicas, etc)”²¹². As ONGs internacionais adquirem importância particular na medida em que podem fazer lobby em favor de causas, minorias e classes, que estão, normalmente, alijadas do processo político representativo. Não são raros os casos nos quais essas organizações assumem poder maior que os próprios Estados em função do prestígio que possuem²¹³.

Seguindo essa linha de raciocínio, a globalização passa a ser observada como um processo inevitável, de grandes conseqüências para todo o mundo, tornando-se “um processo de inclusão forçada. Pois ela nos inclui, queiramos ou não, dentro do sistema internacional”²¹⁴. A principal manifestação de interação trazida pela globalização é o fim das fronteiras traduzido pelas práticas transnacionais que destroem a capacidade do Estado de conduzir e controlar o fluxo de pessoas, bens, capitais ou idéias, como fazia anteriormente. A abertura das fronteiras golpeia a soberania estatal fazendo surgir a figura de um novo Estado, fraco e desnacionalizado, ou seja, esvaziado, com suas velhas e novas capacidades sendo reorganizadas, de forma territorial ou funcional, aos níveis subnacional e supranacional. Assiste-se, ainda, a desestatização dos regimes políticos de modo que o modelo de regulação passa a se basear em parcerias, em organizações

²¹¹ Confederação dos Organismos da Família, União Internacional dos Organismos da Família. Movimento Internacional ATD – Quarto Mundo, Confederação Européia dos Sindicatos, Conselho Internacional da Ação Social (I.C.S.W.), etc. Sobre esse assunto ver ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário: direito e globalização 1: soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 49.

²¹² CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido*. Uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 286.

²¹³ Vale ressaltar que as ONGs mais prestigiadas são aquelas ligadas à ecologia (Greenpeace), aos direitos humanos (Anistia Internacional), onde se inserem os direitos de terceira geração, e saúde (Médicos Sem Fronteiras) (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

²¹⁴ ROCHA, Leonel Severo; HERMANY, Ricardo. Globalização e direitos humanos. *Revista do Direito*. n. 14, jul./dez., 2000. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

governamentais, para-governamentais e não-governamentais, nas quais o Estado assume apenas a tarefa de coordenador.

Conseqüentemente, não há escolha, a globalização nos leva a reboque e, assim posta, ela se torna a principal causa da crise de regulação pela qual passa o Estado atualmente, pois gera interdependência, que pode ser avistada na forma de quatro rupturas com a ordem mundial passada: a) a primeira diz respeito à capacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial, traduzida por um novo modelo de segurança coletiva bipolar, surgido com o fim da guerra fria e vislumbrado através da necessidade de definição de novas alianças; b) mundialização da economia e diminuição do poder de coação dos Estados Nacionais sobre as forças econômicas, limitando-o a políticas fiscais e econômicas; c) internacionalização do Estado, exposta por sua participação em um grande número de organizações internacionais, dentre as quais pode-se exemplificar a ONU e o FMI, em função da necessidade de gestão global de problemas, tais como o meio-ambiente; d) o direito internacional, o qual se desenvolve de forma vertiginosa em função dos fatores anteriormente mencionados que, se antes identificado como débil em termos de coerção, agora institui-se cada vez mais, permitindo que o indivíduo reivindique sua aplicação ou denuncie sua violação pelo Estado²¹⁵.

Todas essas rupturas, conforme já visto, importam na perda da soberania e da autonomia dos Estados quanto à formulação de políticas internas, o que determina a diminuição de seu poder de coação, gerando uma crise de legitimidade. De fato, observa-se o impacto direto da globalização e da reestruturação do capitalismo sobre a legitimidade do Estado mediante o desmantelamento do Estado do bem-estar social, a desorganização das estruturas produtivas tradicionais, aumentando a instabilidade de emprego, a extrema desigualdade social e a conexão entre importantes setores da economia e da sociedade em redes globais, ao mesmo tempo que grandes parcelas da população e do território são excluídas do sistema dinâmico e globalizado (pode-se citar aqui todos os processos que contribuem para

²¹⁵ ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Globalização Econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 18-19.

a perda da capacidade do Estado atender as exigências sociais, o que redundará, em última análise, no comprometimento de sua legitimidade)²¹⁶.

Contudo, essa crise de legitimidade causada pela globalização interage com o surgimento de movimentos sociais que afirmam identidades alternativas rejeitando, declaradamente, a legitimidade estatal. Existe, portanto, uma relação visível e significativa entre globalização, mercado e movimentos sociais, sem que se possa concluir, investigando uma relação de causalidade, qual deles vem primeiro.

Em suma, “ninguém parece estar no controle agora. Pior ainda - não está claro o que seria nas circunstâncias atuais ‘ter o controle’”. Tudo isso porque já não existe uma instância “local” com arrogância suficiente para falar em nome da humanidade ou para ser ouvida e obedecida por esta. Não “há uma questão única que possa captar e teleguiar a totalidade dos assuntos mundiais e impor concordância global”. Justamente essa nova e desconfortável percepção das “coisas fugindo ao controle” é que foi articulada num conceito atualmente em moda: *globalização*. No entanto, o seu significado mais profundo é transmitido pelo caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais: ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. Assim, a globalização é a “nova desordem mundial”²¹⁷.

Justamente por isso, observa-se que a globalização não afeta apenas os grandes sistemas, como, por exemplo, a ordem econômica mundial. Não se trata de um processo singular, mas de um conjunto complexo de processos criador dessa “desordem mundial” que determina o afrouxamento das funções estatais, bem como a sua retração, possuindo como conseqüências a flexibilização, a liberalização, a fluidez, o crescimento, a marcante influência do mercado e a desregulação. Partindo da idéia de desregulação como conseqüência de estados fracos, soberanamente debilitados, cujas fronteiras tornam-se cada dia mais porosas e permeáveis, adiante se analisará a desregulação como reflexo da crise estatal e da globalização.

²¹⁶ Estas conclusões tiveram como base um estudo realizado pelo autor sobre a crise do Estado no México e nos Estados Unidos. No entanto, considera-se importante a contribuição para o presente trabalho uma vez que a globalização é fenômeno universal, assolando todos os países e produzindo em todos eles os efeitos anteriormente mencionados (CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 345).

²¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 66-67.

2.3 A nova “desordem mundial” e a desregulação do Direito: a atividade estatal deslocada

A impressão de “desordem mundial” deixada pela globalização gera uma produção normativa cuja proliferação anárquica traduz uma impressão quantitativa reconhecida como uma avalanche de normas sem precedentes na história. Faz-se necessário expor isso porque, ao contrário do que se imagina, “desregulamentação não é o inverso da regulamentação e sim um reemprego das normas segundo seus dispositivos mais opacos e mais complexos²¹⁸”.

Levando em conta que “regulação jurídica” é a regulação social que passa pelo canal do Direito, - aqui entendido como um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, ou seja, o “Direito imposto²¹⁹”, - é possível observar que ele era um atributo da soberania estatal na modernidade, mas que vem sendo alterado em função de perturbações na autonomia dos Estados-nações comprometida pela interdependência que se desenvolve no seio de uma economia globalizada. Não se pode duvidar que os governos passaram (e passam) por uma erosão em sua autoridade devido à porosidade das fronteiras e à dificuldade de controle de fluxos tecnológicos, econômicos, culturais e de informação.

Nestes termos, o Estado-nação não só é redefinido como também perde algumas das suas prerrogativas que aos poucos aparecem nas decisões e atividades de empresas multinacionais e organizações multilaterais. O que era tradicional e local se desterritorializa²²⁰. Essa autoridade estatal enfraquecida pode ser traduzida como dificuldade de manutenção da soberania, o que gera, conseqüentemente, problemas quanto à regulamentação jurídica, a chamada desregulação.

Ocorre então aquilo que Nicolas Maria López Calera chama de “recuperación conservadora de la sociedad civil”, cuja tese central se baseia na hipótese da

²¹⁸ DELMAS-MARTY, Mirreille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 73.

²¹⁹ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário: direito e globalização 1: soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

²²⁰ IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 41.

sociedade civil demandar menos Direito, menos regulamentação, ou seja, menos controle jurídico por parte do Estado. Por isso, desregular juridicamente as relações sociais é uma maneira demasiadamente forte das forças conservadoras liberarem importantes setores das atividades humanas que até o presente estavam sob o controle jurídico. Por conseguinte, a recuperação da sociedade civil por meio da “desregulação” oferece perigo para a liberdade e a justiça, especialmente quando o direito pode ser objeto importante de igualdade e de liberação social. Apesar da freqüente ineficácia e inaptidão do Direito, não existe uma justificação para que haja “menos direito”, e sim muitos motivos para que haja um “direito melhor”, pois ainda que ele seja produzido, em grande parte, pelo Estado, representa a intervenção de uma vontade que, de alguma maneira, é a vontade da maioria²²¹.

Assim, a desregulação do Direito não significa “ausência de normas” ou “menos direito”²²². Pelo contrário, elas subsistem, o que apresenta-se como um quadro ainda mais grave para a maioria da população, pois o Direito se ocupa de desregular, eliminar deveres impostos aos sujeitos empresariais da atividade econômica e de atribuir obrigações a outros sujeitos, como trabalhadores, cidadãos, consumidores, etc. Essa desregulamentação apresenta, então, dois aspectos fundamentais: a) primeiramente, no plano do Direito dos estados abertos, ou das associações regionais dos estados abertos, a desregulação tem o significado geral de um deslocamento da capacidade de normalizar em direção à esfera privada, de traslado do peso das obrigações até os sujeitos mais débeis e de liberação de responsabilidades ou deveres ao empresariado, e em geral aos capitais; b) posteriormente, no plano da soberania privada supra-estatal difusa, o Direito toma a forma de uma nova *lex mercatoria meta estatal*, estabelecida e garantida pelos grandes sujeitos econômicos transnacionais, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que atuam em numerosos países ao mesmo tempo²²³.

Quanto ao deslocamento da capacidade de normatizar, observa-se a substituição do Direito estatal por instâncias hierarquicamente inferiores, servindo de

²²¹ CALERA, Nicolas María López. *Yo, el Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1992. p. 28-29.

²²² “Longe de reduzir o papel cabível ao direito, a desregulamentação marca apenas a aparição de um novo processo de encadeamento das normas, fundado na fragilidade do princípio hierárquico” (DELMAS-MARTY, Mirreille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 79).

²²³ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Prohibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 265-266.

exemplo o papel desempenhado pelas corporações, a produção normativa pelos poderes privados econômicos, os códigos de conduta e o desenvolvimento de um Direito cada vez mais negociado. Tais fatos apontam para o nascimento de um novo pluralismo jurídico no qual várias instâncias de poderes locais ou internacionais substituem e suprimem o Direito emanado pelo Estado. Paralelamente, a obediência cega do cidadão, pelo simples fato de ele ser o Direito, se esvaiu e foi substituída por uma avaliação quanto à eficácia e eficiência do desempenho das normas propostas. A representatividade pública por ele exercida já não encontra reconhecimento absoluto e o Estado, gestor e controlador, que se utiliza do Direito para exercer o seu papel, perde terreno e exclusividade em sua função.

Esses dois aspectos fundamentais da desregulamentação demonstram a importância que essa nova *lex mercatoria supra-estatal*, consequência dos estados abertos, adquiriu a ponto de ser regulamentada e instrumentalizada pelo Direito estatal mediante normas próprias. Porém, essa desregulamentação tem o significado geral de uma “míngua do âmbito do público”, o que causa a mescla desse espaço com o espaço privado²²⁴ e que se manifesta em praticamente todas as esferas administrativas, servindo como exemplo as administrações municipais, que antes organizavam a prestação não lucrativa de serviços públicos e que agora contratam essa prestação de empresas privadas, constituídas quase sempre com capital municipal, mas que assim se convertem também em uma fonte de lucro privado²²⁵.

A desregulação ou a “eliminação de obrigações estatalmente impostas aos sujeitos sociais fortes” permite o surgimento de novas normatizações ou regulações que afetam as fontes tradicionais do Direito, possibilitando sua atual “textura aberta” com o deslocamento dessas fontes aos poderes privados econômicos. Por

²²⁴ “Esta mescla do privado e do público se manifesta já praticamente em todos os âmbitos administrativos: as administrações municipais, por exemplo, que em etapas anteriores organizava a prestação não lucrativa de serviços públicos, contratam agora essa prestação com empresas privadas de serviços constituídas quase sempre em parte com capital municipal, mas que assim se converte também em uma fonte de lucro privado.” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 266). Na mesma linha de raciocínio, porém utilizando-se de outros elementos, Bauman, ao discutir as fronteiras entre o público e o privado e suas relações com o individualismo e com a individualização propriamente dita dos conflitos, refere que “o que cada vez é mais percebido como ‘questões públicas’ são os problemas privados das figuras públicas.” (BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 83).

²²⁵ CAPELLA, op. cit., p. 266.

consequente, dois problemas fundamentais surgem: o primeiro diz respeito à validade contemporânea dos postulados fundadores da regulação do Direito; já o segundo, ao impacto e aos efeitos da mundialização dos intercâmbios sobre a regulação jurídica²²⁶. Esses dois problemas fundamentais acontecem especialmente devido à “globalização dos intercâmbios” que impuseram a realização de algumas atividades econômicas mundiais em “*tempo real*”. Por outro lado, os instrumentos estatais de tratamento dos conflitos precisam de “*tempo e formas – condição das garantias*”²²⁷ – para conhecer e decidir, sendo que resultam inoperantes e obsoletos para os grandes agentes econômicos atuais, os quais recorrem a instâncias de mediações privadas”²²⁸.

Na verdade, a questão da temporalidade²²⁹ é fator gerador de desregulação imediata. Cada vez mais se percebe que o controle do Estado sobre o tempo e o espaço vem sendo sobrepujado pelos fluxos globais de capital, produtos, serviços, tecnologias, comunicação e informação. Conseqüentemente, a apreensão do tempo histórico pelo Estado mediante a apropriação da tradição e a (re)construção da identidade nacional passou a enfrentar o desafio imposto pelas identidades múltiplas definidas por sujeitos autônomos²³⁰. O Estado toma, então, dois caminhos: a) procura reafirmar seu poder na arena global pelo desenvolvimento de instituições

²²⁶ Por “regulação jurídica”, Arnaud entende: “geralmente esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. Que, quando falamos de direito, entendemos geralmente um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, o “direito imposto” (ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário: direito e globalização 1: soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25).

²²⁷ Segundo Bolzan de Moraes, “a noção de garantia, não mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas acrescida de um plus transformador, em que a concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do status quo assumem efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia.” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 302).

²²⁸ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 268.

Nesse mesmo sentido, pode-se referir: “existem, na verdade, poucos juristas que ainda acreditam firmemente que soluções simples, tiradas de um direito monopolítico, podem responder à complexidade das situações contemporâneas. (...) à obediência cega do cidadão ao direito, porque ele é o direito, sucedeu progressivamente uma avaliação da eficiência, da eficácia, do desempenho das normas propostas, por parte daqueles mesmos que são os seus destinatários. De forma que o direito não saberia ser hoje representativo do conjunto da atividade pública” (ARNAUD, op. cit., p. 29).

²²⁹ Cabe referir que o tempo e suas relações com o direito serão objeto de abordagem adiante, no quarto capítulo.

²³⁰ Ao lançar além dos territórios, fronteiras, sociedades nacionais, línguas, dialetos, bandeiras, moedas, hinos, aparatos estatais, regimes políticos, tradições, heróis, santos, monumentos, ruínas, a sociedade global desterritorializa quase tudo o que encontra pela frente. O que se mantém territorializado já não é mais a mesma coisa, muda de aspecto, adquire outro significado, desfigura-se. Rompem-se os quadros geográficos e históricos prevaletentes de espaço e tempo (IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 104-105).

supranacionais, o que acaba comprometendo ainda mais sua soberania; b) procura restaurar sua legitimidade através da descentralização do poder administrativo, delegando tarefas às instâncias regionais e locais, estimulando as tendências centrífugas ao trazer o cidadão para a órbita do governo, aumentando, porém, a diferença destes em relação ao Estado-Nação²³¹.

Mas, estrategicamente equivocados, os caminhos escolhidos pelo Estado não possibilitam o domínio de uma temporalidade que já não é mais estatal, mas a temporalidade do mercado e que divide a humanidade em dois segmentos: um primeiro, cuja temporalidade é cada vez mais curta, especialmente guiada pelo consumo, e um outro (no qual se localiza a maioria da população dos países periféricos), que vive dominado pelo prazo imediato e pela urgência da sobrevivência diária. É fato que hoje apenas um grupo reduzido de empresas multinacionais dominantes têm condições de pensar estrategicamente. Justamente esse grupo é que “amarra uma parte do mundo à compulsão do consumo imediatista e outra ao imediatismo da luta pela sobrevivência”²³².

De fato, o cenário jurídico estava tranqüilo sob o signo protetor da unidade e da estabilidade, no qual o espaço normativo até então se identificava com o Estado, sendo que o tempo, por sua vez, se inscrevia na sua duração. Entretanto, no momento em que o Estado assiste à erosão de seu monopólio e à desconcentração e descentralização das atividades que até então lhe eram inerentes, o descompasso entre espaço normativo e temporalidade se instala requerendo um novo olhar²³³.

Em face da morosidade estatal, da proliferação das fontes de produção legislativas e do surgimento de formas diferenciadas de tratamento dos conflitos, questiona-se sobre o lugar do Estado no processo de regulação atual. Cada vez mais diminuto, o espaço estatal ainda trabalha com uma lógica na qual as normas não têm mais a rigidez da regulamentação tradicional (que eram determinantes para

²³¹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 287.

²³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 320.

²³³ Conforme Annamaria Rufino, “tempo e spazio, elementi fondativi del progetto associativo, non essendo più utilizzabili secondo una linearità monodefinibile, convergono, nelle dinamiche multidimensionali globali, in un complesso di relazioni sovrapponibili, sostituibili, modificabili ed eliminabili” (RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. *Il diritto possibile*. Funzioni e prospettive del *medium* giuridico. Milano: Angelo Guerini, 2005. p. 19).

o surgimento e manutenção de um espaço jurídico fechado, homogêneo e hierarquizado). Assim, a desregulação que desloca a capacidade de normatizar do Estado para a esfera privada faz com que o direito assuma a forma de uma nova *lex mercatoria*, designada por um conjunto de práticas jurídicas dos grandes agentes econômicos. Esse assunto será abordado adiante.

2.4 A *lex mercatoria* e seu modo particular de criar o Direito: o poder de “ditar a lei” seqüestrado pelo mercado

Forjada a partir dos séculos XI e XII com base nas necessidades dos comerciantes europeus e navegadores, empenhados em abrir novos mercados, de contar com uma ordem jurídica que servisse aos seus interesses onde quer que atuassem, a *Lex Mercatoria* é um conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecido pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais²³⁴. Tendo aparecido muito tempo antes do advento do Estado da modernidade, esse “Law Merchant” lida com um grupo particular de pessoas (os mercadores) em locais específicos (feiras, mercados, portos, etc); justamente por isso é totalmente distinta dos direitos locais, feudais, reais e eclesiásticos, possuindo um caráter auto-regulador em escala global: é administrado não por juízes profissionais, mas pelos próprios comerciantes, utilizando como critério básico o princípio da equidade (no sentido medieval de *fairness*). Se destaca pela vinculação e segurança propiciada aos contratos, pela diversidade de procedimentos para o estabelecimento, a

²³⁴ Essa afirmativa também é feita por Vincenzo Ferrari quando expõe: si tratta di un complesso di regole che sorgono ‘spontaneamente’ nel ‘mercato’, e quindi, giacché nel ‘mercato’ si incontrano e operano soggetti in carne ed ossa, possiamo dire dalla libera negoziazione contrattuale di questi soggetti, cioè i mercanti: per la precisione imprenditori di diversi paesi che stipulano contratti business-to-business, su una scala internazionale, sfuggendo al diritto positivo dei rispettivi paesi. Si tratta, cioè, di diritto vivente, che nasce e si fonde in una sfera virtuale, a-nazionale anche in senso fisico... (FERRARI, Vincenzo. Quesiti sociologici sulla *lex mercatoria*. In: Sociologia del diritto. *Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3, p. 14).

transmissão e o recebimento dos créditos e pela rapidez e informalidade da adjudicação²³⁵.

A história da *lex mercatoria* é a “storia di un particolare modo di creare diritto, la storia del ‘particolarismo’ che ha contraddistinto la regolazione normativa dei rapporti commerciali, rendendola diversa dalla regolazione normativa di ogni altra specie di rapporti sociali”²³⁶. Nascida para regular as atividades dos mercadores, se desenvolveu sem a mediação da sociedade política, impondo-se em nome de toda uma classe (a classe mercantil) que, sendo dirigente, reivindicava para si o poder de ditar a lei.

Nesse contexto, *Lex Mercatoria* é o corpo autônomo de usos, costumes, princípios, regras e contratos constituído espontânea e pragmaticamente pelas sucessivas gerações da comunidade empresarial com o objetivo de autodisciplinar suas atividades sem interferências dos Estados-nação²³⁷. Conseqüentemente, é um direito criado diretamente pelas forças privadas supra-estatais, consistindo justamente em um direito extra jurisdicional de negociação contínua e permanente, por conseguinte, é “direito mutável, efêmero e permanentemente renovado: um *jogo jurídico inovador*, que se apóia nas lógicas contrapostas da expansão econômica e do controle da inovação a que estão submetidos os principais julgadores. Situa a *negociação* como em um plano central de análise jurídico-doutrinal”²³⁸.

Atualmente, muito se escreve sobre *lex mercatoria*, indicando, essa expressão, um complexo de regras e de práticas contratuais relativas ao direito e à economia contemporâneos e muitas vezes diversos ou dissonantes se comparados à legislação nacional e internacional. Se anteriormente ela precedeu o Estado da modernidade, sendo recebida pelo mesmo como direito estatal e disposta no código de comércio, a nova *lex mercatoria*, cuja expressão circula hoje em todo o mundo,

²³⁵ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 160-161.

²³⁶ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Mulino, 2001. p. 09. Sobre esse assunto, também é importante a leitura de GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Mulino, 2005.

²³⁷ Sono esempi di *lex mercatoria* secondo Antonio Padoa-Schioppa: “le regole probatorie legate alle registrazioni dei libri di commercio. La disciplina della responsabilità solidale nella società in nome collettivo. Le prime forme di assicurazioni sui trasporti. La responsabilità limitata dei soci capitalisti (accomandanti) nelle società in accomandita. (PADOA-SHIOPPA, Antonio. Brevi note sulla *lex mercatoria*. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3, p. 75).

²³⁸ CAPELLA, op. cit., p. 272.

trabalha numa realidade caracterizada pela divisão política dos mercados e por uma pluralidade de Estados. Possuem, então, a função de superar a descontinuidade jurídica produzida, regulamentando de modo uniforme as relações comerciais instauradas na unidade econômica do mercado. Talvez a característica mais marcante da nova *lex mercatoria* seja justamente o renascimento de suas velhas especificidades, dentre elas, e principalmente, o fato de que é Direito criado pelo mercado, sem qualquer interferência do legislador, denotando, mais uma vez, a pluralidade de fontes de sua criação, já não mais atreladas unicamente ao Estado.

É claro que a produção de regras internacionais e uniformes vem baseada, fundamentalmente, na difusão de práticas contratuais e na jurisprudência criada pelas decisões arbitrais: “la ratio decidendi adottata dagli arbitri internazionali per dirimere le controversie sottoposte al loro giudizio acquista il valore di un precedente, cui altri arbitri, sucessivamente aditi, sono soliti uniformarsi”²³⁹. Portanto, a *lex mercatoria* nada mais é que o conjunto de normas acordadas explícita ou implicitamente pelos grandes agentes econômicos, com independência dos poderes públicos, para regular suas relações recíprocas, para reger suas relações com os estados abertos e para determinar as políticas destes²⁴⁰.

Por isso, a nova *lex mercatoria* possui uma dimensão geográfica global, nos exatos moldes de uma lei sem fronteiras, como um sistema normativo supra-nacional, independente do direito estatal, representando, de um lado, os interesses, os usos e os costumes do mercado, e, de outro, acentuando a crise funcional do Estado (sob a perspectiva de pluralidade de fontes do direito). No entanto, sua utilização tem como consequência direta a possibilidade de aceleração dos procedimentos abolindo formalidades, e permitindo a experimentação de meios de prova tipicamente mercantis, além da discussão de especificidades anteriormente não reconhecidas e consideradas.

Destarte sua constante inovação, o conteúdo da *lex mercatoria* possui como matérias principais: a) os acordos sobre políticas públicas e que se revestem de grande importância quando se discute a minoração da soberania dos estados abertos; b) acordos de “normalização” técnica que dizem respeito à uniformização

²³⁹ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Mulino, 2001. p. 238.

²⁴⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 270.

de padrões tomados, originalmente, a seu encargo pelos estados modernos. É exemplo clássico o sistema métrico decimal, que é produto da modernização estatal originada pela revolução francesa; c) acordos de produção existentes devido à constante inovação tecnológica, a qual se constitui numa ameaça para os diferentes conglomerados produtivos, que podem perder sua posição estratégica se adotam decisões errôneas. Assim considerada, a *lex mercatoria* sufoca a liberdade de mercado no sentido de estímulo à concorrência, o que vem demonstrado por suas normas de contingenciamento, planificação e obsolescência. Nesse contexto, a *lex mercatoria* substitui a concorrência por acordos sobre a produção e seu planejamento; d) acordos de repartição de mercados através dos quais cada um dos pactuantes podem perder uma parte menor de seu mercado potencial possível, mas obtém, em troca, segurança de recuperar-se com lucro do esforço produtivo. Exemplos típicos desses pactos podem ser vistos nos contratos de franquia e de factoring, dentre outros.

Sob esta perspectiva, os vetores do complexo normativo conhecido como *lex mercatoria* são estabelecidos justamente no contrato, na habitualidade e nas decisões arbitrais cujos laudos analisam os dois primeiros aspectos. No entanto, sua natureza, enquanto ordenamento jurídico, é objeto de polêmica, pois não são pacíficas as conclusões sobre como classificar um conjunto "di regole materiali di diversa provenienza formale, difficilmente coordinabili che, al più, danno origine ad un quadro giuridico incompleto e incoerente"²⁴¹, então, parece difícil sustentar a juridicidade e o pertencimento a um ordenamento jurídico. A doutrina que nega a existência de uma *lex mercatoria* jurídica enquanto sistema, ordenamento jurídico, se refere a ela apenas como uma junção de cláusulas, de regras práticas e de contratos-tipo de comércio internacional, como um código de conduta, de uso do comércio internacional, objeto de uniformização doutrinária, com o objetivo de suprir lacunas, com caráter parcial, evolutivo e dispositivo, no exato sentido de leis flutuantes.

Portanto, se a *lex mercatoria* não possui princípios gerais próprios, homogeneidade e coerência interna, sendo composta apenas de leis mercatórias

²⁴¹ BOSCHIERO, Nerina. La *lex mercatoria* nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 96.

que trazem sua força jurídica apenas da vontade das partes, ela não poderia aspirar a qualificação de sistema, ordenamento jurídico, configurando-se só como um conjunto de normas dispositivas e de decisão arbitral que desenvolvem diversas funções, em diferentes contextos: uma função normativa, que se liga unicamente à liberdade do árbitro e à especificidade da sua atividade, uma função contratual, que poderá ser incorporada no contrato das partes, e uma função interpretativa da vontade propriamente dita.

Realmente, a dificuldade de assimilar o direito advindo da *lex mercatoria* (como o resto do direito internacional²⁴²) ao direito da sociedade nacional pode ser definida a partir de uma fundamental diferença com o direito dos ordenamentos estatais: a estrutura hierárquica própria dos ordenamentos jurídicos internos se explica por dois modos de produção jurídica, dos quais um (por definição) é superior ao outro: um modo unilateral, próprio do poder público, o único legitimado a emanar regras gerais e impessoais para o trâmite de leis; e o segundo oferecido à esfera privada, que se explica essencialmente pela força da autoridade privada, que define as condições de utilização das leis. No entanto, a *lex mercatoria* não se encontra (assim como em todo o direito internacional) nesta centralização do poder normativo, nem na distinção hierárquica entre normas de caráter geral e normas postas ao sujeito de direito para fins particulares, pelo simples fato de que suas normas jurídicas não emanam de um legislador soberano, mas dos mesmos sujeitos que a compõem e, como o Direito Internacional, pelo trâmite de formação espontânea e voluntária²⁴³.

Discute-se a *lex mercatoria* como um ordenamento jurídico separado do ordenamento estatal, expressão da “societas mercantile”. Desse modo, os costumes comerciais internacionais vêm classificados como verdadeiros usos normativos, verdadeiras fontes de direito objetivo, mas de um direito objetivo não estatal e sim

²⁴² Aqui é importante ressaltar as três características fundamentais que assemelham a *lex mercatoria* ao direito internacional público: 1) exatamente como no último, as normas da *lex mercatoria* são privadas da característica da territorialidade, aplicando-se, como as normas de direito internacional público, a espaços jurídicos e não aos espaços geograficamente determinados; 2) como no direito internacional, a *lex mercatoria* se caracteriza por uma forte descentralização das funções de caráter geral necessárias à manutenção da ordem social: a ausência na *lex mercatoria* de uma estrutura político-institucional própria, de uma autoridade central que garanta (como acontece na sociedade nacional) uma integração vertical, comporta necessariamente uma dispersão de poder entre sujeitos de mesmo grau (BOSCHIERO, Nerina. La *lex mercatoria* nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 98-99).

²⁴³ *Ibidem*, p. 99-100.

supra-nacional: “um direito objetivo da *societas mercatorum*”. E conclui afirmando que a fórmula jurídica que hoje circula o mundo (aquela da nova *lex mercatoria*) “tem em si os retalhos das antigas e modernas aspirações cosmopolíticas da humanidade, mas as exprime sem a fase da fraternidade universal”. Desenha, assim, a “imagem de um futuro possível, mesmo que nem todos estejam dispostos a considerá-lo um futuro desejável”²⁴⁴.

Nessa mesma linha, Santi Romano afirmava que existe sim um ordenamento jurídico mercantil, uma vez que esse autor não separa o conceito de Direito do conceito de sociedade²⁴⁵, concebendo o ordenamento jurídico como um instrumento de auto-organização e auto-institucionalização do corpo social que cria, assim, a própria unidade da identidade coletiva dando expressão formal ao próprio ordenamento social²⁴⁶. Ocorre que, para esse autor, as normas representam só o meio, o objeto da atividade do ordenamento jurídico e, como tal, não podem sozinhas explicar a unidade e a identidade própria de um ordenamento jurídico. Tal fato se dá porque o Direito, antes de ser uma norma, antes de dizer respeito a uma simples relação ou uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição dessa mesma sociedade.

Conseqüentemente, a *lex mercatoria* faz parte desse ordenamento jurídico mercantil defendido por Santi Romano, pois não se pode negar coerência interna e externa àquele corpo jurídico de normas. Nascido da globalização dos mercados e fruto da aspiração comum dos operadores jurídicos no afã de superar os inconvenientes derivados da justaposição de ordenamentos jurídicos nacionais, tem em vista o alcance dos objetivos econômicos comuns. Porém, resta, então, a dúvida:

²⁴⁴ O autor faz essa consideração explicando que o futuro que se anuncia apresenta uma desarticulação: de um lado, uma sociedade sem Estado: la *societas mercatorum*, o *business community*, direcionada a uma nova *lex mercatoria*, que consolida as suas dimensões planetárias, centrando em si as funções de normatização e, com a câmara arbitral internacional, as funções de justiça; de outro, uma infinidade crescente de sociedades nacionais, organizadas pelo Estado, portadoras daqueles interesses internos que não encontram representação na *societas mercatoria*, mas progressivamente exaure as funções normativas e de jurisdição, além dos controles de fluxos de riqueza (GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Mulino, 2001. p. 239-240).

²⁴⁵ Importa ressaltar que esse autor se posiciona de forma abertamente contrária às teorias kelsenianas, dentre elas a teoria pura do direito, mostrando aversão à separação radical entre o fenômeno social e o jurídico e afirmando que essas teorias atualmente não se encontram adaptadas ao fenômeno jurídico contemporâneo.

²⁴⁶ “in due sensi reciproci che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo, come tale non è diritto (ubi ius ibi societas) e inoltre non c’è società, nel senso vero della parola, senza che si manifesti il fenomeno giuridico (ubi societas ibi ius)” (ROMANO, Santi. *L’ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: [s. ed.], 1945. p. 21).

ela não seria, desse modo, uma ordem jurídica própria de uma determinada classe de empreendedores internacionais que a utiliza apenas para satisfação de seus interesses e para seu proveito?

Responder a essa pergunta é um grande desafio. Na verdade, boa parte das argumentações contrárias à consideração da *lex mercatoria* como um sistema jurídico vêm embasadas justamente no fato de que ela se limita a servir aos interesses econômicos e políticos de grandes corporações privadas. Sobre esse aspecto, é importante considerar que todo o raciocínio relativo a este problema se funda no princípio da autonomia privada e da sua função (a nível tanto internacional - privatístico quanto de regulamentação substancial do comércio internacional). Por isso (e aqui novamente se valendo das palavras de Santi Romano) que não se pode conceber o Direito apartado da realidade social, política e econômica, é fácil constatar que o princípio da autonomia que está na base do instrumento contratual, as relações econômicas internacionais bem como os seus valores e os seus limites dependem sempre dos pressupostos filosóficos, políticos e econômicos. Em outras palavras: da ideologia em matéria de gestão macroeconômica, dominante nas diversas fases históricas²⁴⁷.

De fato, a partir do processo de globalização, pode-se observar a hipervalorização do mercado, o que centrou a ação política de todos os países (industrializados ou não) num mesmo objetivo: estabilidade de preços, equilíbrio da balança, competitividade, privatização, desregulação. Diante de tal realidade, impossível obter, em nível legislativo, a criação ou recriação de condições de fomento à iniciativa econômica das partes de modo a realizar o mais amplamente possível a conquista de vantagens concorrenciais eliminando a interferência suscetível de frear o desenvolvimento. Em resumo: os estados se dispõem a adotar normas favoráveis à arbitragem transnacional e muito liberais em termos de reconhecimento da validade de leis supra-estatais com o intuito de se manter competindo. Portanto, pode-se observar que a globalização e suas conseqüências são fatores determinantes para a necessária reconsideração do sistema jurídico

²⁴⁷ BOSCHIERO, Nerina. La *lex mercatoria* nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 130.

clássico pensado para regular uma sociedade internacional dividida em Estados-nação.

Nesse novo contexto econômico, a norma jurídica não é mais concebida como um instrumento de governo, pertencente ao poder público, mas como um instrumento de mediação dos interesses individuais dos atores da economia mundial. Uma das conseqüências é a acentuada desregulação do mercado e a liberação de espaços cada vez maiores aos operadores privados do comércio internacional, que, por sua vez, reivindicam (e a quem se reconhece) o poder de regulamentar, diretamente, os próprios comportamentos com normas coerentes com as necessidades do mercado²⁴⁸.

Mediante a prática dos operadores privados que se utilizam da *lex mercatoria* para regular seus comportamentos, ela se transformou em fonte de Direito – talvez a única capaz, nesse momento, de produzir Direito transnacional – não só porque é costume, é uso, é prática constante do mercado global, mas também porque as câmaras arbitrais internacionais a aplicam com a convicção de que assim deve ser feito, como um sistema de verdadeiras regras jurídicas, próprias da *business community*, ou porque as mesmas leis e os mesmos juízes dos Estados lhe reconhecem nesta possibilidade de regulação²⁴⁹.

Desse modo, o ponto nevrálgico de toda a discussão que envolve a *lex mercatoria* reside na necessidade de superar a idéia de que o sistema jurídico estatal é o único meio de tratamento de conflitos, sendo apenas uma espécie dentro do gênero Direito. Nesse caso, deve-se compreender a *lex mercatoria* como um conjunto de regras extra-estaduais que pode orientar o trabalho do magistrado, mas, especialmente, como possibilidade de aplicação direta, sem lançar mão do método clássico, proposto pelo Estado, para o tratamento de conflitos²⁵⁰. Na verdade, todo o

²⁴⁸ BOSCHIERO, Nerina. La *lex mercatoria* nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 132-133.

²⁴⁹ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria* e legittimazione. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 199.

²⁵⁰ Não se pode perder de vista que esta afirmação deve levar em consideração a maneira através da qual cada Estado estabelece suas relações com o ordenamento jurídico de outros Estados e, principalmente, com o ordenamento jurídico de fontes diversas, que não aquelas tradicionais, legisladas. Por conseguinte, os limites de utilização da *lex mercatoria* estariam estabelecidos (assim como nos confrontos de direito estrangeiro) em duas bases: aquela na qual o Estado acorda eficácia

debate deve ser conduzido segundo a abordagem de função social da norma, levando em consideração uma realidade muito diferenciada daquela prevista e legislada, na qual, muitas vezes, os estados não são os protagonistas. Assim vista, a *lex mercatoria* exemplifica a pluralidade de fontes de direito que perpassa a instituição estatal atualmente, dando origem ao pluralismo jurídico. Esse é o tema de discussão adiante.

2.5 O pluralismo jurídico²⁵¹ e a multiplicação dos *loci* de poder: a ruptura com os mitos sagrados do Direito instituído

Discorrer sobre o pluralismo requer, necessariamente, a elucidação do caminho exato que se pretende percorrer: primeiramente, a abordagem estará centrada na idéia de pluralismo de fontes do Direito, nascido justamente da retração do Estado e de sua imobilidade face às grandes mudanças produzidas pela modernidade. Desse modo, não será objeto de análise o pluralismo de ordenamentos jurídicos²⁵² dentro de um mesmo Estado, bem como não se analisará os meios através dos quais os conflitos entre esses ordenamentos são solucionados²⁵³. Nesse mesmo sentido, o pluralismo político/partidário não será

imediate e direta ao ordenamento estrangeiro, considerado em si e por si como sistema de direito objetivo ou limitando-se a reconhecer o valor dos atos deste ordenamento emanados (sentença estrangeira, laudo arbitral transnacional) (BOSCHIERO, Nerina. *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves. Università Degli Studi di Milano*. Milano, XXXII/2005/2-3 p. 153).

²⁵¹ O pluralismo jurídico será analisado enquanto possibilidade de regulação autônoma de cada grupo social, enquanto direito social produzido pela sociedade, muitas vezes alheio ao Estado. Neste sentido, é importante a leitura de GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le xviiie siècle jusqu'à la fin du xxiie siècle*. Paris: Librairie Du Recueil Rirey, 1932; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *A idéia de direito social*. O pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

²⁵² Nesse sentido, é importante a leitura de MODUGNO, Franco. *Pluralità degli ordinamenti*. In: *Enciclopedia del diritto*. XXXIV Pluralità-premeditazione. Varese: Giuffrè, 1985. 1-59.

²⁵³ É por isso que não será objeto de aprofundamento o pluralismo jurídico como teoria dualista na qual se observam dois tipos de ordenamento: o estatal e o internacional (anteriormente mencionados, ainda que de forma breve, quando discutida a *lex mercatoria*), e sim o pluralismo enquanto pluralidade de fontes extra-estatais de direito. Além disso, o eixo norteador do presente item é o pluralismo contemporâneo, suas causas, suas limitações, críticas e objeções. Conseqüentemente, não se analisará as vertentes da comunidade pluralista produzidas por Aristóteles, Edmund Burke,

abordado, não obstante ser assunto importante, porém a margem do tema principal da presente tese²⁵⁴.

O pluralismo jurídico, enquanto pluralismo de fontes, se manifesta como uma de suas conseqüências do fato de que o Estado já não aparece como ator principal na elaboração e aplicação legislativa, surgindo, paralelas a ele, novas forças que apontam para o nascimento do direito supra-estatal. Na verdade, trata-se de uma reflexão do aparecimento de forças supra-estatais advindas da autodeterminação de organizações sociais e de sua intensa participação nas decisões dos órgãos públicos. Assim, a crise de racionalidade formal e as novas condições globais das forças produtivas capitalistas, que permeiam a complexa cultura burguesa de massas, estende-se ao saber sacralizado e hegemônico das estruturas lógico-formais que mantêm os envelhecidos padrões de legalidade estatal. Daí a perspectiva de um “novo” pluralismo compreendido como marco de ruptura e denúncia dos mitos sacralizados do instituído e como expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa histórico-social²⁵⁵.

Na linguagem política, pluralismo é o termo utilizado para definir uma concepção que propõe como modelo social uma composição de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a tarefa de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado. Nesse sentido que o pluralismo é visto como uma forma de oposição à tendência de concentração e unificação de poder, própria da formação estatal moderna²⁵⁶. Essa definição política de pluralismo dá

Visconde Louis de Bonald, Georg Wilhelm Friederich Hegel, Aléxis de Tocqueville, Felicite Robert de Lamennais, Émile Durkheim e Max Weber, dentre tantos outros. Ver NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: UnB, 1999. p. 379 et seq.

²⁵⁴ Importa ressaltar que, pelos motivos anteriormente elencados, também não será objeto de análise a distinção entre as várias formas de pluralismo feita por Bobbio, dentre as quais pode-se citar: o pluralismo socialista, o pluralismo democrático e o pluralismo cristão-social. Conforme BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999; BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 2, p. 928 et seq.

²⁵⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 170.

²⁵⁶ “Como proposta de remédio contra o poder exorbitante do Estado, o Pluralismo se distingue da teoria da separação dos poderes, que propõe a divisão do poder estatal, não em sentido horizontal mas em sentido vertical” (BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e

vazão a descrições ambíguas, ou, conforme Norberto Bobbio, emotivamente polivalentes, uma vez que “pluralismo evoca positivamente um estado de coisas no qual não existe um poder monolítico e no qual, pelo contrário, havendo muitos centros de poder, bem distribuídos territorial e funcionalmente, o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito, o que é a quintessência da democracia”. Porém, negativamente, o pluralismo dá a imagem “de um estado de coisas caracterizado de um lado pela falta de um verdadeiro centro de poder e, de outro, pela existência de inúmeros centros de poder continuamente em luta entre si e o poder central, ou seja, pela prevalência dos interesses particulares, setoriais e grupais sobre o interesse geral, das tendências centrífugas sobre as centrípetas, pela fragmentação do corpo social em vez de sua benéfica desarticulação”²⁵⁷.

A existência do pluralismo jurídico, chamado de pré-moderno, remonta a aurora da sociedade civilizada quando já se percebiam sinais da influência de vários atores na elaboração e aplicação da lei, especialmente na Europa, onde em torno do ano 1000 verifica-se uma grande proliferação de povos, línguas, crenças, costumes e, conseqüentemente, regras de Direito²⁵⁸. Esse pluralismo manteve-se não obstante todas as tentativas de domínio empreendidas na época, constituindo-se de forma cultural e jurídica. O mesmo exemplo pôde ser verificado na Espanha, especialmente no tocante às crenças religiosas²⁵⁹.

Porém, o aprimoramento das técnicas de comércio e a dinâmica das trocas empreendidas deram origem a rotas marítimas e terrestres. Com o aparecimento de constantes guerras e batalhas, a transformação dos costumes e, principalmente, dos atores envolvidos nas trocas acontecia com freqüência, sendo que não eram raras as vezes nas quais os invasores impunham aos povos rendidos os seus usos e costumes como meio de dominação e poder.

tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 2. p. 928.

²⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 22-23.

²⁵⁸ Nesse sentido, é importante a leitura de NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: UnB, 1999. p. 379-381.

²⁵⁹ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Ocorre que, com o fim dos conflitos e a volta da segurança (ainda que passageira), com o crescimento urbano e o incremento do comércio, aumentaram as exigências de uma regulamentação própria que veio, então, juntar-se aos sistemas jurídicos já existentes e nascidos na esteira da pluralidade de culturas que de alguma forma os tinha influenciado. No entanto, com a ascensão da Igreja e do clero, com a imposição de sua lei canônica e, posteriormente, com a transferência desse poder aos “príncipes temporais”, o pluralismo anterior estava fadado a desaparecer. E assim aconteceu, a unificação do Direito eclode no fim da Idade Média²⁶⁰ com a imposição de uma cultura “nacional”, sem fronteiras, cada um esforçando-se para “dominar os outros” e impor sua autoridade: isso também faz parte da marcha rumo ao universalismo, cheia de tentativas mais ou menos sucedidas de imperialismo²⁶¹.

O universalismo aqui citado desenvolveu-se contra o pluralismo anterior que existia antes da instalação de um pensamento jurídico e político modernos, conseqüentemente, mais uma vez em sentido oposto, o “pluralismo que os sociólogos tendem a identificar na época contemporânea apresenta inúmeras ‘semelhanças’ com o pluralismo pré-moderno”, porém, em tempos de globalização, deixa-se de trabalhar com o universalismo para lidar com o global, que não pode existir sem o local. Essas semelhanças entre o novo pluralismo e o pluralismo pré-moderno apresentam-se com a existência simultânea de um multiculturalismo, de um grande número de lugares de produção do Direito e uma remodelagem das soberanias. Esse multiculturalismo²⁶² é ladeado pelo policentrismo, através do qual observa-se uma crescente superposição de ordens jurídicas não nacionais aos

²⁶⁰ O pluralismo da Idade Média foi um pluralismo de funções, autoridade e submissões. Havia grande número de cada uma destas e, apesar do conflito quase incessante – a acreditar nos números dos historiadores –, não há contradição entre os eventos do pluralismo e o conflito. A necessidade, e mesmo o valor do conflito – em grau moderado, pelo menos –, é reconhecida por todos os expoentes do pluralismo (NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: UnB, 1982. p. 391).

²⁶¹ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67.

²⁶² Diante da complexidade que domina as relações contemporâneas e da fragmentação dos espaços e das identidades culturais, o multiculturalismo surge como possibilidade de reação à mundialização e ao processo de individualização desmesurada dos sujeitos. A incapacidade de enxergar o outro em suas especificidades e simbologias impossibilita o diálogo intercultural necessário para uma convivência pacífica entre os povos. Desse modo, o multiculturalismo aparece como um *fenômeno*, concebido de diversas maneiras, dependendo do contexto em que esteja inserido, para tratar das relações oriundas da diversidade cultural, questão esta que é complexa, porém alvo de graves confusões teóricas (MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Duarte. Multiculturalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 588-589).

direitos estatais. Essas ordens jurídicas não estatais tornam-se conseqüência da cultura global e de seus respingos que resultam em uma multiplicidade de fontes de Direito que podem ser escritas²⁶³ ou não escritas²⁶⁴.

Assim como no cenário internacional, o Brasil viveu um pluralismo primeiramente cultural que depois desenvolveu-se, podendo ser vislumbrado também no âmbito jurídico, desde sua colonização até os dias atuais. O Direito português teve supremacia na base do Direito pátrio. Porém não se pode perder de vista a contribuição de outros povos (como os indígenas), que se mostrou relevante para a construção de nossa cultura, e que não refletiu a mesma importância quanto à origem do Direito brasileiro, em função de que os nativos não conseguiram impor suas leis, participando mais “na humilde condição de objeto de direito real”, ou seja, objetos de proteção jurídica. O mesmo aconteceu com relação ao negro, “para aqui trazido na condição de escravo, sua presença é mais visível e assinalável no contexto cultural brasileiro, a própria condição servil e a desintegração cultural a que lhe impelia a imigração forçada a que se viam sujeitos, não lhes permitiu também que pudessem competir com o luso na elaboração do direito brasileiro”²⁶⁵.

Por conseguinte, observou-se que, durante os dois primeiros séculos de colonização, o modelo jurídico implementado era baseado no direito alienígena, muitas vezes contrário aos usos e costumes da população aqui já instalada, demonstrando comprometimento apenas com uma parcela eletizada, que era aquela que também detinha a riqueza e o poder.

²⁶³ “...os direitos nacionais, o direito internacional, o direito do Conselho da Europa (recomendações do Comitê dos ministros aos governos dos Estado-membros, convenções ou tratados europeus que têm força executiva para os Estados que os ratificam, jurisprudência da Corte europeia de direitos humanos, principalmente), direito comunitário (ordem jurídica comunitária baseada nos tratados constitutivos das Comunidades, atos unilaterais da autoridade comunitária, diretivas, regulamentos, decisões gerais e individuais, recomendações, opiniões, resoluções do Parlamento europeu, atos convencionais concluídos na ordem comunitária pelos Estados-membros no seio da comunidade, ou pela Comunidade com um terceiro país, jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias)” (ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 69).

²⁶⁴ “Princípios gerais do Direito integrados ao direito comunitário (princípios gerais do direito internacional, padrões universais do direito comum, princípios extraídos dos direitos internos dos países-membros), e o costume.” (Ibidem, p. 69).

²⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro*. Teoria do Direito e Estado. (Org. Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 09-10.

Nesse contexto, percebe-se que, desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas plurais de um Direito nativo e informal, a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano. Primeiramente, ainda na época da colonização, o Direito oficial (aqui considerado como aquele que emanava do Estado através de leis positivadas) era quase nenhum, utilizando-se ainda dos costumes locais. Então, à medida que era reconhecida a religião católica como religião oficial do Estado, admitia-se a existência de um certo tipo de pluralismo jurídico e consagrava-se a supremacia do direito paralelo da Igreja (o Direito canônico) sobre o direito oficial do Estado (o Direito do império). Conseqüentemente, “em nenhum outro momento da história da cultura jurídica nacional viveu-se tão nítida, espontânea e sensivelmente a prática do pluralismo ideológico e da pluralidade de direitos”. Mesmo assim, não se pode esquecer que “tratava-se de um pluralismo jurídico ideologicamente conservador e elitista que reproduzia tão-somente a convivência das forças dominantes, ou seja, entre o direito do Estado e o direito da igreja”²⁶⁶.

Observa-se que o pluralismo jurídico²⁶⁷, reconhecido no Brasil desde a colonização como fruto das várias culturas aqui existentes e de seus costumes, cede à intervenção estatal como ator único, capaz de elaboração legislativa da qual emanam todos os ordenamentos, numa tentativa de vincular o Direito à criação estatal. Conclui-se, então, que o pluralismo jurídico brasileiro trilhou o mesmo caminho verificado na Europa e anteriormente relatado. Partindo da cultura de cada povo, os usos e costumes se espalharam em cada guerra e a cada nova invasão, criando um pluralismo de fontes do Direito que posteriormente cedeu diante da imposição e da universalidade da “lei do mais forte”, devidamente codificada, imposta ao cidadão. Desse modo, deixou de ser relevante aos olhos do Estado toda a fonte não oficial de Direito existente até então, independentemente do fato de que esta última poderia, em determinadas circunstâncias, ter mais eficácia do que a primeira.

²⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro*. Teoria do Direito e Estado. (Org. Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 13.

²⁶⁷ Pluralismo jurídico pode ser designado como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 219).

Paradoxalmente, na atualidade, o “principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito”. Tal visão advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais. Assim, “minimiza-se ou exclui-se a legislação formal do Estado e prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto gerada por instâncias, corpos, movimentos organizados semi-autônomos que compõem a vida social”²⁶⁸.

Surge, então, a idéia de “direito social” que Georges Gurvitch propõe ao extrapolar a vinculação ao processo legislativo oficial, alcançando à sociedade a regulação e o controle das decisões em face da relação entre o Direito e a vida social²⁶⁹. Portanto, o Direito se ampara no reconhecimento coletivo, tornando-se necessário reconhecer que o centro de desenvolvimento do Direito na época atual ou em qualquer outra “não deve ser procurado nem na lei, nem na jurisprudência ou na doutrina, nem no modo mais geral, num sistema de regras, mas sim na própria sociedade”. Nestes termos, a sociedade legitima o Direito possibilitando a sua normatividade (que pode, então, ser alheia ao Poder Legislativo), viabilizando a manifestação e a interpenetração de “uma pluralidade de ordenações autônomas de agrupamentos particulares, excluído o Estado”²⁷⁰.

Nessa mesma linha, o Direito é concebido, conforme Eugen Ehrlich, como “produto espontâneo da sociedade”, partindo do fato de que a última é formada por organizações bem diversificadas ou associações humanas inter-relacionadas que compreendem associações, grupos, comunidades religiosas, classes, partidos políticos e famílias, dentre outros que interagem entre si e mesmo assim conservam a autonomia parcial ou total diante do Estado. Isso se dá porque cada associação humana elabora sua própria ordem jurídica, sem compromisso com outras formas de organização, podendo a influência ser recíproca, acontecer ou não. Isto posto, o

²⁶⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 183.

²⁶⁹ Importante referir que o direito social referendado por Gurvitch é produto da articulação de organizações complexas, muito semelhantes ao processo discursivo de Habermas, de modo que este direito social poderia, conforme a concepção habermasiana, ser percebido como uma ordem normativa calcada na interação comunicativa de seus atores (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *A idéia de direito social: o pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 76).

²⁷⁰ GURVITCH, Georges. *Tratado de Sociologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968. p. 256.

verdadeiro Direito é aquele que pode ser denominado “direito vivo”, que não se prende a doutrinas ou prescrição estatal, acontecendo a partir da “vida concreta das pessoas” e de suas relações entre si e com as mais variadas instituições. A eficácia desse Direito repousa em sanções que, diversamente das estatais, se fundam na pressão coletiva e na própria força que emana das associações coletivas (ameaça de expulsão do grupo, da família, da igreja, do partido, risco de perder o crédito, etc) e não em uma pena²⁷¹. Em resumo, perpassa com nitidez, nas considerações de Ehrlich, que a função primordial do Direito não é a resolução dos conflitos, mas a instituição de uma ordem pacífica interna nas relações sociais de qualquer associação humana. Conseqüentemente, o centro gerador do Direito não se encontra na legislação, na doutrina, na jurisprudência e nem no sistema de regras, e sim na própria sociedade²⁷².

O pluralismo, que tantas contradições já suscitou desde o surgimento da sociedade civilizada e que ainda hoje causa discussões acirradas, sofreu grande impacto com a globalização e seus reflexos em termos econômicos, culturais e principalmente no que diz respeito à soberania dos Estados. Por isso, o termo pluralismo jurídico pode ser resumido dizendo que pluralismo significa a translação das organizações e dos direitos prejudicados para os indivíduos pelas democracias liberais, definindo o Estado pluralista como aquele cuja política e formação de vontade estão influenciadas, quando não dirigidas, pela luta e pelo compromisso entre poderes econômicos e sociais estabelecidos à margem do âmbito estatal²⁷³.

Esse é o ponto de diferenciação entre a nova idéia de ordenamento advindo do Direito social (conforme a teoria gurvitchiana) e o Direito estatal positivado: trata-se da noção de pessoa coletiva complexa que permite ao primeiro a legitimidade democrática sem ofuscar os grupos e indivíduos que se comportam como atores da

²⁷¹ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986. p. 27 et seq. e p. 286. Conforme Ehrlich, os complexos normativos podem ser classificados em três categorias: a) o direito vivo, organizado por grupos associativos, emergente da complexidade social; b) o direito dos juízes, composto por normas utilizadas nos tribunais para decidir casos concretos de litígios e de conflitos, e que se encontra intimamente entrelaçado ao direito estatal, uma vez que é o caminho utilizado para dar cumprimento às suas normas; c) o direito estatal, que depende de um aparelho coativo (Poder Judiciário), emanando ordens de cunho decisório (normas estatais indiretas) e de cunho interventivo (normas estatais diretas) (Ibidem, p. 97-98 e p. 282).

²⁷² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 194-195.

²⁷³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 204.

ação comunicativa habermasiana, permeada pela construção do consenso na sociedade²⁷⁴. Tal idéia torna-se inovadora uma vez que permite a constatação da legitimidade democrática²⁷⁵ não como uma imposição da maioria, mas como resultado de um reconhecimento social, decorrente do processo de articulação comunicativa dos integrantes da sociedade²⁷⁶. Além disso, a concepção de direito social como resultado de um processo autônomo de autoregulação por parte dos agentes sociais, traduzidos por um sujeito complexo, supera o formalismo do positivismo pela construção de regras efetivamente legitimadas, produto da evolução e da articulação das organizações sociais.

A influência de organizações sociais pode ser perfeitamente compreendida a partir da inserção e da utilização de determinados serviços por parte do cidadão comum, que somente obtê-los-á através de sua mediação. Essa dependência existente entre o cidadão e tais organizações muitas vezes é maior que a existente quanto ao próprio Estado. Em suma, dispõe de uma capacidade de cooperação e/ou de conflito que pode inibir ou determinar as *polícias* do Estado²⁷⁷. Como organizações sociais ocidentais que podem influenciar a formulação e a operacionalização de decisões estatais, pode-se apontar, dentre outros, os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores, as grandes empresas e as organizações empresariais.

No entanto, o conceito ampliado de pluralismo jurídico aponta quatro conseqüências da mudança econômica atual como suas novas fontes: a) a primeira, que decorre do caráter paradoxal das inovações científico-tecnológicas, afinal, quanto maior é a velocidade de sua expansão, maior é a possibilidade de resultados não previstos e nem pretendidos e maiores são as dúvidas e incertezas, especialmente em matéria de segurança econômica e bem-estar social; b) a segunda, que é resultado da crescente redução da margem de autonomia das

²⁷⁴ A teoria da ação comunicativa de Habermas e o consenso serão objetos de análise no último capítulo.

²⁷⁵ Nestes termos, "a democracia seria a própria garantia da vigência e eficácia do direito social" (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *A idéia de direito social: o pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 76).

²⁷⁶ Assim, o tipo de grupo ao qual está atrelado o direito social é que permitirá a expressão de uma verdadeira ordem social sob a forma organizada. Então, é somente através de associações de colaboração e/ou de cooperação não-hierárquicas que se alcançará uma identificação entre aquele direito social formulado pelas camadas inorganizadas e sua consubstanciação sob a forma organizada (Ibidem, p. 48).

²⁷⁷ BOLZAN DE MORAIS, op. cit., p. 205.

políticas macroeconômicas nacionais e o subsequente esvaziamento das políticas monetárias independentes, por causa da crescente dolarização da economia mundo; c) a terceira é o aumento, em progressão geométrica, do alcance e da velocidade do processo de diferenciação socioeconômica, levando à formação de esferas e níveis de ação diversificados, especializados e independentes; d) a quarta, surgida na dinâmica da reorganização industrial, da reordenação dos espaços econômicos e dos novos padrões técnicos, gerenciais e organizacionais do capitalismo globalizado, é a fragmentação da produção²⁷⁸.

Essas alterações, impostas pela mudança da economia no mundo, trazem conseqüências para o Direito estatal e suas fontes, fazendo com que se reproduzam os órgãos de tomada e aplicação de decisões, ultrapassando a esfera estatal e promovendo o renascimento do pluralismo jurídico, pois o surgimento de regras de direito próprias a esses diversos acordos regionais aumenta a complexidade dos sistemas jurídicos dos Estados participantes. Ao lado das normas de direito propriamente ditas, aquelas que se impõem em virtude de pactos e de textos, existe toda uma normatividade que emana das concepções e das vivências dos sujeitos e dos grupos que pertencem a essas comunidades, e que transformam a paisagem da soberania nacional tradicional²⁷⁹.

Portanto, observa-se que a superioridade tradicional do Direito legislado recebe hoje a influência do Direito criado por fontes extra-estatais que além de “legislarem”, influenciam a aplicação e a interpretação da legislação existente. Conseqüentemente, “la fonte legislativa, nonostante la proliferazione quantitativa, va incontro ad un sicuro declino qualitativo: sempre più infatti, deve rinunciare al suo originario fondamento decisionistico, di tipo monopolistico, e accettare la contaminazione con nuove forme giuridiche ‘attenuanti’”²⁸⁰. A falta de instituições legislativas fortes, capazes de criar um Direito durável e coeso, são as principais responsáveis pelo atual pluralismo de fontes cuja legitimação não vem assegurada pelo consenso de uma coletividade.

²⁷⁸ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002.

²⁷⁹ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário de direito e globalização. A soberania*. Programa interdisciplinar Direito e Globalização – UERJ. Coordenação de Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27.

²⁸⁰ ZANGHÍ, C. *Diritto delle organizzazioni internazionali*. Torino: [s. ed.], 2001. p. 55.

Na mesma esteira, o pluralismo jurídico contemporâneo passa a ser encarado na perspectiva da sobreposição, articulação, intersecção e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados. A própria sociologia jurídica mostra que a história da sociedade é permeada constantemente por situações fáticas que, não estando reguladas, reclamam solução jurídica. Nesses casos, muitas vezes são os tribunais que se vêm instados a dizer o Direito, reconhecendo a existência de instituições e relações jurídicas ou de novos direitos²⁸¹.

Paralelamente, o Direito estatal é substituído por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele²⁸². Servem de exemplos o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos, a importância do papel desempenhado pelas corporações, os códigos de conduta privados, o desenvolvimento de um Direito negociado e a jurisdição crescente da normalização técnica²⁸³. É nesse contexto que a grande tendência tem sido tratar as cadeias normativas da “economia-mundo”, as formas legais transnacionais e a intersecção das regras autoproduzidas pelas corporações financeiras e empresariais com o Direito positivo dos Estados-nação a partir do ângulo do pluralismo jurídico. Porém, o Direito Internacional e o pluralismo jurídico sempre foram tratados de modo não prioritário (quando não ignorados ou desprezados por sua natureza “metajurídica”). O primeiro, como decorrência de seu baixo grau de coercibilidade, da indiferenciação hierárquica de suas normas e da polêmica em torno da viabilidade ou possibilidade de um poder formal soberano em nível supranacional. O segundo, em função do seu potencial corrosivo ou por sua disfuncionalidade no

²⁸¹ Exemplos clássicos que podem ser apontados aqui: aqueles que dizem respeito ao “concubinato, situación que ha sido objeto de grandes avatares en la historia jurídica... Los partidos surgieron en el campo fáctico y sólo mucho más tarde tuvieron reconocimiento en el Derecho constitucional... Los sindicatos fueron primero ilegales, más tarde legales y después, acogidos en algunos casos por el Derecho constitucional” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 209).

²⁸² L'esistenza di una progressiva crisi dell'ordinamento giuridico statale e, collateralmente e conseguentemente, l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici che, postisi tra l'individuo e lo Stato, hanno strappato e stanno strappando allo Stato stesso molti aspetti della sua sovranità, divenendo – *de facto* – nuovi centri di potere (GERIN, Guido. *La crisi dello Stato Democratico*. Padova: CEDAM, 1974. p. 60).

²⁸³ Poderíamos acrescentar aqui toda a matéria referente à deslocalização, à desconcentração, à descentralização: instâncias locais substituindo o poder central em sua autoridade soberana de dizer o direito. Isto ocorre ainda no âmbito da hierarquia das normas que caracteriza nosso sistema jurídico... Convém acrescentar a esses exemplos o surgimento das formas de negociação, de mediação, de conciliação introduzidas em doses cada vez maiores nos procedimentos judiciais na maioria dos Estados. (ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário de direito e globalização. A soberania*. Programa interdisciplinar Direito e Globalização – UERJ. Coordenação de Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 28-29).

âmbito da dogmática, na medida em que revela a heterogeneidade do Direito estatal e a existência de várias ordens jurídicas num mesmo espaço geopolítico, relacionando-se em complementariedade, confrontação ou desarticulação²⁸⁴.

É possível dizer que o Direito Internacional tem importante papel na constituição e compreensão do perfil das instituições jurídicas da economia globalizada. Mas ele não o esgota, pois abrange apenas uma parcela dessas instituições, uma vez que se concentra geralmente em torno do Direito *oficial* (códigos, leis, regulamentos, convenções, acordos e tratados internacionais), e não sobre os demais direitos constituídos paralelamente a ele.

Na era econômica do pós-guerra, o ordenamento jurídico do Estado intervencionista, com seus instrumentos regulatórios, consistia no “direito central”. Tudo isso porque dispunha de condições efetivas para influenciar e condicionar o “direito da produção” e o produzido no espaço do *mercado*, graças à dependência das empresas, às barreiras tarifárias, ao protecionismo comercial e aos incentivos, subsídios e créditos oferecidos pelos programas de crescimento e desenvolvimento industrial, e à ampliação das leis de defesa do consumidor. Mas, atualmente, na tão aclamada era da economia globalizada, “é o ‘direito da produção’ que parece exercer essa centralidade, fixando os parâmetros e os limites estruturais das transformações do Direito positivo (especialmente no âmbito do Direito econômico, trabalhista e fiscal)”²⁸⁵.

Portanto, há uma série de questões que exigem o olhar dos Estados e que muitas vezes não encontram previsão legal, dentre elas os problemas ligados ao clima, ao ambiente, à segurança ou à economia, que não podem ser tratados de forma isolada como se fossem de responsabilidade deste ou daquele Estado-nação, pois possuem ligação indubitável com o equilíbrio mundial. Assim, a segurança global encontra-se transformada. Antes centrada tradicionalmente na segurança dos Estados, ela se orienta rumo à segurança de todas as pessoas e do conjunto dos habitantes do planeta. As dificuldades se instalam no concernente ao estabelecimento de fronteiras entre a “segurança no sentido militar, e a segurança

²⁸⁴ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário de direito e globalização. A soberania*. Programa interdisciplinar Direito e Globalização – UERJ Coordenação de Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 150.

²⁸⁵ Ibidem, p. 164.

vinculada às considerações econômicas ou humanitárias. A estratégia sugerida é uma estratégia preventiva ‘compreensiva’, ... Ela está centrada em causas ao mesmo tempo políticas, sociais, econômicas e ambientais”. Porém, não se pode esquecer que “é verdade que muitas crises têm por origem a pobreza e o subdesenvolvimento. Diante de tais fatos, a globalização do tema da segurança, descolando-se progressivamente da soberania dos Estados-nações, traz mudanças do próprio sentido do conceito, a ponto de criar um novo conceito, o da “segurança humana”, que visa atacar as ameaças crônicas à dignidade: a fome, as doenças, a repressão. Conseqüentemente, “os Estados são levados, em nome da segurança global, a participar da antecipação e da prevenção das crises, mesmo que, no plano individual, não tenham a menor vontade de se imiscuir com o que se passa do lado de fora de suas fronteiras”²⁸⁶.

Como conseqüência dos fatores analisados anteriormente, o Direito positivo do Estado-nação não dispõe mais de condições para se organizar quase exclusivamente sob a forma de atos *unilaterais*, transmitindo de modo “imperativo” as diretrizes e os comandos do legislador²⁸⁷. Diante dessa dificuldade, as fontes jurídicas extra-estatais ganham força como possíveis produtoras de Direito. Essas fontes se disseminam em todos os segmentos, do social ao econômico, representando uma pluralidade.

Justamente por seu caráter radical, que exclui parcial ou totalmente a presença do Estado, o pluralismo sofre duras críticas, as quais apontam também para a sua fragmentação incontida que induz à desagregação anárquica, à sua redução ao poder de decisão de elites econômicas, à ameaça do autoritarismo de grupos sobre indivíduos ou ao monopólio de alguns corpos intermediários²⁸⁸ sobre os interesses

²⁸⁶ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário de direito e globalização. A soberania*. Programa interdisciplinar Direito e Globalização – UERJ. Coordenação de Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32-33.

²⁸⁷ Conseqüentemente, “si realizza un affastellamento di fonti e di culture che, per essere tenute insieme, determinano incursioni critiche nel cuore del positivismo giuridico, a favore di un diritto mutevole e creativo, sempre più apertamente ispirato alle necessità delle Corti, che ad esso provengono attraverso le decisioni giudiziarie e la gestione del ‘precedente’, in un contesto sempre più internazionalizzato”. (CASUCI, Felice. *Il diritto “plurale”*. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche. Pubblicazioni della Facoltà di Economia Università degli Studi del Sannio – Benevento. Sezione Giuridico-Sociale, 41. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2004. p. 82-83).

²⁸⁸ Os “corpos intermediários” são, conforme Norberto Bobbio, grupos sociais que se interpõem entre o indivíduo e o Estado e tendem a considerar bem organizada a sociedade em que os grupos sociais gozam de uma certa autonomia no que diz respeito ao poder central e têm o direito de participar,

majoritários da coletividade. Nesse sentido, Wolkmer se posiciona de modo contrário ao pluralismo desenfreado implementado pelo surto “neoliberal” e pela retórica “pós-moderna” que favorecem ainda mais o interesse de segmentos privilegiados e de corporações privatistas, coniventes com as formas mais avançadas de exclusão, concentração e dominação do grande capital²⁸⁹. O oposto a esse pluralismo é o pluralismo de “sujeitos coletivos” baseado em uma proposta inovadora: construir uma hegemonia que contemple o equilíbrio entre o predomínio da vontade geral sem negar o pluralismo dos interesses particulares. Essa proposição tem em vista a construção de um bloco histórico marcado pelo consenso, no qual seriam articuladas os diferentes interesses sociais, políticos, econômicos, ideológicos, jurídicos. Esse processo somente se tornará exitoso se fundado na democracia participativa interclassista, resgatando alguns princípios da cultura política ocidental, dentre os quais: direito das minorias, direito à diferença e à autonomia, à tolerância e ao compartilhamento do poder para limitá-lo e socializá-lo²⁹⁰.

Assim, discorrendo sobre limites ou objeções ao pluralismo jurídico, é preciso considerar que o pluralismo pode se aproximar muito do monismo uma vez que agrega tendências políticas e filosóficas das mais distintas origens e matizes, que acabam se excluindo e contrastando entre si. Além disso, é preciso considerar que certas funções não podem ser exercidas por indivíduos ou por associações particulares sem grave perigo para a ordem social e sem o aniquilamento do próprio Estado. Há funções que são inerentes à soberania estatal, próprias de seu conteúdo

mesmo concorrendo entre si, da formação das deliberações coletivas (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 30).

²⁸⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 182.

Bobbio também aponta os pontos negativos do pluralismo articulando que ele consiste menos na impotência do Estado e mais na prepotência do grupo sobre o indivíduo. O pluralismo sempre foi bifrontal: uma face voltada contra o estatismo totalizante e outra contra o individualismo atomizante. Se do ponto de vista do Estado, a acusação que pode ser levantada contra o pluralismo é a de enfraquecer a compatibilidade e diminuir a força unificante e necessária, do ponto de vista do indivíduo, o perigo consiste na tendência natural de cada grupo de interesse endurecer as suas estruturas à medida que cresce o número dos membros e se amplia o raio de ação, da mesma forma que o indivíduo que crê ter-se libertado do Estado-patrão torna-se escravo de muitos padrões (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 33).

²⁹⁰ COUTINHO, Carlos Nelson. *Notas sobre o pluralismo*. Conferência apresentada no Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ensino do Serviço Social. 1990, Out., p. 2-3.

e que não podem ser objeto de delegação: aquelas de defesa do território, de segurança interna, de legislação e jurisdição²⁹¹.

Entretanto, o pluralismo jurídico que se contrapõe ao monismo estatal revela suas vantagens, especialmente quando o critério é a eficácia apontando para a possibilidade de: a) afirmar a primazia de interesses que são próprios a cada grupo predominante; b) manter o equilíbrio entre grupos iguais (por exemplo, o direito dos nativos com relação ao direito do invasor); c) propiciar a especificidade das instituições (com liberdade para optar, em determinadas circunstâncias, pelo direito mais conveniente) e resguardar sua independência (imunidades diplomáticas com relação ao direito local); d) favorecer a descentralização jurídica; e) propiciar o desenvolvimento econômico (condições de igualdade no processo produtivo)²⁹².

Nesse sentido, o objetivo do pluralismo jurídico não é única e exclusivamente negar ou minimizar o Direito estatal, mas reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. Assim, o pluralismo cobre não somente práticas independentes ou semi-autônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não-oficiais/informais. Por isso, o pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado²⁹³.

Em suma, o pluralismo jurídico aqui discutido como possibilidade de coexistência de diversas fontes do Direito dentro de uma mesma sociedade civil organizada pode ser traduzido como meio de – num determinado espaço social periférico marcado por conflitos, privações e reivindicações – assegurar a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de “novos” direitos. Sobre esse espaço social periférico e os direitos nele discutidos trataremos adiante.

²⁹¹ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: [s. ed.], 1984. p. 263.

²⁹² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 222.

²⁹³ *Ibidem*, p. 222.

2.6 O Direito não institucionalizado e o espaço social periférico: a interação entre o conflito e o consenso nas práticas jurídicas extra-estatais

Atualmente, o Direito oficial apresenta um elevado grau de institucionalização da função jurídica, que se tornou especializada, autônoma, burocrática e sistematizada, apontando tarefas rigidamente definidas e hierarquizadas. Tais características trazem como conseqüências a padronização e a impessoalização de procedimentos, a falta de celeridade e, por último, a ineficácia na aplicação da lei em determinados litígios. À medida que o Estado e o direito legislado perdem espaço (por sua ineficiência, inaplicabilidade e lentidão), o direito inoficial ganha forças como meio de tratamento de conflitos. Na verdade, se assiste a um gradativo abandono do Direito “como ele é”²⁹⁴ para se atribuir valor a um novo direito, oficialmente não legitimado.

Esse novo espaço surge como uma espécie de “estado de exceção personalizado”²⁹⁵, aplicado sobretudo às categorias sociais mais pobres que vivem em subculturas completamente estranhas ao Direito institucionalizado, muitas vezes lançando mão da força para o tratamento dos conflitos. Observa-se que o Estado oferece instrumentos de coerção vistos como “o conjunto dos meios de violência que podem ser legitimamente accionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas obrigatórias”²⁹⁶. O Estado contemporâneo tem ao seu serviço o monopólio da violência legítima. Apoiado em tal monopólio o direito do estado capitalista procede à consolidação (contraditória) das relações de classe na sociedade, gerindo os conflitos sociais de modo a mantê-los dentro de níveis tensionais toleráveis do

²⁹⁴ “Se si abbandona il punto di vista puramente formale del diritto ‘come è’, e ci si colloca sul terreno dei principi e dei sentimenti di valore, si pregiudica gravemente la possibilità di una giustizia certa”. (MARRA, Realino. Max Webber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 69).

²⁹⁵ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 277.

²⁹⁶ “Tais instrumentos podem ser mais ou menos poderosos, quer pelo tipo de ações violentas que podem accionar, quer pelo tipo de condicionalismos a que tal accionamento está sujeito, quer ainda pelo efeito de neutralização relativa resultante das ações paralelas ou contrárias de outros instrumentos de coerção existentes no mesmo espaço sócio-jurídico”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*. Ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 53).

ponto de vista da dominação política de classe que ele contraditoriamente reproduz²⁹⁷.

Entretanto, esse monopólio da força estatal vem se esfacelando. O Estado, ente que reivindicava para si os meios de coerção oficiais de determinado território, agora encontra dificuldades de “ordenar”, ou seja, de produzir ordem²⁹⁸. Antes tal tarefa lhe é atribuída justamente porque para seu desempenho se faz necessário um aparelho burocrático hierárquico capaz de reunir e concentrar esforços. Cada vez mais se assiste à proliferação de direitos ditos inoficiais que têm berço, quase sempre, na falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais do cidadão. Então, “adquirem legitimidade os sujeitos sociais que, por sua ação libertadora, edificam uma nova cultura societária de base, cujos direitos insurgentes são a expressão mais autêntica da satisfação das carências e das necessidades humanas fundamentais”. Entretanto, os critérios que compõem “a legitimidade desses novos atores têm certos limites: está se falando daquela legitimidade que se constitui a partir de um conteúdo intencional, justo e programático, articulado não por quaisquer movimentos coletivos, mas somente por aqueles comprometidos com as mudanças paradigmáticas, com a pluralidade das formas de vida cotidiana e com o projeto de uma sociedade autogestionária, descentralizada, liberta e igualitária.” Conseqüentemente, esses seriam os direitos não oficias “legítimos”²⁹⁹.

²⁹⁷ Atualmente, visando a manutenção do monopólio da violência legítima, o Estado tem lançado mão de mecanismos tecnológicos de vigilância na tentativa de aumentar seu poder de repressão, o que ameaça a privacidade do cidadão. No entanto, uma tendência mais profunda vem surgindo, efetivamente minando o poder do Estado-Nação: a difusão cada vez maior da capacidade de vigilância e do potencial de violência externa às instituições do Estado e além das fronteiras da nação. Da mesma forma, pode-se observar que, se o trabalho da polícia vem sendo facilitado pelas novas tecnologias, tornou-se também extraordinariamente complicado pela sofisticação semelhante, por vezes muito superior, o uso das novas tecnologias pelo crime organizado (por exemplo, emprego de aparelhos que interferem na comunicação da polícia, conexões eletrônicas, acesso a registros de computadores, etc), desse modo, o Estado se torna tão vigiado quanto vigiante e perde, gradativamente, a sua capacidade de repressão. Nesse sentido, de “Grande Irmão”, vivemos a era das “Irmãzinhas”. (CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 350).

²⁹⁸ Sobre a perda da função sancionatória estatal e a sua privatização, é importante ler ALPA, Guido. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Aspetti di diritto privato. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987. p. 37 et seq.

²⁹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 323. Com efeito, não é qualquer grupo social que gera “direitos” autênticos e torna-se essencial a distinção entre grupos comprometidos com as causas do “justo”, do “ético” e do “bem comum” de grande parcela da comunidade e grupos sociais identificados com a manutenção dos privilégios, a dominação e a oposição a qualquer mudança [...]. O conteúdo valorativo de uma manifestação normativa informalizada e não oficial é muito relativo, podendo ser

Paralelamente, pode-se encontrar os movimentos/grupos sociais não identificados com as ações civis e políticas justas, e com os interesses do povo espoliado, marginalizado e oprimido, cuja legitimidade é questionada uma vez que “nem toda manifestação legal não-estatal ou nem todo ‘direito’ aí produzido pode ser justo, válido e ético, pois um corpo social intermediário ou grupo dirigente qualquer pode criar regras perversas, objetivando atender interesses contrários à comunidade, expressando diretamente intentos de minorias identificadas com o poder, a dominação, a ambição, a exploração e o egoísmo”. É nesse sentido que a “ausência de eticidade e do valor ‘justo’ esvaziam a legitimidade desse ‘direito’”³⁰⁰. Assim, não são raras as oportunidades nas quais impera a lei do mais forte, ou seja, daquele que usa a violência para fazer valer o seu código e impor as suas regras, surgindo justamente da “imposição da lei do mais forte nas áreas periféricas inexpugnáveis sob controle do crime organizado e do narcotráfico ... o que, na prática, revela-se um contra-direito”. Na verdade, se levarmos em conta a realidade brasileira, podemos verificar que “o direito marginal é a normatividade auto-produzida em guetos quarto-mundializados, como a hoje vigente nos morros do Rio de Janeiro e nas gigantescas favelas de São Paulo...”³⁰¹.

O cerne da questão talvez esteja na crise de legitimidade estatal, conseqüência da crescente fragmentação e diversificação dos interesses sociais que resultam na agregação de tais interesses sob a forma de entidades (re)construídas. Assim, ao mesmo tempo que múltiplas identidades submetem ao Estado suas reivindicações, exigências e desafios da sociedade civil, nasce a crise de legitimidade representada justamente pela incapacidade estatal de atender simultaneamente essa ampla gama de exigências. Para superar sua própria deficiência, o Estado descentraliza parte de seus poderes em favor de instituições políticas locais e regionais. Essa transferência decorre de duas tendências convergentes: de um lado, dada a “diferenciação territorial entre as duas instituições do Estado, as identidades das minorias regionais e nacionais conseguem se manifestar com maior desenvoltura em níveis local e regional”. Por outro lado, observa-se que “os governos nacionais tendem a

moralmente correto ou não (Ibidem, p. 324). A partir da análise da ética e da moral do grupo social, é possível verificar se temos um direito extra-oficial legítimo ou um direito marginal.

³⁰⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 323-324.

³⁰¹ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito*. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonada, 2002. p. 71 e p. 120.

concentrar-se na administração dos desafios impostos pela globalização da riqueza, da comunicação, e do poder”, sendo que a maior consequência dessa atitude é a permissão estatal para que os “escalões inferiores do governo assumam a responsabilidade pelas relações com a sociedade, tratando das questões do dia-a-dia, com o objetivo de reconstruir sua legitimidade por meio da descentralização do poder³⁰².

Portanto, a retração estatal e a abertura de espaços cada vez maiores fomenta o surgimento de entidades não-governamentais e auto-suficientes nascidas em comunidades locais para as quais o cidadão se volta buscando refúgio frente à incapacidade estatal. Assim, se o Estado cede/perde espaço, legitima a atuação dessas entidades (re)constuídas a partir de forças sociais ou políticas (que poderão ser religiosas, territoriais ou étnicas) e que assumem o controle estatal a fim de transformá-lo na sua expressão exclusiva³⁰³. Então, verifica-se a existência de Estados esvaziados lutando com todas as suas forças para reconstruir sua legitimação e instrumentalidade.

A falta de eficiência e legitimidade estatal faz também com que o cidadão comum busque outras instâncias de tratamento de conflitos, alternativas ao Direito legislado e ao Poder Judiciário. A posição de distribuidor e executor automático do Direito (através dos seus três poderes), monopolizada pelo Estado, desenvolvida com o único objetivo de interpretar de forma literal o texto legal, perde fôlego e crescem as reivindicações por uma atividade jurisdicional mais criativa, por um “diritto libero”, um “diritto vivente”, no qual se pode “dimostrare che la mera interpretazione della legge è quasi sempre un’illusione, e che la decisione è raggiunta, e deve essere raggiunta, in base di valutazioni concrete e non a norme formali”³⁰⁴. Por isso, esse movimento contrapõe à crença subjetiva dos juristas tradicionais a condição efetiva do trabalho jurídico.

³⁰² CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 317.

³⁰³ Pode-se citar como exemplo, aqui, o processo de formação dos Estados fundamentalistas (a República Islâmica do Irã, por exemplo), que num primeiro momento pode parecer uma injeção de ânimo no Estado-Nação, mas o que se vê, na verdade, é a mais aprofunda derrocada do Estado-Nação, uma vez que o Islã não é, e nem pode ser, o Estado-Nação, mas sim a *Umma*, ou comunidade de fiéis. (Ibidem, p. 321).

³⁰⁴ MARRA, Realino. Max Webber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto. In: *Sociologia del diritto*. *Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Università Degli Studi di Milano. Milano, XXXII/2005/2-3. p. 70-71.

Sobre a utilização e aplicação do Direito inoficial no tratamento de conflitos, pode-se citar o trabalho realizado por Boaventura de Souza Santos em uma favela do Rio de Janeiro, que o autor intitulou de Pasárgada³⁰⁵. Nesse estudo, verificou-se a negociação e a aplicação de leis inoficiais no tratamento de conflitos, sempre feitas através de um articulador representado pela figura do presidente da associação de bairros. Partindo daquela pesquisa, pode-se verificar que a consequência de não ser alcançado pelo Estado é a criação do direito inoficial, uma vez que “enquanto se está à margem da justiça oficial, tudo é negociável”³⁰⁶. Contudo, o direito inoficial desenvolvido nas favelas das grandes cidades brasileiras não dispõe de instrumentos de coerção oficiais. A coerção advinda das associações de bairros é muito incipiente e quase inexistente, trata-se muito mais de formas de pressão do que de coerção propriamente dita. Porém, vem crescendo a utilização de ameaças e da violência como instrumentos de coerção para fins não só de tratar litígios, mas como meio de dominação e de imposição da lei do mais forte (o chefe do tráfico de drogas, por exemplo), num modelo de direito marginal.

É nesse sentido que o Direito inoficial esbarra no contraponto do direito oficial no qual o Estado tem o monopólio da violência legítima e do direito, dispondo de uma organização burocrática de larga escala, centralizada e centralizadora; a cidadania é atribuída a indivíduos pelo Estado de que são nacionais, pelo que em princípio não há cidadania sem nacionalidade e vice-versa³⁰⁷; os cidadãos são

Esse fenômeno, que exige mais proximidade entre o Judiciário e as partes, possui uma dupla razão de ser: num primeiro momento, observa-se a reação dos juristas com formação acadêmica que vê diminuída sua importância e sua liberdade de movimento no campo da formulação científica devido à supervalorização do direito legislado e, em particular, da legislação sistemática. Na tentativa de proteger/relevar a própria dignidade da classe, busca a direção da experiência jurídica. Por outro lado, estes ordenamentos de negação da sistemática jurídica são, no fundo, uma das consequências da crescente racionalização da técnica jurídica. Nesse sentido, ver WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 2.

³⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder* – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

³⁰⁶ DEZALAY, Yves. *Marchands de droit*. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit. Paris: Fayard, 1992. p. 214.

³⁰⁷ A vinculação entre os homens através da cidadania é discutida por Zygmunt Bauman quando ele aponta para a produção industrial, na era moderna, de “lixo humano” especialmente em dois ramos: a) na função de produção e reprodução da ordem social. O modelo de ordem é seletivo e exige que se “cortem, aparem, segreguem, separem ou estirpem partes da matéria prima humana que sejam inadequadas para a nova ordem incapazes ou desprezadas para o preenchimento de qualquer de seus nichos”. Essas partes assim desprezadas emergem como “lixo”, sem utilidade; b) num segundo momento vislumbra-se o progresso econômico, que exige “incapacitação, o desmantelamento e a aniquilação final de certo número de formas e meios de os seres humanos ganharem a vida - modos de subsistência - que não podiam e nem iriam ajustar-se a padrões de produtividade e rentabilidade

formalmente iguais e estão todos igualmente sujeitos ao poder de império do Estado. Porém, essa é uma das características da crise funcional do Estado: possuir o monopólio da violência legítima, mas não o monopólio da produção do Direito. Pelo contrário, “existe na sociedade uma pluralidade de ordens jurídicas, com diferentes centros de poder a sustentá-los, e diferentes lógicas normativas”³⁰⁸.

Essa pluralidade de ordens não legitimadas pelo Estado, cujos centros de poder muitas vezes são inoficiais, trata-se de poderes de fato cuja pretensão nem sempre é a oposição direta aos poderes estatais. No entanto, alguns desses poderes são forças políticas que, conseqüentemente, se transformam em concorrentes diretos dos poderes oficialmente estabelecidos, pois, como eles, pretendem impor a sua concepção de direitos e de vida coletiva à comunidade inteira. Dessa forma, “la vita degli stati vi è sempre stato un conflitto tra poteri di fatto e poteri costituiti. Ma nello stato democratico attuale, la novità è che vi è una certa legittimazione nell’attribuzione di questi poteri a ordinamento che però sono soltanto in maniera parziale riconosciuti come tali”³⁰⁹.

Concluindo, pode-se observar que, à medida que diminui a presença e a participação do Estado em determinados espaços sociais³¹⁰, a tendência é o aumento da organização e da aplicação de regras criadas pelo cidadão objetivando

em constante elevação.” A esses indivíduos foi negado o acesso aos modos de subsistência na medida em que novos arranjos se fizeram necessários, tornando-se o “lixo do progresso econômico.” Paralelamente, a indústria do lixo humano precisou encontrar formas de lidar com seus rejeitos, assim, os excedentes da humanidade foram depositados em grandes aterros sanitários, fazendo surgir um novo personagem: o “ser humano lançado além dos limites das leis humanas e divinas”, transformando-o num ser ao qual “as leis não se aplicam e cuja destruição não acarreta punições, despida que é de qualquer significado ético religioso”. Nesse momento, os direitos humanos desses seres deslocados mostraram-se terra inóspita uma vez que não podiam alcançar pessoas que não eram cidadãs de nenhum Estado moderno. Assim, tomando por pressuposto o fato de que o Estado moderno é um Estado que faz do nascimento o sustentáculo de sua soberania, para que um excluído possa bater à porta do Estado pedindo admissão, ele precisa, primeiramente, ser submetido ao ritual do desnudamento, uma vez que “a nudez da criança recém-nascida ainda não envolta nos ordenamentos jurídicos-legais fornece o *locus* em que a soberania do poder do Estado é perpetuamente construída, reconstruída e assistida com o auxílio de práticas de inclusão/exclusão destinadas a todos os outros demandantes da cidadania que caem sob o alcance dessa soberania”. Então, para que possam passar a pertencer a determinado Estado, e com isso ser incluído, é preciso primeiro ser excluído, de forma violenta, passar pelo “lugar de nenhum”, ser isolado, ficar nu, para só depois vestir as roupas dos iguais e ser incluído no grupo através do código de vinculação (BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido* - sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 148-154).

³⁰⁸ Ibidem, p. 338-339.

³⁰⁹ GERIN, Guido. *La crisi dello Stato Democratico*. Padova: CEDAM, 1974. p. 66.

³¹⁰ “Se i governanti appaiono sufficientemente docili alle sue mire, si servirà di essi per imporle. Ma se avverte la loro reticenza, se ritiene che siano troppo lenti a soddisfarle, abbandonerà le istituzioni costituzionali per usare tutti i mezzi che le sembreranno opportuni” (Ibidem, p. 66).

o tratamento de conflitos. Tais hipóteses oferecem soluções céleres através de procedimentos informais, mas, muitas vezes, impõem decisões através da ameaça e da aplicação da violência. O problema se instala diante da ausência do Estado ou da dificuldade de aplicação do Direito oficial que, muitas vezes, depende de um moroso procedimento legislativo para ser instituído e de outro tão demorado quanto para ser aplicado. Cansados de esperar, muitas vezes os indivíduos aplicam suas próprias regras, ainda que ausentes de oficialidade. Porém, a ineficiência e a falta de legitimidade do Estado decorrentes das grandes transformações geradas por sua crise trazem à tona um outro segmento dessas mesmas crises: os novos contornos requeridos pela função jurisdicional frente à complexidade conflituosa atual. Esse assunto será discutido adiante, no próximo capítulo.

3 A CRISE DA JURISDIÇÃO E OS NOVOS CONTORNOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: (IN)EFICIÊNCIA FACE À COMPLEXIDADE SOCIAL

Gentile cittadino,

Tutto quello che sappiamo di Lei è che non crede nella giustizia. Non conoscendola, ne ignoriamo le ragioni: possiamo immaginarle, ma senza certezze, perché molte, e contrastanti, sono le alternative possibili. Forse la Sua sfiducia deriva dal vedere intorno a sé uno scempio quotidiano e impunito di diritti e di legalità (reso ancor più acuto da immunità e condoni); o forse è deluso perché ha misurato (e misura) sulla Sua pelle i tempi e i costi di un processo farraginoso e incomprensibile, o si sente non tutelato e insicuro; forse, invece, hanno fatto breccia in Lei le martellanti campagne del presidente del Consiglio (...) e dei suoi media secondo cui i magistrati sono “un cancro da estirpare” e la giustizia un “campo di battaglia” dove si consumano scontri e vendette politiche; o forse più semplicemente, è infastidito dai personalismi e dalle polemiche che accompagnano ogni vicenda giudiziaria di rilievo. Comunque sia, Lei non ha fiducia nella giustizia...

Gian Carlo Caselli
Livio Pepino³¹¹

O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais³¹² e, paralelamente, a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função da crescente complexidade social apontada pelos novos papéis desempenhados que se refletem, por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações, cuja principal conseqüência é a multiplicação dos centros de poder. Nesse momento, é possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado

³¹¹ CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. VII – prologo.

³¹² É importante ressaltar que a perda estatal do monopólio da jurisdição levou ao convívio, em uma mesma sociedade, de um espaço jurídico oficial e outro não-oficial, cuja importância é reconhecida pelos hipossuficientes que não têm possibilidade de acesso ao direito estatal.

e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Este fato afasta/deveria afastar, progressivamente, a justiça privada³¹³, considerada como garantia de execução pessoal do direito. É através da jurisdição que o Estado entra como um terceiro, substituindo as partes envolvidas, a fim de tratar o conflito, através do direito objetivo, de forma imparcial e neutra³¹⁴.

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são conseqüências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. Em termos de jurisdição, os limites territoriais do Judiciário, até então organizados de modo preciso, têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de

³¹³ “Oriunda da ausência de um poder central organizado, é geradora de intranqüilidades comprometedoras do convívio social, afinal, nesses conflitos solucionados mediante a defesa privada, não há como saber-se quem realmente detinha a razão ou quem fora mais forte, mais astuto, no desenrolar da lide” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73).

³¹⁴ *Ibidem*, p. 73.

interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos. Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados³¹⁵.

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. Todavia, a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise³¹⁶. É possível observar que as várias instâncias determinadoras da perda de centralidade e de atribuição do Estado, no momento de produzir ou de aplicar o Direito, traduzidas pela globalização e pela abertura de fronteiras, pela desregulação e pela *lex mercatória*, permitem espaço para o surgimento de instâncias alternativas de tratamento de conflitos, o que se dá em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatidade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão

³¹⁵ FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001, p. 8-9.

³¹⁶ Esse tema foi abordado no capítulo 2, que trata, justamente, da crise do Estado.

de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitado de forma ampla.

Nesse sentido, o presente capítulo tem como objetivo discutir a crise do Poder Judiciário como conseqüência da crise do Estado e suas relações com o Direito enquanto produtor/produto dessa mesma crise. Por conseguinte, a discussão estará calcada primeiramente na análise do processo histórico que levou a autonomização das esferas de valor que, ao serem racionalizadas segundo suas próprias leis, criam conflitos inconciliáveis entre si desencadeadores da crise. Tal crise evidenciou o esgotamento das potencialidades do projeto moderno apontando para a insuficiência do imaginário³¹⁷ dos juristas em relação às exigências dos tempos contemporâneos, caracterizados por mudanças sociais significativas.

Portanto, a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário estará centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como conseqüência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum.

Contudo, a dificuldade do Estado de, por meio de seus poderes, disciplinar e regular as relações sociais mediante um ordenamento jurídico rígido e descolado da

³¹⁷ Aqui, não se pode deixar de mencionar as palavras de Cornelius Castoriadis: “aquilo que, a partir de 1964, denominei o imaginário social – termo retomado depois e utilizado um pouco a torto e a direito – e, mais genericamente o que denomino o imaginário, nada tem a ver com as representações que circulam correntemente sob esse título. Em particular, isso nada tem a ver com o que algumas correntes psicanalistas apresentam como “imaginário”: o “espetacular”, que, evidentemente, é apenas imagem *de* e imagem refletida, ou seja, *reflexo*, ou, em outras palavras ainda, subproduto da ontologia platônica (*eidolon*), ainda que os que utilizem o termo ignorem sua origem. O imaginário não é a partir da imagem do espelho ou no olhar do outro. O próprio “espelho”, e sua possibilidade e o outro como espelho são antes obras do imaginário, que é criação *ex nihilo*. Aqueles que falam de “imaginário” compreendendo por isso o “espetacular”, o reflexo ou o “fictício”, apenas repetem, e muito freqüentemente sem o saberem, a afirmação que os prendeu para sempre a um subsolo qualquer da famosa caverna: é necessário que (este mundo) seja imagem *de* alguma coisa. O imaginário de que falo não é imagem *de*. É criação incessante e essencialmente indeterminada (social-histórica e psíquica) de figuras/formas/imagens, a partir das quais somente é possível falar-se de “alguma coisa”. Aquilo que denominamos “realidade” e “racionalidade” são seus produtos (CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 13).

Sobre o imaginário social, é importante a leitura da REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre. v. 1. n. 4. 2006.

complexidade atual provoca a polêmica judicialização da política³¹⁸. Um dos sintomas disso é a idealização do Judiciário e da figura do juiz para o qual se transferem todos os anseios e todas as expectativas dos mais diversos segmentos sociais. Dessa maneira, as dificuldades do Poder Judiciário de cumprir o seu papel não podem ser analisadas sem que se faça referência à crise científica e suas extensões econômicas e sociais³¹⁹, ou, ainda, à famosa crise de valores. Conseqüentemente, discutir-se-á a certeza e a segurança enquanto paradigmas da cultura jurídica atual, levando em consideração que a legislação posta já não condiz com a realidade social. As insuficiências do positivismo jurídico³²⁰ emergem salientando a necessidade de uma interpretação hermenêutica do texto legal. Nessa esteira, as dificuldades de contar a lei, de narrar os fatos processuais e gerar, por conseguinte, uma interpretação adequada também serão objeto de estudo.

Enquanto instituição monopolizadora da justiça, chamando para si a atribuição de dizer o direito ao caso concreto, o Judiciário assume uma função anacrônica que não condiz com a atual complexidade social hodierna, tornando-se alvo de uma grande indagação: ele pode ser descartado?

³¹⁸ Esse assunto também será objeto de análise, porém sem abordar o dualismo procedimentalismo/substancialismo nos moldes expostos por Luiz Werneck Viana e outros autores na obra "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil", na qual os autores traçam um paralelo entre as concepções de Habermas/Garapon do eixo procedimentalista e Cappelletti/Dworkin do eixo substancialista. Portanto, a judicialização da política será abordada sem a inserção nesse contexto que, por si só, daria vazão a uma outra tese tal é a profundidade e a densidade do tema. Como a Judicialização da Política é analisada aqui apenas como um dos aspectos/conseqüência da crise de jurisdição, ela será analisada sem tal recorte temático. Nesse sentido, ver: VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³¹⁹ "Como não nos inquietarmos, por exemplo, quando tomamos consciência de que, em algumas décadas, sairão dos laboratórios monstros de aço ou de carne dotados de inteligência superior àquela de que o ser humano faz prova hoje em dia? Da mesma maneira, a rarefação das fontes de energia tradicionais e consideradas não perigosas, o desenvolvimento anárquico dos mercados devido à superpopulação mundial, à repartição desigual das riquezas, ao controle absoluto da fome e do abastecimento por algumas empresas multinacionais, que marginalizam o efeito regulador que puderam ter algum dia os direitos nacionais ou até mesmo o direito internacional como ele é tradicionalmente concebido. Acrescentamos a tudo isso o terrorismo que se impõe a todos os níveis, na aparência do pacifismo (terrorismo publicitário, terrorismo medical, etc., que resulta numa verdadeira repressão moral), ou na violência declarada (sentimento de não poder sair de um estatuto intolerável, social ou político... senão pela violência) (ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 175).

³²⁰ Aqui, é importante referir que o positivismo será abordado levando em consideração os três aspectos do positivismo jurídico propostos por Norberto Bobbio: "un modo d'approccio al diritto, una certa teoria del diritto, una certa ideologia della giustizia", bem como sua definição como "un modo di avvicinarsi allo studio del diritto". (BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972. p. 103 et seq.).

3.1 O monopólio estatal da jurisdição e a crise: o Poder Judiciário é descartável?

Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do Direito positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos³²¹. No entanto, o monopólio da jurisdição deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são conseqüências. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta, a produção legislativa acontece de modo desenfreado³²² e, como conseqüência, as faculdades discricionárias³²³ dos juízes.

³²¹ Princípio da investidura, que corresponde à idéia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de Juiz; Princípio da aderência ao território, que limita a autoridade dos Juízes à extensão do território do Estado, e mais especificamente à sua jurisdição; Princípio da indelegabilidade que, previsto constitucionalmente, perfaz a garantia da não-delegação de funções pelos poderes estatais, inclusive do Judiciário. (art. 6º parágrafo único, CF); Princípio da inevitabilidade, que implica a sujeição das partes ao Estado-juiz, uma vez que sendo a jurisdição a emanção da soberania, depois de evocada, se impõe por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto de acatamento dos resultados do procedimento; Princípio da indeclinabilidade, segundo o qual a todos é garantido o acesso ao Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo pedir a solução de um conflito, o *non liquet*, implicaria negação à jurisdição; Princípio do juiz natural, pelo artigo 5º, XXXVII e LIII, da CF, ninguém pode ser julgado senão por um juiz com competência jurisdicional previamente definida pelas normas processuais e de organização judiciária, impedindo a criação de juízos de exceção; Princípio da inércia, implica que a jurisdição só agirá quando provocada – *ne procedat iudex ex officio*; Princípio da unidade da jurisdição, que exprime o seu caráter uno e indivisível (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 76-77).

³²² Sobre o assunto é importante a leitura de MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004. p. 15 et seq.

³²³ Il potere discrezionale del giudice nella maggior parte dei casi si rivela un mistero sia per il pubblico in senso lato, sia per la comunità dei giuristi, per i professori di diritto e persino per i giudici stessi... Ogni studio della natura della discrezionalità del giudice deve iniziare da una definizione del termine, compito non certo facile, in quanto esso presenta più di un significato, che tra l'altro varia a seconda dei contesti... Discrezionalità per me significa il potere, conferito ad una persona dotata di autorità di scegliere tra due o più alternative, ciascuna legittima... Tale definizione ipotizza, naturalmente, che il giudice non agisca in modo meccanico, ma valuti la situazione, rifletta, tragga impressioni, verifichi e studi gli elementi del problema (BARAK, Aharon. *La discrezionalità del Giudice*. Giuristi stranieri di oggi. Tradizioni da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995. p. 13-16).

Porém, o Poder Judiciário já desenvolveu (e ainda desenvolve) diversas funções, desde a preservação da propriedade privada, o asseguramento dos direitos fundamentais, a garantia das liberdades públicas, até a proteção dos cidadãos contra os abusos estatais. No pós-guerra, em pleno Estado Social, foi instrumento de implementação dos direitos sociais através do reconhecimento de políticas públicas de propósitos compensatórios e distributivistas. Atualmente, vê a sua atividade comprometida e sem solução de continuidade diante de um novo e incerto cenário no qual o Estado perde a sua autonomia decisória, deixando de ser o posto central de poder do qual emanam comportamentos, escolhas e decisões³²⁴.

Conseqüentemente, a prática judicial de formas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos criou um pluralismo³²⁵ de fontes de produção/ordens normativa constituídas à margem da jurisdição convencional operando com justiças não-profissionais baseadas em critérios de racionalidade material, deflagrando, no Judiciário, uma crise de identidade funcional³²⁶. Além da crise de identidade funcional, a crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda, como uma crise de identidade e de eficiência. Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. Não

³²⁴ Tal fato vem ilustrado no segundo capítulo, no qual se pode avistar a substituição, gradativa, da política pelo mercado, ou seja, “por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas, entre as nações, tornar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a transnacionalização dos mercados de bens, serviços e finanças levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social. (...). Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas, ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas (FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 08).

³²⁵ Esse tema também já foi abordado no segundo capítulo da tese.

³²⁶ A crise funcional da jurisdição desemboca na desregulamentação e na deslegalização que nem mesmo no Legislativo encontram barreiras, uma vez que “quanto mais os legisladores tentam planejar, controlar, dirigir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios”. Assim, não resta ao Legislativo outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: “quanto menos tentarem disciplinar e intervir, menor será o risco de serem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório”. A conseqüência é nefasta: parte significativa dos direitos nacionais vem sendo internacionalizada e outra parte esvaziada pelo crescimento de normas “privadas”. Desse modo, a desregulamentação e a deslegalização do Estado-nação significam a re-regulamentação e a relegalização em termos de sociedade, mais precisamente, das organizações privadas. (FARIA, op. cit., p. 11-12).

se pode perder de vista, também, que o aparato judicial, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida³²⁷. Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não estapolando o domínio privado das partes, encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos coletivos ou difusos³²⁸.

Intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o “flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos³²⁹”. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais, quando não da sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população, que ainda precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a complexidade burocrático/formal dos ritos processuais³³⁰. A

³²⁷ Nesse sentido, a crise do Judiciário também influencia e é influenciada pela crise do modelo (modo de produção de Direito) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc). Esse é o paradigma dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35).

³²⁸ Na presente discussão, não se pode deixar de mencionar a dicotomia entre justiça corretiva e distributiva, de origem aristotélica (que perpassa a obra de São Tomás de Aquino), assinalando sua presença constante na prática política das democracias liberais do século XX: “aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo de ‘acordo com o mérito de cada uma’...a espécie restante é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias. Esta forma do justo tem um caráter diferente da primeira, pois a justiça na distribuição dos bens públicos é sempre conforme a espécie de proporção mencionada acima (ARISTÓTELES. *Aristóteles, vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores). p. 199 et seq.). Partindo da obra de Aristóteles, é possível observar que a justiça distributiva se identifica, atualmente, mais com os anseios sociais, escapando à esfera do domínio privado das partes, enquanto que a justiça corretiva encontra-se especificamente ligada à possibilidade de receber reparação diante de um ato ofensivo, possuindo como escopo reabilitar o equilíbrio abalado mediante uma indenização ou infligindo uma punição ao culpado.

³²⁹ FARIA, José Eduardo. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11.

³³⁰ Por isso, uma das formas de possibilitar o acesso à justiça, aproximando o cidadão de seus ritos, passa pela necessidade dos “juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de

conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, afastando-o dela, muitas vezes.

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais³³¹, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade de seu cumprimento³³². O que verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos.

No mesmo contexto, a crise de eficiência da jurisdição é conseqüência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infra-estrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos³³³; posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais

processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13).

³³¹ Andiamo, dunque, con ordine, mettendoci nei panni del cittadino che entra in un palazzo o in un’aula di giustizia. La prima sensazione, in genere, è di avere a che fare con un sistema scarsamente comprensibile: con una macchina che gira per lo più vuoto (spesso provocando interminabili e incomprensibili perdite di tempo a chi ne è coinvolto), ma che può anche stritolare chi non sa – o non ha i mezzi per difendersi. Non è sempre così: ci sono isole felici in cui il primo impatto è positivo; e, in ogni caso, le difficoltà di acceso e di orientamento (anche sotto il profilo logistico o delle semplici informazioni) non preludono necessariamente a un *inter* processuale insoddisfacente. Ma, di regola, è questo l’inizio dell’avventura del cittadino (persona offesa o imputato, testimone o parte di un processo civile) che si affaccia in un tribunale. Ciò genera, inevitabilmente, un senso di approfonda inquietudine. Il passo verso la sfiducia non è automatico, ma certo a tale esito concorrono i tempi lunghi che il processo successivamente assume (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. 11-12).

³³² É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação jurisdicional), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão. Sobre esse aspecto se dicorrerá posteriormente, quando as súmulas vinculantes serão abordadas enquanto meio de gerar efetividade quantitativa em detrimento da qualidade.

³³³ Esses custos podem ser traduzidos não só pelos valores despendidos nas custas processuais, nos honorários de perito ou advocatício, mas também por aqueles custos denominados diferidos que se refletem no prolongamento excessivo da demanda e que possuem maiores reflexos junto a camada hipossuficiente: “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma declaração exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 20).

forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais³³⁴ de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal que já não atende - se é que algum dia atendeu - às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos. Por fim, vem a crise paradigmática, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*³³⁵.

Permeada por todos estes pontos de ruptura, a crise de identidade aponta para outros três grandes problemas que, mesmo em menor escala, influenciam também a crise de eficiência e que podem, primeiramente, ser resumidos a uma desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal obsoleta e ultrapassada. Por outro lado, a legislação mais moderna³³⁶ (assim considerada porque editada a partir de concepções contemporâneas do Direito), aptas a lidar não só com conflitos individuais mas também coletivos, que envolvem questões de natureza distributiva ou social, esbarram numa cultura profissional dos operadores do Direito que sofre de um excessivo individualismo e formalismo³³⁷. Esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes

³³⁴ Essa incapacidade é resultado de um positivismo/racionalista exacerbado que determina, por parte dos operadores jurídicos, um a visão do direito como uma ciência jurídica altamente sistemática e cartesiana, de onde se reconhece um grande “interese por las definiciones y las clasificaciones”. Tudo isso porque um “gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica e acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se ve como algo convencional, válido solo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 113).

³³⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-100. Nesse sentido ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 03 et seq.

³³⁶ No Brasil, poderíamos exemplificar citando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

³³⁷ O individualismo e o formalismo serão melhor abordados posteriormente.

formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo³³⁸.

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social³³⁹. É nesse sentido que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência, a qual é medida através da sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político³⁴⁰. A dúvida que se instala é quanto ao futuro do Poder Judiciário: está ele propenso a desaparecer?

A distância entre a função latente ou real do Judiciário e as demandas sociais gera o que, na concepção de Zaffaroni³⁴¹, se chamam “reclamações” e que se orientam em três aspectos: na concretização de demandas constantes no papel atribuído ao Judiciário, determinando quais delas são razoáveis e quais constituem escaramuças políticas de deslocamento de conflitos sem solução, ou seja, definir de modo não ingênuo os limites da sua função manifesta; depois, estabelecer os possíveis modelos de reformas estruturais, particularmente quanto ao organismo dirigente, à seleção e à distribuição orgânica, que permitam dotar de idoneidade o Judiciário para que possa cumprir com as suas funções manifestas, revertendo o que emocionalmente costuma se chamar de “crise do Judiciário”. Essas reclamações são causa e consequência da crise e apontam, de modo contundente, para a situação de descrença e de descartabilidade na qual se encontra inserida a jurisdição.

³³⁸ FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 14-15.

³³⁹ Esses dois assuntos serão abordados nos próximos capítulos: um especificamente sobre o tempo e o outro sobre a conflituosidade.

³⁴⁰ BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001. p. 91.

³⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 3- 4.

É certo que o Poder Judiciário vem tentando agir e reagir de modo a neutralizar a crise que o assola, buscando meios de vencê-la. Mas seu futuro dependerá do seu comportamento frente a quatro importantes e polêmicas áreas de atuação: a primeira, conseqüência social da globalização econômica, especialmente quanto aos excluídos economicamente que perdem, progressivamente, as condições materiais para exercer seus direitos básicos, mas que nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação, principalmente a penal. A segunda diz respeito à relativização da soberania, com o advento da globalização econômica. Quanto mais cambiante se tornou o cenário, mais o Judiciário se transformava no centro das discussões políticas, assumindo papel de gestor de conflitos, o que incentiva suas dificuldades para decidir. Esse fenômeno foi batizado de “tribunalização” ou “judicialização da política”, sendo que posteriormente receberá uma abordagem específica³⁴².

Num terceiro momento, se evidencia a importância que assume a certeza jurídica quanto ao tratamento de conflitos para o investidor estrangeiro que necessita de tribunais com eficiência e previsão, capazes de compensar, em termos econômicos e de segurança jurídica, a rejeição de outras formas de administração dos litígios. Assim, tribunais lentos, ineptos e, por conseguinte, caros, incapazes de fixar uma jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis, acabam induzindo ao tratamento de conflitos extrajurisdicionais e gerando custos adicionais que são, inexoravelmente, transferidos no preço dos empréstimos por meio de taxas de risco. Por isso, a decisão de investir ou de liberar créditos tem relação com a segurança que os investidores internacionais sentem nos encaminhamentos e na resolução de eventuais problemas envolvendo seus recursos ou os tomadores de empréstimo. Finalmente, a quarta área de atuação diz respeito aos tradicionais problemas da justiça “corretiva” ou “retributiva” e de acesso aos tribunais. Na tentativa de se transformar organizacionalmente, a justiça se “desoficializou” por meios de juizados de negociação e conciliação enquanto mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos sociais³⁴³.

³⁴² FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005. p. 41-42.

³⁴³ *Ibidem*, p. 43-44.

Esses “mecanismos alternativos” (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias utilizadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto. Atualmente, ele se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual um terceiro, neutro e imparcial, representado pelo Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito. Esse modelo é posto em xeque fazendo com que a possibilidade de repensar a jurisdição readquira consistência, partindo da idéia do consenso e da jurisconstrução³⁴⁴, sem a intermediação de um terceiro entre as partes, conforme o modelo atual, de caráter triádico, no qual uma pessoa alheia intervém impondo uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito³⁴⁵.

De fato, apesar das crises, o Judiciário ainda possui o papel de protagonista no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade. Por conseguinte, os vínculos jurídicos/estatais podem ser expostos através da análise da complexidade crescente das relações e das estruturas sociais e políticas, que tem por berço as especializações promovidas pela industrialização. Estas especializações estão cimentadas entre si de maneira ainda precária e a isto se chama integração social fraca. Por outro lado, a ambigüidade de tal complexidade deriva da hierarquização e sobretudo da divisão de classes. Ainda, a expansão de instrumentos de controle social de caráter não jurídico, dentre eles os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de massa, redundam na necessidade de reorganização da justiça que vai além do simples reaparelhamento estatal, passando pela participação popular na sua administração, na abertura do Judiciário, a formas legítimas e razoáveis de democratização, revendo o papel dos operadores do Direito.

Entretanto, não se pode falar do Poder Judiciário como uma instituição descartável. De fato, ele passa por uma crise que também é a crise do Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado³⁴⁶. Novas estratégias de atuação da função

³⁴⁴ Essas idéias serão melhor desenvolvidas nos próximos capítulos.

³⁴⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 06-07.

³⁴⁶ A mesma crise que enfrenta o Direito e o Judiciário brasileiros é a crise que atravessam muitos países da Europa, dentre eles a Itália, e nem por isso o Judiciário lá, como aqui, tornou-se uma instituição descartável. Nesse sentido: Anzitutto, la situazione della giustizia civile italiana presenta un tasso di concentrazione delle controversie avanti al giudice ordinario assai superiore a quello degli

jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na justiça, existindo, para tanto, algumas razões importantes: a primeira é a de que uma sociedade complexa não pode dispensar um sistema de regras e, conseqüentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção (nos casos de infração). Além disso, renunciar à justiça não é possível sob pena de uma outra vez se ver instalada a guerra de todos contra todos no mais típico estado de natureza. Frente às dificuldades de funcionamento do Judiciário, o que se pretende (essa discussão é um dos objetivos da presente tese) é diminuir a atuação do mesmo justamente visando autonomizar os cidadãos envolvidos na contenda a ponto de eles alcançarem o consenso “jurisconstruindo” o tratamento do conflito.

Na busca de tratamento da maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha podem vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. Entretanto, resolver o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde³⁴⁷. É nesse sentido a afirmativa de que, quando se vai ao juiz, se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força³⁴⁸. Nesse sentido, discute-se o papel do juiz atual e as suas implicações político-interpretativas, conforme o que se poderá avistar adiante.

altri paesi, anche dell'Europa continentale [...] Di altra natura sono i problemi connessi con la struttura burocratica dell'amministrazione della giustizia e col sistema di reclutamento dei magistrati. Detto in stretta sintesi, questo sistema si traduce nell'affidamento delle cause in primo grado prevalentemente a magistrati che si trovano nella fase iniziale della carriera, e quindi in età media intorno ai trenta-trentacinque anni, poiché il progredire nella carriera stessa significa il passaggio alle funzioni di giudice di appello prima e giudice di cassazione poi.[...] Non si tratta, ovviamente, di un problema di riguardi soltanto il giudizio di primo grado. Di autorevolezza manca la giustizia d'appello e manca – ciò che per aspetti è più grave – la giustizia di cassazione (DENTI, Vittorio. *Riflessioni sulla crisi della giustizia civile*. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987. p. 66-68).

³⁴⁷ É nesse viés que Eligio Resta discute “la malattia del terzo” afirmando que “il sovrano nasce come il terzo che pacifichi i duellanti nella politica moderna; nel diritto la sapienza secolare del conflitto tra due contendenti affida tutto alle “parole” del giudice (dire il diritto è competenza e virtù che ne indicano il singolare potere). Non è l'unico modo di fermare il conflitto, ma è quello che il sistema sociale ha costruito (la parola è corretta) per dare risposta dentro se stesso al problema che sempre in se stesso si produceva” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996. p. 333). No último capítulo da tese este aspecto voltará a ser abordado.

³⁴⁸ FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

3.2 As transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas: a vinculação político-judicial das súmulas

Diante das crises pelas quais passa o Poder Judiciário, também os juízes vêm o seu papel transformado. Todavia, o aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas como uma transformação do paradigma filosófico. O aumento do poder da justiça é mais um prenúncio de uma mudança profunda em nossa democracia do que uma realidade concreta. Falar do juiz no singular como uma categoria especial só tem sentido se virmos nele um tipo ideal ao qual sua existência concreta jamais se adapta totalmente. Em outras palavras, se o virmos como sujeito que assujeita o objeto³⁴⁹.

Baseado no formalismo, o Judiciário pôde garantir independência estabelecendo sua estrita vinculação à legalidade. Essa independência judicial pode ser classificada em independência da magistratura e do juiz. A primeira diz respeito aos órgãos judiciários e ao ministério público e que corresponde à função de autogoverno do Judiciário, significando o exercício do poder de disciplinar. Já a segunda importa na garantia de que o magistrado não esteja submetido às pressões de poderes externos ou internos³⁵⁰. Desse modo, o juiz independente não pode ser concebido como um empregado do Executivo ou do Legislativo, da corte ou do supremo tribunal. Em síntese, a independência (interna ou externa) do juiz existe como um espaço capaz de dotá-lo de independência moral para que possa decidir

³⁴⁹ Nesse sentido, ver STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁵⁰ Na prática, a lesão à independência interna costuma ser de maior gravidade do que a violação à própria independência externa. Isso obedece ao fato de que o Executivo e os diversos operadores políticos costumam ter interesses em alguns conflitos, em geral bem individualizados e isolados, sendo que os corpos colegiados exercem uma ditadura interna e se divertem aterrorizando os seus colegas. Através do seu poder vertical, satisfazem seus rancores pessoais, cobram dos jovens suas frustrações, reafirmam sua titubeante identidade, desenvolvem sua vocação para as intrigas, desprendem egolatria, etc, mortificando os que, pelo simples fato de serem juízes de diversas competências, são considerados seus "inferiores". Desse modo, desenvolve-se uma incrível rede de pequenez e mesquinhas vergonhosas, das que participam os funcionários e auxiliares sem jurisdição: a maledicência (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005. p. 88-89).

sem a pressão do Executivo, do Legislativo, do próprio Judiciário ou de pressões externas³⁵¹.

As pressões internas e externas mostram-se prejudiciais àquilo que Piero Calamandrei chama de “gosto pelo sossego” e que envolve a figura dos juízes, assim como a de todos os homens. Por outro lado, conhecendo seus deveres, eles procuram diminuir os tormentos que lhes causam. “Se para cada decisão o juiz tivesse de recomeçar a vencer a angústia da sua tremenda responsabilidade, não viveria mais: o hábito, para os juízes, é condição de trabalho tranqüilo”. Justamente por isso, qualquer um que se arrisque a recordar-lhes que da sua sentença depende a vida dos homens que penam, ficam ofendidos como se tratasse de uma indiscrição. Mas, reforça o autor, “os juízes, que mantêm com indiferença aqueles autos à espera em sua mesa, parecem não se lembrar de que entre aquelas páginas se encontram, esmagados e ressecados, os restos de tantos pobres insetinhos humanos, que ficaram presos no pesado livro da justiça”³⁵².

Contudo, o sistema de legalidade, se entendido de maneira demasiada acadêmica, com a engenhosa mecânica do silogismo judicial, parece feito justamente para dar tranqüilidade aos juízes, tirando deles a terrível responsabilidade que possuem e ajudando-os a dormir sem pesadelos. Nesse contexto, se um corpo pende da força executada por uma sentença injusta, quem é o responsável pelo assassinato de um inocente? O legislador que estabeleceu a pena de morte em abstrato ou o juiz que a aplicou em concreto? O legislador argumenta: não tenho culpa por aquela morte; a sentença é um silogismo do qual construí apenas a premissa maior, uma fórmula hipotética, geral e abstrata, que ameaçava a todos, mas não atingia ninguém. O assassino é o juiz, porque foi ele quem, a partir de premissas inócuas, tirou a conclusão homicida, a *lex specialis* que

³⁵¹ No entanto, Domenico Marafioti, discutindo as metamorfoses dos juízes, aponta para uma característica dessa metamorfose: “che consiste nel predominio di centri di poteri e gruppi di pressione non solo verso l'esterno, ma all'interno, nei confronti della base, sin dall'inizio del reclutamento, secondo cui i novizi, giovani uditori, vengono indottrinati al verbo del potere del giudice, come nelle scuole di partito. Alla soggezione di un tempo allo spirito autoritario e gerarchico, di sapore castale, dell'alta magistratura, è subentrata una nuova condizione umana e professionale del magistrato che – dietro gli orpelli di visioni democratiche ed egualitarie – soggiace piuttosto alla volontà di un élite. È questa che si avvale del fattore organizzativo per diffondere, ed imporre, al corpo giudiziario i valori socio-politici sottesi all'ideologia della magistratura, di cui i magistrati-guida si rendono tutori e garanti” (MARAFIOTI, Domenico. *Metamorfosi del giudice*. Riflessioni su giustizia e potere. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2004. p. 06).

³⁵² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 264.

ordenou a morte do inocente. O juiz, por sua vez, argumenta: não sou culpado, posso dormir tranqüilo, a sentença é um silogismo do qual não fiz nada mais que extrair a conclusão a partir da premissa imposta pelo legislador. Quem assassinou foi o legislador com a sua lei, a qual já era uma *sententia generalis* em que estava encerrada a condenação do inocente. Legislador e juiz remetem um ao outro a responsabilidade e ambos podem dormir tranqüilos³⁵³...

Por isso, importa recordar que o ato de julgar se encontra modificado profundamente. Ele se contextualiza. Isso manifesta-se de duas maneiras: antes de mais nada, o juiz deve levar em conta as próprias fontes de informação postas à sua disposição e se interessar, em seguida, pelas conseqüências de sua decisão. Mas será que realmente o juiz deve considerar as conseqüências que sua decisão pode acarretar? Não deveria ele, pois, interrogar-se sobre a proporcionalidade entre o fato processado e as conseqüências que sua ação traria para pessoas inocentes?³⁵⁴

Questiona-se então: os juízes devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos? Na visão de quase todos os juízes, advogados, juristas e professores, não, mas Griffiths acha que é inevitável o Judiciário desempenhar um papel político em um Estado capitalista ou semicapitalista. Entretanto, não considera isso uma virtude do capitalismo; pelo contrário, trata o papel político dos juízes como deplorável. Nos Estados Unidos, a opinião profissional sobre o papel político dos juízes está mais dividida. Um grande número de professores e estudiosos do Direito, e mesmo alguns juízes de tribunais prestigiados, sustentam que as decisões judiciais são inevitáveis e corretamente políticas. Quando fazem tal afirmação, têm em mente não apenas as grandes decisões constitucionais do Supremo Tribunal, mas também as grandes decisões civis mais comuns, de tribunais estaduais que aplicam o *Common Law* referente a contratos. Pensam que os juízes atuam como legisladores, embora apenas no que denominam “interstícios” de decisões já tomadas pelo legislativo. Porém, essa não é uma visão unânime nem mesmo entre juristas norte-americanos refinados, e não é a visão que o público em geral tem aceitado plenamente. Pelo contrário, os políticos às vezes fazem campanha para cargos prometendo controlar os juízes que assumiram poder político erroneamente.

³⁵³ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 271-272.

³⁵⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 239-241.

Mas uma parcela muito maior do público aceita a doutrina política agora mais do que há alguns anos atrás³⁵⁵.

Nessa mesma linha de raciocínio, Dworkin se posiciona dizendo que o vocabulário desse debate sobre a política judicial é muito primário e que tanto a visão britânica oficial quanto a visão norte-americana “progressiva” estão erradas. O debate negligencia uma distinção entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, os quais exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. “A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial”³⁵⁶.

Discorrendo sobre a responsabilidade dos juízes, Mauro Cappelletti³⁵⁷ salienta a existência de um novo modelo que reflete a tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos modernos, cujo sentido busca “ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção ‘oficial’ dos que criam o direito, governam, julgam, administram -, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça”. Por conseguinte, afirma que a responsabilidade judicial deve ser vista “em função dos usuários, e assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou de isolamento político social que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o Sistema Judiciário”.

Se a interpretação do texto legal objetivar a visão democrática que prima pelos “consumidores do direito”, há de se falar em interpretação que poderá “chegar a esvaziar de sentido ou reduzir a importância das disposições legais progressistas, ou mesmo dar a um texto um efeito diametralmente oposto ao objetivo que lhe

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 4-6.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 6.

³⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 91.

conferia o legislador, ou mesmo fazer fracassar uma lei reacionária ou refrear sua aplicação, ou ainda, talvez – como no caso da obra do ‘bom juiz’ Magnaud –, ter um papel criador”³⁵⁸.

Nesse sentido, se propõe a discussão a interrogar: a “interpretação” e a “criação do direito” são modelos contrapostos? Quando se diz que a expansão do Direito legislativo, extendida, no Estado da modernidade, a muitos lugares antes ignorados pela lei, acarretou e ainda acarreta a paralela expansão do Direito judiciário, subentende-se a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes³⁵⁹. Desse modo, encontra-se implícito “o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”³⁶⁰.

Porém, essa interpretação criativa do Direito, que vai além da análise da simples “intenção do autor da norma” ou da “vontade do legislador”³⁶¹, possui aspectos e limites que devem ser observados. De fato, se pode reconhecer um certo grau de criatividade em todo o ato de interpretação, o que não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete³⁶².

³⁵⁸ ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 199-200.

³⁵⁹ Diante de tais fatos, John Merryman acrescenta a acomodação e a incapacidade de criação dos juízes, que ao aplicar a lei, partindo de uma baixa compreensão, sem interpretá-la, tornam-se irresponsáveis. Assim “inconscio del suo potere di legiferare, decide irresponsabilmente. Rispondendo la sua fiducia nell’onniscienza della legislazione e nell’infalibilità della logica giuridica, egli stabilisce insieme la premessa maggiore e minore del suo ragionamento, e guarda la decisione andare avanti non riconoscendola come sua propria. In questo processo di creazione inconsapevole del diritto il risultato mostra per forza i segni della sua origine.” (MERRYMAN, John. Lo “stile” italiano: l’interpretazione. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano. Dott. A. Guiffrè Editore, 1968. p. 386).

³⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 20.

³⁶¹ O método interpretativo utilizado para encontrar o autor da norma, segundo François Rigaux, é subjetivo e nele se encontra “um certo antropomorfismo que atribui uma intenção ou uma única vontade quando o autor é uma assembléia deliberativa, sem falar da dificuldade ainda maior quando o instrumento a interpretar é uma Constituição” (RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 278).

³⁶² CAPPELLETTI, op. cit., p. 23.

Si tratta, in altri termini, di un lavoro creativo – necessariamente creativo – e quindi un’arte. Ma poiché questa attività non si riversa nel mondo dell’estetica, ma nel mondo del diritto, in cui convergono e si scontrano interessi politici, economici, sociali, morali, egoistici, quest’arte non può essere libera; essa deve svolgersi entro canoni, limiti, garanzie: i suoi destinatari non sono i frequentatori di mostre, esposizioni, aste, mercati, più o meno frettolosi, più o meno competenti, ma sono singoli individui, gruppi, collettività, e la decisione è diretta ad incidere i loro interessi e quindi la loro vita (ALPA, Guido. *L’arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996. p. 05).

No entanto, não só o juiz, mas o jurista como um todo, pode ser considerado um “artista da linguagem”. Sabendo seus meandros pela “prática dos textos literários, ele é consciente do caráter construtivo e fictício das interpretações que propõe: uma opinião judiciária, uma defesa de causa, uma sentença, são sempre construções de possíveis jurídicos que envolvem a responsabilidade de seus autores”. Ao invés de deduzir-se de premissas formais e *a priori*, o Direito deve ser imaginado no meio mesmo das relações de interlocução e das demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social³⁶³. A responsabilidade por uma visão democrática da justiça, especialmente quanto ao tratamento de conflitos, deve ser objetivo de todos os operadores do Direito envolvidos, direta ou indiretamente, com o litígio.

No Brasil, atualmente, a interpretação judicial se depara com uma alteração polêmica introduzida pela EC/45 que atribuiu efeito vinculante³⁶⁴ às súmulas³⁶⁵,

³⁶³ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 51-52.

³⁶⁴ Art. 103 –A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre outros órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

³⁶⁵ A palavra súmula tem origem latina (*summula*), significa resumo e possui um sentido de sumário ou de índice de alguma coisa. Na verdade, é um modo abreviadíssimo de explicar o teor ou o conteúdo integral de alguma coisa. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem a idêntica interpretação de preceito jurídico em tese e sem caráter obrigatório (SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1336). Assim consideradas, as súmulas possuem apenas caráter orientativo. No entanto, as súmulas tratadas na EC/45 passam a ter cunho obrigatório, por isso vinculantes, aplicando-se a ações repetidas, que possuam as mesmas características.

Segundo Evandro Lins e Silva, “súmula foi a expressão de que se valeu Vitor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudadamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais

objetivando gerar segurança jurídica e diminuir o número de processos que tramitam junto ao Judiciário³⁶⁶. Essas tentativas de contenção de processos judiciais e de “aceleração” na resposta aos mesmos (ainda que a eficiência seja apenas quantitativa e não qualitativa) podem ser reconhecidas em alterações legislativas anteriores, cujo golpe derradeiro acontece pelas súmulas vinculantes. Pode-se apontar como exemplos os artigos 38³⁶⁷ da Lei 8.038/90, o art. 557³⁶⁸ do CPC alterado pela Lei 9.756/98, o art. 285A³⁶⁹, introduzido no CPC pela Lei 11.277/06, art. 518, § 1º³⁷⁰ do CPC, alterado pela Lei 11.276/06.

Desse modo, a opção encontrada no texto da emenda constitucional em vigor aponta a súmula vinculante como contribuição para a solução da crise do Judiciário brasileiro apenas como ratificação das tentativas legislativas anteriores. Fica esquecido o problema da efetividade das decisões judiciais, partindo-se do pressuposto de que a morosidade da justiça se resolverá com um “ataque de funcionalidade” do ordenamento ou do sistema. Isso somente pode se dar partindo de uma profunda mudança na estrutura do Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina o imaginário dos juristas³⁷¹.

freqüentes” (LINS E SILVA, Evandro. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 5, maio, 1997. p. 5).

³⁶⁶ É certo que a sucessão de leis e a EC/45 jamais objetivou uma efetividade qualitativa, mas apenas uma efetividade quantitativa. Com ela busca-se a construção de conceitos com a tarefa de “unificar” a interpretação do direito a partir de uma espécie de “antecipação de diversas hipóteses de aplicação”. Em síntese, um texto que contém a(s) própria(s) norma(s) (STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: 2006, vol. LXXXII, n. 82. p. 16).

³⁶⁷ Art. 38. O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

³⁶⁸ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, ou Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

³⁶⁹ Art. 585-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

³⁷⁰ § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

³⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v. 1, t. 1. p. 107-131.

Procedendo em uma análise minuciosa dos argumentos utilizados para instituição e defesa da súmula vinculante, é possível verificar que possuem forte viés weberiano, especialmente quanto à concepção de dominação legal e de estrutura burocrática. Além da alegada eficiência que seria resultante das súmulas vinculantes (talvez quantitativa, jamais qualitativa), serviriam para a redução da subjetividade judicial no momento do julgamento, “engessando a decisão” e livrando-a de todo e qualquer sentimento que “é muito pouco apropriado para dar apoio a normas que se mantêm estáveis. Pelo contrário, é uma das diversas fontes de aplicação irracional do direito”³⁷². Afastando a subjetividade, acontece um incremento da previsibilidade³⁷³, valorizada especialmente pelo mercado, dando origem a “um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável”³⁷⁴.

Essa calculabilidade/previsibilidade prevista nas súmulas vinculantes, festejada pelo mercado que busca segurança ao investir, constitui-se aspecto da inspiração burocrática³⁷⁵ weberiana, uma vez que sua concepção prevê uma administração

³⁷² WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsbae Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2. p. 72.

³⁷³ Sobre estos presupuestos de predecibilidad se sustenta el derecho. Para cada ciudadano y, también, para cada poder público, “adivinar” lo que puede suceder es un ejercicio constante de intuición y de racionalidad. Las normas se dictan con base al pronóstico de cuál va a ser su eficacia - ¿se van a respetar?, ¿en qué medida? -, y de cuáles van a ser sus efectos directos sobre el comportamiento de aquellos a los que van dirigidas, y sus efectos indirectos sobre los bienes que se pretenden proteger o estimular. Esa predicción la hace quien dicta la norma pero, con frecuencia, traslada a quien debe cumplirla y aplicarla, tarea de concretarla. Y esa predicción tiene que hacerla también el ciudadano no solo de las normas que directa o indirectamente, le van a vincular o afectar, sino también de la valoración que sus actos van a recibir al aplicarse esas normas. La predecibilidad tiene, pues, varias caras conectadas entre si. Esta ponencia pretende exponer esas conexiones. ¿Como operan para los titulares del poder público? ¿Qué valor tienen para los ciudadanos? (MORENO, Fernando Sainz. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos: 2004. p. 139).

³⁷⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsbae Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2. p. 129.

³⁷⁵ Ao analisar o fenômeno burocrático, Crozier afirma que “de fato, o germe do paradoxo já pode ser encontrado na obra do próprio Max Weber. Em sua sociologia do direito e em suas análises da burocracia prussiano, Max Weber nos oferece uma visão bastante rica matizada do desenvolvimento da “burocratização”. Mas quando afirma a superioridade das organizações racionais modernas que correspondem ao seu “tipo ideal”, podemos perguntar-nos se, no seu pensamento, o sucesso dessas organizações não seria justamente a existência de seus aspectos negativos, quer dizer, na medida em que elas reduzem seus membros a uma situação de “standartização”. Algumas de suas declarações expressam uma inquietude dessa ordem (CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações*, na

burocratizada, sinônimo de administração racional, sendo que é nesse sentido que a padronização de procedimentos pode se tornar um instrumento de eficiência. Porém, não se pode perder de vista que a súmula não exsurge para resolver um caso, mas sim para resolver “todos os casos futuros”, como se fosse uma super-norma. Ora, como é impossível um texto (e a norma que dele se extrai) abarcar/prever múltiplas hipóteses de aplicação, o prejuízo é a singularidade de cada uma dessas múltiplas hipóteses que fica “subsumida”. No fundo, é a isso que chamamos metafísica jurídica³⁷⁶. Por conseguinte, as súmulas podem ser consideradas formas racionais de exercício de dominação, pois nelas “se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade – isto é, calculabilidade – intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas”³⁷⁷.

É justamente nesse contexto que se insere o “paradigma metafísico-objetificante”, no interior do qual os verbetes, as súmulas e os denominados “entendimentos jurisprudenciais dominantes” nada mais são do que tentativas metafísicas de universalização/generalização conceitual, como se fosse possível alcançar essências, desconsiderando, assim, o parecer da singularidade dos casos. A aplicação efetivada pelos juristas se resume a um mero ato de subsunção, produzindo uma simetria perfeita entre o dito universal e o fato singular a ser subsumido³⁷⁸. Justamente por isso que a instituição de súmulas vinculantes é um problema também de ordem hermenêutica, uma vez que elas representam um retrocesso à metafísica³⁷⁹ clássica, já que na súmula estaria “condensada a substância”, a “essência” de cada “coisa” jurídica, como se as súmulas fossem “juízos assertórios” e uma “preposição” pudesse mostrar o seu sentido. Assim, é

França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A. Gill Sobrino: Brasília: UNB, 1981. p. 258).

³⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: 2006, vol. LXXXII, n. 82. p. 16.

³⁷⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsbae Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2. p. 145.

³⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v. 1, t. 1. p. 107-131, passim.

³⁷⁹ “metafísica vem de uma expressão grega que significa “as coisas depois (meta) da física”, atribuída pelos editores a Aristóteles à obra em que trata da “primeira filosofia”... O “meta” em “metafísica” significava originalmente “depois”, argumenta Heidegger, mas logo passou a significar “através de”, “além”, “ultra”. Por isso, metafísica passou a significar “ir além das coisas físicas, i.e., naturais, i.e., dos entes” (INWOOD, Michael *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 111).

preciso ter claro que a “substância” que estaria contida no verbete sumular *destemporaliza o sentido pelo seqüestro da temporalidade*³⁸⁰.

Portanto, aprovada a súmula vinculante, as sentenças de oito ministros do Supremo tornam-se intangíveis, inexoráveis, implacáveis, valendo mais do que a lei e mais do que a Constituição, pois estas ficam sempre submetidas à crítica judiciária. A súmula não, ela não pode ser criticada, deve, sim, ser aplicada. Mas se a lei não pode impedir que o juiz aprecie questão de ofensa a direito (art. 5º, XXXV³⁸¹, CF), como pode impedi-lo uma simples súmula? Que poder extraordinário e supra constitucional é esse, derivado de norma não elaborada pelo legislador? O fato é que não pode uma súmula pretoriana alcançar o que a lei não alcança. Em resumo, impedir que determinada questão de direito seja livremente apreciada pelo julgador, obrigando o juiz a decidir em um determinado sentido, equivale a excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça ao direito. Ainda, a súmula fará tábula rasa do direito à ampla defesa, porque estará restringindo a defesa com a exclusão do campo ou tese que ela prejudicou³⁸².

³⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v. 1, t. 1., p. 107-131, passim.

Por isso, é presente a influência positivista na institucionalização das súmulas vinculantes, uma vez que o que se busca é a condensação do abstrato em diferentes situações concretas, objetivando ultrapassar a decisão de origem para atingir todas as situações semelhantes futuras. Nestes termos, o positivismo - “renovado” ou não – procura cindir o incindível: a interpretação e aplicação. Nesse sentido: STRECK, Lênio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. *Olhares hermenêuticos sobre o Direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 327-399, passim.

Discutindo a “doutrina do precedente”, François Rigaux salienta: quando se evoca uma doutrina anterior como precedente, ela própria tem de ser interpretada. É preciso medir a diferença entre os termos do dispositivo e os do fundamento, apreciar as circunstâncias particulares dos casos já resolvidos, o que incita a distingui-los do caso presentemente apresentado ao juiz, avaliar o peso respectivo de uma decisão unânime ou conseguida por larga maioria e um acórdão carregado de pareceres dissidentes, solidamente argumentados, comparar uma e outras das decisões sucessivas que seguiram um caminho sinuoso, o que alarga mais o espaço de liberdade do intérprete. (RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 286-287).

³⁸¹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁸² REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, n. 826, ago. 2004. p. 82-83.

Conseqüentemente, o juiz de primeiro grau deixa de ser a “boca da lei” para se tornar a “boca dos tribunais superiores”, com a agravante de que essa constatação acontece ao mesmo tempo em que se pode verificar a introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: “os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas”. Nesse caso, conforme a Emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição*³⁸³.

Nesses termos, a súmula vinculante sofre pesadas críticas uma vez que fere a independência dos juízes ao vincular as decisões apontando para um autoritarismo judicial, coloca em xeque a especialização de funções, pressupostos do Estado Liberal de Direito e muito disseminada no mundo jurídico atual³⁸⁴. Ainda, restam dúvidas quanto à sua real importância no desfogo da máquina judiciária, tendo em vista que se vislumbra a eficiência quantitativa, mas não qualitativa. Talvez os articuladores das teses estejam demasiadamente “preocupados com a solução do problema da funcionalidade do sistema, *deixando de lado a discussão dos problemas de solução*, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes aristotélico-tomista e da filosofia da

³⁸³ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v. 1, t. 1. p. 114.

³⁸⁴ Segundo as queixas dos magistrados que compõem o STF e o STJ, o principal fator de obstrução do andamento dos seus trabalhos é o imenso recebimento de feitos repetitivos. Foi justamente essa abundância de causas iguais que inspirou a feitura de Súmulas. A Súmula resolve com toda a rapidez os casos que sejam repetição de outros julgados, por simples despacho de poucas palavras do relator. Faz muito tempo que o Supremo não edita novas súmulas, talvez há mais de doze anos. A ausência de súmulas retira do julgador o instrumento para solucionar, de imediato, o recurso interposto ou a ação proposta. Por outro lado, os tribunais e juízes inferiores, que, de regra e geralmente, utilizam as súmulas como fundamento de suas decisões, não têm como se valer delas, inclusive para a celeridade de seus pronunciamentos. É muito difícil, devem ser raríssimos os casos de rebeldia contra as súmulas. Ao contrário, os juízes de segunda e primeira instância não apenas as respeitam, mas as utilizam como uma orientação que muito os ajuda em suas decisões. Todos sentem falta das Súmulas, que se tornaram instrumentos utilíssimos a todos os juízes e aos advogados. Elas, na prática, já são quase vinculantes, pela tendência natural dos juízes em acompanhar os julgados dos tribunais superiores. *Torná-las obrigatórias é que não me parece ortodoxo do ponto de vista da harmonia, independência e separação de poderes. Todos os juízes devem ter a independência para julgar de acordo com a sua consciência e o seu convencimento, inclusive para divergir da Súmula e pleitear a sua revogação* (LINS E SILVA, Evandro. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 5, maio, 1997. p. 58-59).

consciência em um plano, e, em outro – embora tais planos não sejam separáveis -, ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista³⁸⁵.

Todavia, não obstante as oposições, a súmula vinculante encontra adeptos³⁸⁶ que a defendem como solução para a morosidade do Poder Judiciário, surgindo como mecanismo concebido para a agilização de julgamentos, em decorrência do óbice às reproduções de demandas cujas teses jurídicas já se encontram pacificadas e garantindo, ao mesmo tempo, segurança e certeza jurídicas no julgamento de processos com características semelhantes. É claro que o tratamento dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os “remédios” a serem aplicados a cada momento, e, por isso, não podem ser engessados; a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, muito além das dificuldades estruturais e funcionais, o Judiciário precisa vencer as dificuldades impostas pela crescente judicialização da política cujo berço é a incapacidade estatal de cumprir com seu papel, fomentada pelas transformações

³⁸⁵ Na medida em que a preocupação da ciência jurídica deve fincar raízes na *efetividade qualitativa*, calcada em problematizações interdisciplinares que apontem para a construção das condições de possibilidade de uma aplicação do Direito naquilo que ele tem de possibilidades prospectivas dirigidas ao resgate das promessas da modernidade, circunstâncias implicam na denúncia de toda e qualquer tentativa de inibir o acesso à justiça e a realização dos direitos fundamentais previstos e instituídos pelo constituinte da Constituição, *tornando-se necessário apontar e denunciar todos os obstáculos que se contrapõem a esse desiderato*. (STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v.1, t. 1. p. 121-123).

³⁸⁶ Dentre os doutrinadores brasileiros que vêm na instituição da súmula vinculante uma forma de alcançar eficácia ao Poder Judiciário, pode-se citar: RAMOS, Saulo. Súmula vinculante. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, nº 175, 30/04/2004. p. 52-53; BERMUDEZ, Sérgio. A súmula vinculante e a independência jurídica do juiz. *Revista da ESMape*. Recife, out/dez – 1997, v. 2, nº 6, p. 395-396; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I. p. 291; SLAIB FILHO, Nagib. Notas sobre as súmulas vinculantes no direito brasileiro. *Revista Forense*, n. 342. p. 562; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: Desastre ou solução? In: Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Revista do Processo*, n. 98. p. 295-296; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389. FRANCIULLI NETO, Domingos. Reforma do Poder Judiciário. Controle Externo. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 150. LOZZA, Pedro Luiz. Considerações sobre a súmula vinculante. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 499; WALD, Arnoldo. Eficiência Judiciária e Segurança Jurídica: a racionalização da legislação brasileira e a reforma do Poder Judiciário In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 59-60.

culturais, sociais e econômicas para as quais o Estado não consegue oferecer respostas. Esse tema se abordará adiante.

3.3 A transformação da função jurisdicional: a “cena”³⁸⁷ judiciária e a política como ator principal

A transformação da função jurisdicional do Estado tem início com as pressões centrífugas resultantes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, da transnacionalização dos mercados (e dos direitos) e da legislação dos direitos sociais (nascidos, principalmente, a partir do Estado Social de Direito). Tal fato se dá mediante a necessidade do Estado de superar os limites de suas funções tradicionais de proteção e de repressão para oferecer ao cidadão o controle social por meio da *promoção* de direitos que já não são apenas individuais, mas sociais. A proteção desses novos direitos requer a ação estatal no sentido de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, promovendo, ao final, programas sociais que têm por fundamento esses direitos e as expectativas por eles legitimadas. As dificuldades se apresentam frente a um Poder Judiciário de estrutura fortemente hierarquizada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada por uma rígida e linear submissão à lei. Instala-se o desafio no sentido de alargar os horizontes da jurisdição para, modernizando suas estruturas e seus procedimentos (administrativos e funcionais), lidar com os novos direitos, *promovendo-os*, objetivando sobreviver como um poder autônomo e independente.

³⁸⁷ Essa expressão foi utilizada para se referir ao Judiciário e ao conjunto de seus procedimentos por Antoine Garapon: “A justiça, efetivamente, é antes de tudo uma *cena*. Tão longe quanto vai nossa memória, vemo-la associada a um espaço circunscrito, atemporal, a um debate e à figura de um terceiro. Esta cena oferece um reservatório inesgotável de imagens e de sentidos, no qual uma democracia representa-se nos dois sentidos do termo, o de se compreender e o de se colocar em cena. Os processos circunscrevem novos compromissos, colocam problemas sociais, tornam visíveis categorias da população, abraçam esperanças, apontam os inimigos e fixam a angústia”. É na representação desse mesmo sentido que a expressão é utilizada na denominação do presente subitem (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48).

Assim, a crise do Estado, cujos reflexos atingem o Judiciário, evidencia a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais, frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos. A exigência de uma ação estatal prolongada no tempo, que se oriente pelo presente e pelo futuro, diversa daquela até então realizada (cujo viés principal era o passado), promove a indeterminação e a indefinição geradoras da incerteza, aproximando o tempo do Estado ao tempo do mercado³⁸⁸.

A indeterminação e a indefinição, que enfraquecem a certeza jurídica (pressuposto basilar do Estado Liberal), repercutem nas relações entre os poderes, uma vez que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exige o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”³⁸⁹.

O papel de “legislador” atribuído ao Judiciário dá início a um processo que atualmente é chamado de “judicialização da política”. Para outros, faz parte de um “ativismo judicial”, cuja causa é a expansão do poder judicial tanto em países centrais, como periféricos, motivada pelo fenômeno de normatização de direitos (especialmente aqueles de natureza difusa ou coletiva), das transições pós-autoritárias e da edição de constituições democráticas (cuja preocupação presente é o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público), das investigações voltadas para a elucidação de casos de corrupção a envolver a classe política, das discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional (Tribunal

³⁸⁸ Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar do “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinário, afastado da realidade. A inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a manipulação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do decréscimo da regra – lei descartável não é lei respeitada – e um risco de “quebra” jurídica (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 40).

³⁸⁹ VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

Internacional Penal, por exemplo), e, finalmente, da emergência de discursos acadêmicos e doutrinários vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática³⁹⁰.

Conforme Antonie Garapon, o cerne da evolução que determina a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo se encontra na desnacionalização do Direito e na exaustão da soberania parlamentar. A judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc. O juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética da deliberação coletiva. Isso explica por que o Estado se desfez de algumas de suas prerrogativas sobre instâncias quase jurisdicionais, como o são as autoridades administrativas independentes. Por que essas questões seriam mais bem apreciadas por quase-jurisdições do que pelo próprio Estado? Talvez porque, sendo hoje uma instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem, então, mais legítimas que o exercício solitário de uma vontade política... A justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o Direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.³⁹¹

No entanto, não se pode discutir a judicialização da política³⁹² sem mencionar a teoria da colaboração/separação de funções anteriormente avistada, lembrando

³⁹⁰ Nesse sentido, ver: GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus, 1999. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 18.

³⁹¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48.

³⁹² Aqui, é importante que se faça a distinção entre as expressões “judicialização da política” e “politização do Judiciário”. A primeira diz respeito à judicialização da política e das relações sociais através da concepção do Poder Judiciário como mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião de valores fundamentais (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 11). Ainda, como bem esclarece Ferrari: “In sintesi, nel generale clima di delegittimazione e di incertezza del diritto, la lotta politica si svolge ancora, soprattutto, sul piano dell’azione giudiziaria” (FERRARI, Vincenzo. *Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano*. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237).

que ela foi elaborada justamente com o objetivo de evitar abuso de poder por parte daquele que o detivesse de modo absoluto³⁹³.

Assim, a colaboração de funções determinava que o poder distribuído entre órgãos estatais significava a capacidade de se autoreger de forma autônoma com relação aos demais, não existindo nenhuma vedação à possibilidade de controles recíprocos, nem mesmo a compartimentalização de tais poderes apontando para a hipótese de “três governos”. Por isso, resta impropriamente utilizada a expressão “divisão de poderes”. Entretanto, esquecendo que a intenção era apenas evitar a concentração de poder, pontencializa-se essa concentração com respeito ao Judiciário mediante negação de que seja um “poder”³⁹⁴, preferindo-se falar de função judiciária, postulando-se a substituição de sua denominação por “serviço

No segundo caso, a propalada “politização do Judiciário” significa, para Zaffaroni, a gradual aproximação entre o político e o judicial, salientando que, para alguns, essa proximidade significa arbitrariedade, porque o juiz se afasta, decididamente, da solução normativa e decide conforme sua própria solução política. No entanto, chama a atenção para o fato de que não é possível “politizar” o exercício de um poder público que já é essencialmente político, mas será possível “partidarizá-lo” ou, o que dá no mesmo, “parcializá-lo”, com o que se lhe subtrai a jurisdição porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade. Submeter juízes às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica, de qualquer grupo de poder, importa, definitivamente, cancelar sua “jurisdição” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 95).

Nesse contexto, importa salientar que será abordado no presente texto apenas a “judicialização da política”, uma vez que a discussão sobre a “politização ou partidarização do Judiciário” não diz respeito ao objeto principal do mesmo.

³⁹³ La divisione dei poteri non risponde però solo all'esigenza di assicurare che il potere sia ripartito tra centri diversi per composizione sociale... il principio viene adottato con particolare rigore come metodo per frenare il potere e obbligare ogni organo ad agire ricercando l'assenso dell'altro...Che la divisione dei poteri sia una strutture portanti dello stato di diritto è fuori discussione. Ma il suo significato attuale ha perso ogni legame con l'obiettivo originale, con l'esigenza di smembrare il Leviatano... e ripartire l'incontrollabile potenza tra soggetti diversi per estrazione sociale e titolo di legittimazione...Allo Stato, oggi, si chiede semmai di potenziare le sue prestazioni, sia quelle più antiche, legate alla sicurezza dei cittadini e dei loro beni (la sicurezza del traffico automobilistico o dei prodotti alimentari, modernizzazione dei vecchi compiti), sia quelle più recenti, legate allo Stato sociale. Ma l'efficienza dello Stato nel produrre prestazioni mal si concilia con la divisione dei poteri e chiede, piuttosto il loro coordinamento (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 17 e 69).

³⁹⁴ O Judiciário é ou não um poder? Se nos colocarmos do ponto de vista estritamente jurídico, pode haver alguns embaraços: o Judiciário é subordinado apenas à lei, costuma-se dizer. Se fixamos a idéia de que a soberania pertence ao povo e é exercida por seus representantes, surge a figura do parlamento como órgão da soberania. O Judiciário, não sendo composto de representantes do povo, mas de funcionários sujeitos à lei (e não aos eleitores), não participaria, propriamente do poder soberano do Estado. A França, que deu ao mundo o gênio Montesquieu, o pensador por ontomásia da tripartição dos poderes do Estado, deu-nos também um modelo de Estado fundado sobre a soberania da representação popular, no qual o Judiciário não é um *poder*, mas um corpo de funcionários especiais, sem soberania. De qualquer modo, o Judiciário é um órgão do Estado, e não um órgão acima do Estado, embora possa às vezes parecer acima dos outros poderes (LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do judiciário. In: FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Justiça*. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 124).

judiciário”, e ainda por outra de “administração da justiça”. Mas se o Judiciário é ou não um poder, isso sempre dependerá do que se entenda por “poder”³⁹⁵.

Desse modo, discutindo as tarefas específicas do Poder Judiciário, avista-se o controle constitucional, o autogoverno e aquela (mais conhecida) que diz respeito ao tratamento de conflitos. Essa última se avulta cotidianamente, sendo acrescida qualitativa e quantitativamente por causa de um fenômeno atualmente chamado de “explosão de litigiosidade”, e que determina muito mais do que uma simples ampliação objetiva das funções judiciais com o aumento do poder da interpretação, mas também a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. “Acompanha essa evolução uma representação de justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”³⁹⁶.

Ocorre então o que contemporaneamente se denomina de “invasão da política e da sociedade pelo direito”³⁹⁷, tornando-se perceptível que as instituições jurídicas e o Poder Judiciário foram chamados para ocupar um vazio provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais contemporâneos e pela atuação do Estado Social, o qual suprimiu as possibilidades de participação política, esgotando e determinando o declínio da cidadania ativa. Assim, a libido da sociedade se desloca da chefia do aparato Executivo para a cúpula do Judiciário, e a Justiça, função estatal, aparece como “instituição” social que decide acerca do real emprego dos recursos psíquicos de força por parte do Estado. Desse modo, o Poder Judiciário se

³⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 83-84. Por isso, o autor refere que utiliza, indistintamente, as expressões “Judiciário” e “Poder Judiciário”. Na presente tese, se acatará o posicionamento do autor: “continuaremos assim falando de ‘judiciário’ e de ‘poder judiciário’, basicamente por duas razões: primeiramente, porque é a denominação mais tradicional; a segunda, porque freqüentemente se tem tentado substituir essa denominação, com clara intenção de debilitar a sua independência e subtrair-lhe poder, justificando de maneira solapada, entre outras coisas, a indevida assunção de funções judiciárias por parte de órgãos administrativos”.

³⁹⁶ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov., 2000, freqüência quadrimestral. p. 185.

³⁹⁷ Esse fenômeno de invasão da política e da sociedade pelo direito é avistado em vários países, inclusive europeus, assim: Il conflitto di cui ho cercato di descrivere [...], rappresenta qualcosa di fundamentalmente nuovo nella vita politica italiana, giacché come ho accennato sopra, sino all'inizio degli anni ottanta, potere politico e potere giudiziario, seppure protagonisti di ricorrenti polemiche, hanno sempre trovato in passato la via di un *appeasement* soddisfacente per tutte le parti. Non solo, ma il tema della giustizia, per decenni relegato nelle pieghe secondarie dell'arena politica e trattato soltanto da alcune minoranze di ispirazione liberal-radical, è diventato centrale nella politica italiana. (FERRARI, Vincenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 221-239, passim).

agiganta e o juiz e a lei tornam-se derradeiras referências de esperança para indivíduos excluídos ou socialmente perdidos. Resta entorpecida a capacidade democrática da sociedade, o que aumenta o desprestígio da política e das alternativas democráticas de produção e aplicação do direito³⁹⁸.

Por conseguinte, em torno do Judiciário vem se criando uma inovadora arena pública³⁹⁹, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem espaço aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos a um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do Direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, no qual a lei geral e abstrata embasa seu fundamento, no *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo⁴⁰⁰.

Conseqüentemente, o espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a justiça⁴⁰¹. Essa afirmativa pode ser embasada no fato de que, num sistema provedor, o Estado é visto como o todo poderoso e pode tudo suprir. Todavia, diante das falhas estatais, a esperança se volta para a justiça, na qual se

³⁹⁸ A valorização do Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao arruinamento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse poder e suas instituições passem a ser percebidos como salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social (VIANNA, Luiz Verneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 25).

³⁹⁹ In queste condizioni, con una maggioranza politica in disarmo accelerato e una crescente onda di malcontento pubblico in settori sempre più vasti della società italiana, è comprensibile che la magistratura abbia potuto muoversi con maggiore agilità che in passato, senza incontrare resistenze e anzi, per lungo tempo, godendo di un fortissimo favore da parte della pubblica opinione. Nauseati dall'autorappresentazione sempre più celebrativa e narcisistica dei vertici politici, molti settori della pubblica opinione sostituiscono d'improvviso politici, molti settori del potere partitico con quelli della giustizia e della Legge (FERRARI, Vincenzo. *Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano*. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 221-239, passim).

⁴⁰⁰ VIANNA, op. cit., p. 22-23.

⁴⁰¹ Alla base di questa espansione del potere giudiziario possono essere individuati fattori di varia natura: fra i suoi normali prerequisiti vengono abitualmente annoverati la dinamica dell'ordinamento democratico, il rafforzarsi dell'indipendenza della magistratura, il diffondersi di una cultura dei diritti, la rivoluzione delle aspettative crescenti; fra gli elementi patologici, e nondimeno assai influenti, la corruzione delle opposizioni, delle classi politiche, l'inefficienza dei governi, la debolezza delle opposizioni, che costringono la magistratura a svolgere un ruolo di supplenza. (PORTINARO, Pier Paolo. *Oltre Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?* In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 393).

passa a buscar a consagração política. Nesse momento, o juiz ganha papel de destaque como o terceiro imparcial que compensa o “déficit democrático”, emprestando à sociedade “referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos”. Logo, “o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando *super-partes*”⁴⁰².

Da mesma forma, o individualismo moderno⁴⁰³ oferece terreno fértil para a afirmação do protagonismo do Judiciário que, diante da ausência de laços sociais, de uma identidade social e de um conflito central, se torna o depósito dos restos de uma convivência nada amena permeada por vinganças e perseguições. O resultado é que, diante da desarticulação social, o Judiciário se transforma no guardião das promessas de modernidade⁴⁰⁴.

Tais fatos põem em relevo a crescente jurisdicionalização dos conflitos e o papel exercido especialmente pelos magistrados que, nessas situações, se tornam a “boca da lei”⁴⁰⁵, reproduzindo o que determina a norma legal, cumprindo o papel que lhes é delegado pelo Estado soberano e sentenciando sobre a contenda. Nesse contexto, um Poder Judiciário chamado a decidir sobre tudo poderá ocultar grandes irresponsabilidades⁴⁰⁶. A jurisdição passou a receber uma conflitualidade crescente, o que trouxe ineficiência, chamada, em sentido técnico, de explosão de litigiosidade, cujas causas não foram analisadas com profundidade. O maior entrave é a atenção sempre mais voltada para a constante reforma das normas, e nunca às causas do litígio.

⁴⁰² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 74.

⁴⁰³ O individualismo é, na concepção de Zygmunt Bauman, “a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”, antes que se encontre destruída a “capacidade de decisão conjunta”. Essa corrosão alcança o espaço público, de modo que gradativamente ele se vê colonizado pelo privado e o “interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos melhor)”. Por fim, “as questões públicas que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 46).

⁴⁰⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48 et seq.

⁴⁰⁵ O berço da concepção do Poder Judiciário como mero aplicador da lei possui raízes muito profundas, voltadas ainda para a determinação de tarefas por parte dos três poderes instituídos por John Locke e depois por Charles-Louis de Secondat Montesquieu, em que cada um deveria exercer seu papel sem qualquer tipo de interferência nas atribuições dos demais. Assim, as funções do Estado estão divididas de forma clássica em Legislativo, Executivo e Judiciário.

⁴⁰⁶ Sobre a responsabilidade dos juízes, é importante a leitura de CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

Nestes termos, a dúvida se instala: “não será a justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”⁴⁰⁷ De fato, cria-se a expectativa de que o Judiciário funcione como uma instância moral⁴⁰⁸, atuando como um terceiro neutro e imparcial, auxiliando as partes no tratamento dos conflitos por meio de uma decisão imparcial e objetiva⁴⁰⁹. Então, o magistrado passa a ter papel central, como um ser excepcional. Mas como se pode explicar esse fato? Por que a luta política agora se volta sob a plano da ação judiciária? A resposta a tais indagações toma por base, primeiramente, o fato de que um sistema normativo incerto, ideológica e eticamente plural, transforma o juiz no intérprete direto do conflito social. Assim, leis com redação mal construída, com conteúdo demasiadamente nebuloso e impreciso, dão origem a um Direito extremamente flexível, mas pouco confiável e de pouca efetividade. Por conseguinte, o trabalho mal feito dos legisladores “attribuisce indirettamente a quell’interprete autorizzato che è il giudice un ruolo non trascurabile nella riscrittura della legge”⁴¹⁰. Num segundo momento, não se pode esquecer que o Direito e a administração da justiça fazem parte do mesmo simbolismo mediático. A falência do primeiro levará a segunda consigo em favor de meios mais imediatos e persuasivos de controle disciplinar.

Desse modo, um Direito em crise, fraco e complexo perde invariavelmente a sua eficácia, o que causa desconfiança por parte do cidadãos. Essa ineficácia do Direito e essa flexibilidade por vezes exagerada agiganta a importância conferida ao juiz, transformando-o em um “terzo potere” situado “fra il popolo e i suoi rappresentanti”. O certo é que essa onipresença da jurisdição se traduz numa certa patologia social e numa crise também política.⁴¹¹ Assim sendo, o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado da modernidade. A

⁴⁰⁷ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. Nº 58, nov/2000, frequência quadrimestral. p. 187.

⁴⁰⁸ Nesse aspecto, leva-se em consideração os textos de Ronald Dworkin (especialmente DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge: [s. ed.], 1986. p. 3 et seq.), nos quais ele menciona sua convicção de que Direito e moral não podem ser separados na atividade jurisdicional, uma vez que as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de Direito, devendo orientar a atividade decisória do magistrado mesmo que não encontrem apoio no texto legal. Sobre esse assunto, especificamente, se discorrerá posteriormente. De qualquer modo, essa discussão será entabulada posteriormente ao discorrer sobre o positivismo jurídico.

⁴⁰⁹ Os aspectos que envolvem a decisão judicial, a imparcialidade e as relações entre direito e moral serão melhor abordados posteriormente.

⁴¹⁰ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e sovranità nazionale in Francia. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 304.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 306.

justiça moderna não pode ser tolhida completamente de seus traços políticos, uma vez que se faz necessário reconhecer, cada vez mais, que o Poder Judiciário atualmente já não exerce todas/somente as funções que anteriormente lhe eram definidas/delimitadas, inclusive assumindo funções de co-legislador diante da realidade social existente.

Nessa mesma esteira, não se pode perder de vista que a passagem de um Direito garantido – pelo Estado, como uma espécie de aliança entre ele e seus sujeitos – para um juiz fundador de uma comunidade política não se faz sozinha. Enquanto que, na concepção clássica, o juiz é sujeito da lei e só exerce seu direito de julgar através dela, ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do Direito⁴¹². Em nome de que pode o juiz pretender ser instituidor? Assim, quando a justiça era somente o braço armado do poder político ou dos costumes, dela só se esperava uma consagração: moralizar a repressão ou sancionar os costumes. Quando todos os sistemas de valores capitulam, quando o mundo comum se desagrega, quando o Estado se faz mais modesto, é para ela que nos voltamos, buscando corrigir essas faltas. Não se deduzindo mais dos grandes sistemas de sentido, como as ideologias, não podendo mais apoiar-se na força do Estado nem na aplicação quase mecânica da lei positiva, a questão do que é justo é colocada de uma nova maneira. O Direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca, então, como a fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma⁴¹³.

⁴¹² Esta evolução no papel desempenhado pelo juiz vem assim delineada por Guido Alpa: Il giudice mero esecutore: uno solerte funzionario dello Stato, ligio alle leggi, portatore dei valori ufficiali, cauto esaminatore delle disposizioni, privo di vocazioni creative, solido conservatore, tendenzialmente ottuso. È il giudice “bouche de la loi”. Le sue operazioni debbono essere limitate e meccaniche: accertare i fatti, individuare le disposizioni a cui essi si possono far risalire, trarne le conseguenze. Già il giudice scopritore del diritto deve porsi alla ricerca della disposizione applicabile alla fattispecie: prendere atto che gli stessi fatti possono farsi risalire a più disposizioni, che le disposizioni, per loro natura, sono astratte e generali, che il legislatore non ha prefigurato tutte le circostanze possibili sulle quali esprimere il suo dettato, che spesso le disposizioni sono contraddittorie oppure laconiche oppure riduttive, e quindi che la ricerca del diritto, ottenuta scavando nel magma del diritto, comporta operazioni dirette a comporre le antinomie, a complementare le lacune e ad estendere o a restringere il dettato normativo, e così via. Finalmente, il cerchio si chiude con il giudice *legislatore*, il quale, non avendo ritrovato nel tessuto normativo la disposizione da applicare al caso di specie, e dovendo comunque provvedere, ravvisa la necessità di creare ad hoc la disposizione che fa difetto (ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996. p. 3-4).

⁴¹³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 50.

Assim, resta a constatação de que o imaginário social, especialmente nos seus setores mais pobres e desprotegidos, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vem procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania⁴¹⁴. Nestes termos, o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É nela, então, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A disposição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos⁴¹⁵.

Nesse sentido, constata-se que a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo Direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem na qual são formuladas as reivindicações políticas. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante. Nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão tem a impressão de melhor controlar sua representação. A solução para uma reivindicação não depende mais, num tribunal, da relação de força entre duas entidades políticas – um sindicato e o governo, por exemplo – mas da

⁴¹⁴ VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 42-43.

⁴¹⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 47-48.

pugnacidade de um indivíduo que, sozinho, pode dobrar um Estado, ficando os dois, ficticiamente, em pé de igualdade⁴¹⁶.

Conseqüentemente, a justiça torna-se objeto de uma súbita inversão de tendências: de secundária, ela se torna de repente prioritária. O direito era apenas moral das relações frias, comerciais ou políticas; ele tende agora a tornar-se o princípio de toda relação social. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma, agora, em uma oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. A exceção torna-se regra, e o processo, de instrumento de tratamento de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração⁴¹⁷. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora e traz no seu rastro a transformação do papel desempenhado pelo juiz que assume a posição de “guardião da democracia”. Porém, a própria cultura jurídica atual, e seu paradigma liberal-individualista-normativista, dificulta não só a decisão judicial democrática, como a sua efetividade. Esse é o tema da abordagem posterior.

3.4 Os paradigmas da cultura jurídica: o substrato social do Direito e da jurisdição esquecido pelo racionalismo formalista

O Judiciário, enquanto instituição estatal que visa o tratamento de conflitos, sempre teve por base o paradigma⁴¹⁸ liberal-individualista-normativista que já não atende a complexidade socioeconômica crescente dos dias atuais. O paradigma

⁴¹⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48-49.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

⁴¹⁸ É necessário dizer que a palavra “paradigma” vem utilizada aqui como algo concebido à imagem de uma matriz disciplinar, significando uma teoria básica, uma tradição científica aceita a ponto de suspender o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas. Assim, para fins de construir o presente item, o paradigma significa a expressão uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, determinando os problemas investigados, os dados considerados pertinentes, bem como as técnicas de investigação a serem utilizadas e os tipos de solução admitidos. Desse modo, um paradigma impede que uma discussão se torne interminável em torno de problemas improdutivos e insolúveis. Nesse sentido, ver KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

jurídico prevalecente tem matriz hobbesiana, uma vez que institui a lei como técnica disciplinar exclusiva das relações sociais, concebendo o Direito como um instrumento de cessação da guerra de todos contra todos e reafirmando a paz civil típica do Estado de Direito de feição liberal/clássica. Inseridos nesse modelo encontram-se uma série de outras características importantes que merecem apreciação para que se possa compreender a crise que a jurisdição atualmente atravessa. Tais características têm como berço o Estado Liberal no qual estão localizados os primeiros esforços para limitar o poder do soberano, tomando por base a lei como ponto central, formadora de um sistema coerente e hierarquizado de normas, cuja principal atribuição é articular relações igualitárias entre os sujeitos de Direito, garantindo a segurança e a certeza jurídica, tornando previsíveis e controláveis os atos das autoridades. Dessas características principais tantas outras decorrem e, na sua maioria, são reconhecidas a partir de Max Weber, que concebe o Direito como algo central na sociedade capitalista e, portanto, na economia moderna⁴¹⁹.

Assim, segundo a concepção weberiana, o nascimento do Estado racional se deu somente no Ocidente (justamente porque era o único que podia florescer no capitalismo moderno), sendo produto da luta constante (de forma pacífica ou bélica) entre estados nacionais concorrentes pelo poder, o que fomentou as maiores oportunidades para o moderno capitalismo ocidental. Cada Estado particular tinha que concorrer pelo capital que estava livre para estabelecer-se em qualquer lugar e lhe ditava as condições sob as quais o ajudaria a tornar-se poderoso. Da aliança forçada entre o Estado nacional e o capital nasceu a classe burguesa nacional, ou seja, a burguesia no sentido moderno da palavra. É, portanto, o Estado nacional fechado que garante ao capitalismo as possibilidades de sua subsistência⁴²⁰.

O Direito racional nascido do Estado da modernidade, que tinha como principal característica a decisão por parte do funcionalismo especializado, origina-se, em seus aspectos formais (ainda que não em seu conteúdo), do direito romano,

⁴¹⁹ Aqui é importante a leitura de SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Tradução de Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro/São Paulo: UFRJ/Beca Produções Culturais, 2005. p. 155 et seq.

⁴²⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2. p. 517 et seq.

justamente porque foi, primeiramente, um produto da cidade-estado romana⁴²¹, que nunca viu chegar ao poder a democracia (no moldes da cidade grega) e, junto com ela, a justiça. Com a decadência do Império Romano no Ocidente, o Direito chegou às mãos dos notários italianos. Estes, e em segundo lugar as universidades, são responsáveis pela ressuscitação do direito romano. Os notários conservaram as antigas fórmulas contratuais do direito romano, apenas adaptando-as às necessidades atuais, sendo que paralelamente desenvolveu-se nas universidades um ensino sistemático. Porém, decisiva foi a racionalização do processo⁴²². A inflexibilidade, sob esse aspecto, tornou-se tal que se a parte falasse uma única palavra errada perdia o processo porque ele tinha um significado mágico. O formalismo mágico do processo germânico se associava ao formalismo do direito romano e se submetia a uma interpretação no sentido deste último. Desta mudança participou também a realeza francesa mediante a criação da instituição dos intercessores (advogados), cuja tarefa consistia, sobretudo, em falar corretamente as fórmulas judiciais⁴²³.

Por conseguinte, o pensamento weberiano pode ser sintetizado nestes termos: o formalismo⁴²⁴ jurídico ocidental, e em particular o continental, é uma característica da produção-interpretação-(re)elaboração de normas que procuram fazê-la o mais abstrata e impessoal possível, indiferentes às considerações humanas. E isso como premissa fundamental para uma aplicação-interpretação das normas ao caso singular o mais objetivamente possível, sem atenção à pessoa, de modo formalmente igual para quem se acha na mesma situação fática. Mais exatamente, na reconstrução histórica weberiana, o formalismo se delineia como condição essencial à edificação de uma nova forma de poder: o domínio por meio de normas

⁴²¹ Sobre o assunto, é importante a leitura de COULANGES, Fustell. *A cidade antiga*. São Paulo: Martim Claret, 2000.

⁴²² Nesse sentido, são importantes as considerações de Ovídio Araújo Batista da Silva, nas quais aponta para as relações entre o capitalismo, o “direito racional” e a religião, especialmente quanto à “ética que privilegiava a obtenção ilimitada de dinheiro e a estrita renúncia a todo o gozo espontâneo da vida, sem que a felicidade pessoal e os prazeres mundanos integrassem essa ética religiosa, extremamente severa” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 63).

⁴²³ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2. p. 518.

⁴²⁴ O formalismo, de fato, não é simplesmente uma doutrina lingüística, mas uma doutrina indissolúvelmente ligada a elementos centrais da tradição liberal. Isso envolve o específico modelo antropológico, as específicas noções de comunidade, de racionalidade, de prática e de política apropriadas pelo liberalismo (SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44).

jurídicas abstratas nos confrontos de massa dos dominados (súditos ou homens livres)⁴²⁵.

Para que o poder seja exercido sem nenhuma mácula é que os defensores do formalismo pensam que nenhum elemento da subjetividade do indivíduo interfere com clareza na interpretação, ou que, se algo interfere, isso pode e deve ser controlado pelo próprio indivíduo: cada desejo pessoal pode e deve ser ignorado no momento em que se está empenhado na interpretação de uma norma. Esta possibilidade está implícita na convicção de que um sistema político “justo” é aquele no qual os significados gerais e abstratos da palavra definem sua utilização, e no qual a vontade geral do intérprete se submete à vontade impessoal das normas, uma vontade expressa através da linguagem auto-evidente na qual elas são formuladas. Portanto, o formalismo exige aquilo que antes define como um modelo antropológico hierárquico-dualista: um modelo pelo qual a submissão à lei geral e abstrata é um ato racional, escolhido livremente pela própria vontade do indivíduo, aquela mesma vontade que deve impedir qualquer interferência dos desejos, das idéias, em resumo, da subjetividade do jurista na operação interpretativa⁴²⁶.

Pode-se perceber, então, que, segundo Weber, a racionalidade do Direito é formal, ponderando que o Direito é um instrumento, um meio para a realização de certos fins e que, quando obtém uma forma regulada, é um sistema normativo fechado. Seus significados “son producidos por medio del razonamiento lógico y todo caso concreto puede ser colocado dentro del âmbito de aplicación del derecho mediante operación simples.” Mas esse modelo é alvo de críticas uma vez que não oferece “espacio alguno para una interpretación correcta, que requeriría especificar los contenidos”. Para a concepção weberiana, o racionalismo jurídico tão só revela significados. Por conseguinte, “el juez, por otra parte, sería una especie de máquina

⁴²⁵ Da questo punto di vista le esigenze formalistiche del detentore del potere s'incontrano con le istanze universitarie, impegnati da secoli nella costruzione di un diritto razionale, sistematizzato, tecnicamente più evoluto, e per questo meglio utilizzabile nella pratica e più facilmente trasmissibile con l'insegnamento. Solo una burocrazia razionalizzata in senso prevalentemente formale può combattere il privilegio, giacché afferma un'uguaglianza giuridica in senso oggettivo e rifiuta in linea di massima le soluzioni “caso per caso”. (MARRA, Realino. Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Milano: Franco Ageli, XXXII/2005/2-3. p. 49).

⁴²⁶ SANTORO, Emilio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44-45.

de subsunciones, que carecería totalmente de libertad para actuar sobre la base de sus propias consideraciones”⁴²⁷.

O racionalismo, que pretende determinar a produção do Direito pelo legislador, encarregado de tal tarefa e sua aplicação pelo Judiciário, que tem como único labor alcançar o sentido unívoco da lei, “dizendo-a” conforme a “vontade do legislador”, vê o Direito como uma ciência lógica, exata, matemática⁴²⁸. Assim, nesse mundo técnico e mecânico, a qualidade se quantifica e o juízo é substituído pelo cálculo. Tudo se desenvolve em função de mecanismos operatórios e “os resultados se admitem apenas em termos de produção, em que a redução formalizante é a estrutura procurada do racional, em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de auto-regulação, neste mundo assim decerto que aquilo que é humano no homem já não tem lugar”⁴²⁹.

Como consequência, além da visão pouco humanitária e racionalista, nos deparamos com a individualização⁴³⁰ e com a massificação. Mas o que isso tem a ver com o jurista e o mundo do Direito? Castanheira Neves responde: “se o direito

⁴²⁷ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 241-242.

⁴²⁸ Sobre o assunto, Thomas P. Wilson conclui que “a matemática não pode desempenhar nas ciências sociais, como o faz nas ciências naturais, o mesmo papel de veículo para a expressão de conceitos e proposições. A razão disso é que dados básicos das ciências sociais, descrições de fenômenos sociais, são tipicamente intensionais no caráter: as ciências sociais não podem insistir na descrição extensional *sem deixar de lado parte de seus fenômenos*.” (WILSON, Thomas P. Sociologia e método matemático. In: GIDDENS, A; TURNER, J. (Org.). *Teoria Social Hoje*. Tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p. 508).

⁴²⁹ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 15.

⁴³⁰ Quando se discutem conceitos como *individualismo*, é necessário que se recorde o exposto por Louis Dumont ao escrever: “algo do individualismo moderno está presente nos primeiros cristãos e no mundo que os cerca, mas não se trata exatamente do individualismo que nos é familiar...” Assim, não se pode perder de vista a grande influência da religião, que foi o “fermento essencial, primeiro, na generalização da fórmula e, em seguida, na evolução. Segundo o autor, para a doutrina cristã o homem é um indivíduo-em-relação-com-Deus, ou seja, um indivíduo essencialmente fora-do-mundo. Nessa evolução, admite-se o surgimento súbito do individualismo porque enquanto a *polis* era considerada auto-suficiente em Platão e Aristóteles, presume-se agora ser o indivíduo quem se basta a si mesmo (DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1995. p. 36).

Nesse momento, pode-se perceber que as relações entre o individualismo e o Direito acontecem porque muitos historiadores e filósofos têm observado que o *individualismo*, que é um produto cultural moderno, tem origem no cristianismo. É importante igualmente considerar que, em nossas atuais circunstâncias, não são mais – ou talvez nunca tenham sido – os indivíduos, considerados em si mesmos, os sujeitos da História. As verdadeiras forças sociais estão representadas pelos grupos. Todavia – isto é que nos importa – as instituições processuais, tais como foram concebidas, permanecem tendo o indivíduo como protagonista (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 60-61).

só pode sê-lo enquanto for um transcender axiológico que fundamente (e, portanto, critique) as relações humanas na convivência comunitária, se o direito só tem sentido, e autonomia, como projecto axiológico da vida comunitária, decerto que não terá ele lugar numa sociedade que aceite submeter-se ao totalitarismo da redução racional-tecnocrática”⁴³¹.

Esse é, atualmente, o “recheio” da crise do Direito e da jurisdição, o velho paradigma, ainda mantido e cultuado, objetifica o ser, ignora sua historicidade e faticidade, sistematiza o Direito, transforma em técnica e embalada a individualização do homem, interpretando de forma simplesmente literal o texto legal. Partindo desse racionalismo exacerbado, os operadores jurídicos vêem o Direito como uma ciência jurídica, altamente sistemática, da qual se reconhece um grande “interese por las definiciones y las clasificaciones”⁴³². No embalo da sistematização, do aprendizado mecânico e acrítico desenvolvido nas universidades⁴³³, e o modelo de Direito que hoje predomina no Brasil é aquele da “cultura manuelesca”. Desse modo, se construiu um imaginário jurídico produzido a partir de manuais, a maioria de duvidosa qualidade. Com efeito, simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado d’arte da crise. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, através dos manuais, estão desconectados com a complexidade social. Além disso, essa cultura

⁴³¹ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1. p. 17.

⁴³² Tudo isso porque “gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica e acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se ve como algo convencional, válido solo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 113).

⁴³³ “as faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a “sabedoria” codificada e a conviver “respeitosamente” com as instituições que aplicam (e interpretam) o Direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos” (FARIA, José Eduardo. *A reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 24).

Nesse mesmo sentido, Leonel Severo Rocha salienta a dupla crise que se apresenta nas faculdades de Direito: “por um lado, devido ao fato de não produzirem uma dogmática jurídica dotada de uma técnica atualizada perante as novas demandas do capitalismo tardio; de outro, por não terem uma efetiva função social, notadamente em relação aos segmentos marginalizados da população. Deste modo, muito mais do que uma crise da ‘ciência do Direito’, há crise na reprodução legítima da dogmática jurídica que não consegue justificar a sua ideologia de ‘bem comum’ devido à ausência de críticas mais efetivas à racionalidade jurídica e à formação dos juristas” (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999).

estandardizada procura explicar o Direito através de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social⁴³⁴. Por conseguinte, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos e idealistas, o *déficit* de realidade aumenta dia-a-dia.

Entretanto, deve-se admitir que “el común de los estudiantes de derecho es adoctrinado desde el comienzo en su carrera sobre esa base y nunca se le ocurre suscitar problemas; todo lo que él conoce son las características y el modelo de la ciencia jurídica perpetúa”. Além disso, a ciência do Direito é uma criação dos professores, “y nuestro derecho dominado por los jueces es inhospitalario para ella. Los jueces del derecho consuetudinario son solucionadores de problemas más teorizantes y el acento del derecho civil sobre el cientifismo, la sistemática, el formalismo e ismos partecidos e encamina por el sendero de soluciones efectivas de problemas”⁴³⁵.

Assim, mais do que a superação da crise jurisdicional, é necessário superar a crise do Direito, que vem baseada numa crise de paradigmas com dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstacularizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, uma crise de cunho hermenêutico, que mantém os juristas imersos num imaginário metafísico-objetificante, no qual ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem lingüística ocorrida no século XX. Conseqüentemente, no momento em que o imaginário dos operadores do Direito esquece a diferença ontológica, torna-se possível “separar o direito da sociedade, enfim de sua função social”. “Dito de outro modo, o formalismo tecnicista

⁴³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2006. p. 223-262. O mesmo autor vai além, exemplificando sua afirmativa: alguns exemplos beiram o folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade”, constante no art. 24 do CP, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) utilizando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua” e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade...!) A pergunta fica mais “sofisticada” quando o professor resolve discutir o “foro de julgamento” de Caio (entra, então, o relevantíssimo debate acerca da origem da referida tábua, como se pudesse haver outra flutuando em alto-mar, além daquela que, com certeza, despregou-se do navio naufragado...!) No exemplo, devem existir muitas tábuas, talvez milhares – em alto-mar, para que um dos personagens, nascidos para servirem de exemplo no direito penal, agarre-se a ela. Interessante também o exemplo utilizado para explicar as concausas constantes nos artigos 13, do CP.

⁴³⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición juridical romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 118-119.

‘esqueceu-se’ do substrato social do direito e do Estado”⁴³⁶. Justamente por isso o Direito deixou de ser um instrumento de transformação da realidade social e a norma legal precisou (mais do que nunca) gerar certeza e segurança, de modo que fica vedada a interpretação e a criação judicial.

É por isso que o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional mecânica foi fomentado, por séculos, objetivando preservar a certeza e a segurança nas decisões⁴³⁷. Essa concepção veio baseada na manutenção e defesa da teoria da colaboração/especialização de funções que, por sua vez, foi resultado da Revolução Francesa. O objetivo de sua criação foi prevenir o arbítrio do Judiciário francês e italiano. Porém, suas raízes também se encontram deitadas sobre o racionalismo. Também tiveram como base a crença de que o Direito pudesse ser claro e certo de modo que o indivíduo pudesse conhecê-lo sem a necessidade de intervenção da ação judiciária, tudo isso porque a certeza é um aspecto da justiça, que foi um dos objetivos da revolução européia. Na verdade, o que o povo aspirava era a justiça, que seria obtida através de um ordenamento jurídico uniforme em sua aplicação, claro e simples.

O ideal de certeza e a necessidade de garantia da segurança vêm sendo utilizados com vários propósitos, dentre eles a fixação de limites ao arbítrio dos juízes. No entanto, “su aplicación más importante es un reflejo de la desconfianza en

⁴³⁶ STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Constitucionalizando D.I.R.E.I.T.O.S. – 15 anos de Constituição Brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (Org.). Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 134.

⁴³⁷ Nuestra vida discurre, día a día, como bien sabemos, hacia a un futuro que creemos conocer o, al menos, que podemos imaginar, porque él tenemos un saber previo, no completo ni exacto, pero suficiente para hacer soportable la vida a quienes, como los seres humanos, tienen conciencia de su propia existencia, con un pasado que recuerdan, un presente instantáneo y un previsible futuro. De ese saber forma parte el ordenamiento jurídico. Está claro, sin embargo, que la predicción de lo que puede suceder no depende solo de las características del ordenamiento jurídico, de su claridad, de su completitud, de la calidad y estabilidad de las normas que lo forman. Todo ello, sin duda, se integra en la mínima seguridad que necesitamos para proyectar nuestras vidas, o dicho más sencillamente, para vivir. Pero esa mínima cualidad nos la da todo el hecho de que previsiblemente, las "cosas" en general se van a producir siguiendo el orden de los días y de las noches, de las estaciones, del crecimiento, la madurez, la vejez y la muerte, etc. Sobre esa sucesión ordenada vivimos aun asumiendo que se producirán situaciones imprevistas, algunas muy graves, que la rompan. La base de nuestra vida, sin embargo, se encuentra en la previsible continuidad de un orden conocido de acontecimientos cuya fragilidad asumimos y nos mantiene alertas, aunque no demasiado, porque sobre el temor de todo lo que puede suceder, es imposible vivir. Es bien sabido que los centinelas tienden a dormirse incluso antes de la batalla. (MORENO, Fernando Sainz. El legislador racional y la predicibilidad de la conducta humana. In: MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/ Colégio Libre de Eméritos: 2004. p. 139).

los jueces” de modo que “los jueces tienen prohibido legislar en bien de la certeza. La legislación debe ser clara, completa y coherente en nombre de la certeza”⁴³⁸. Conseqüentemente, “el proceso de interpretación y aplicación del derecho debe ser automático hasta donde sea posible igualmente e bien de la certeza.” Então, observa-se que a acentuação da certeza “es una expresión de un deseo de crear un derecho a prueba de jueces.”⁴³⁹

Portanto, mais uma vez o juiz se reporta à concepção montesquiana “al suo ruolo originario di ‘bocca della legge’, perché, infine, ‘la legge si applica e non si interpreta’.” Por conseguinte, existe previsão legal para o caso concreto que deve apenas ser aplicada. Entretanto, “le valenze creative dell’interpretazione sono inevitabili, essendo necessario scegliere tra diverse opinioni possibili in base al testo della norma e al sistema in cui essa si inserisce: e scegliere significa privilegiare alcuni o altri elementi di valutazione”⁴⁴⁰. Isto se evidencia quando o legislador confia ao magistrado a utilização de conceitos gerais e indeterminados, transformáveis com o decorrer do tempo, tornando-se uma constante em toda a atividade interpretativa. Esse fenômeno conquista dimensões particularmente agudas em um ordenamento caracterizado por uma produção legislativa muito intensa e contraditória. O resultado é, em todo o caso, um sistema no qual a certeza do Direito é, inevitavelmente, um mito⁴⁴¹.

Uma das bases de sustentação da segurança e da certeza do Direito (além de todos aqueles pressupostos do Estado Liberal) é o clamor social pela previsibilidade da decisão, uma vez que ambos são requisistos típicos do serviço público em um sistema democrático que respeite os direitos do cidadão⁴⁴². Se trata, na verdade, de

⁴³⁸ Mas “il fatto è che il sistema legislativo non è una realtà preesistente all’interpretazione, qualcosa di perfetto, di cristallizzato, di formalmente definito rispetto a cui è possibile un’unica lettura. C’è sempre necessità di un bilanciamento, di una sottile attività tesa a soppesare i valori che la stessa Costituzione esprime” (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. 63-64).

⁴³⁹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición juridical romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 88-89.

⁴⁴⁰ CASELLI; PEPINO, op. cit., p. 57.

⁴⁴¹ “Sia nel quadro istituzionale e culturale della common law, fondata sull’efficacia vincolativa dei precedenti, sia in quello dei sistemi continentali, la certezza del diritto è apparsa ad alcuni valori in tutto o in parte tramontato, della ‘società in trasformazione’, oppure, più radicalmente, non un valore ma un mito, un’idea ed un’aspirazione illusorie” (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 137).

⁴⁴² Na Europa, foram invocadas em particular duas medidas profiláticas a fim de garantir um grau satisfatório de certeza. Alguns pensaram resolver o problema da certeza redigindo os textos normativos de modo rigoroso, utilizando termos técnicos e precisos que não deixam espaço para a

alcançar um equilíbrio satisfatório entre a exigência legal e a função judiciária específica (interpretação de uma legislação muitas vezes obscura, tutela de necessidades emergentes e novos direitos em uma sociedade em transformação), que não precisa, no entanto, de engessamento (seja através do culto ao positivismo jurídico, nesse caso, mais geral ou através de emendas à constituição - EC 45/04 - com suas súmulas vinculantes, especificamente sobre a legislação brasileira)⁴⁴³. A segurança e a certeza jurídica poderiam ser alcançadas, quem sabe, mediante o confronto jurisprudencial e a rigorosa motivação da decisão, uma vez que a necessidade de certeza não se refere à norma legislada abstratamente considerada, prescindindo da *applicatio*, mas da norma interpretada hermeneuticamente.

Na busca de segurança e certeza jurídicas, nasceu o Direito positivo, cuja origem é ligada à formação do Estado da modernidade surgido com a dissolução da sociedade medieval, notavelmente pluralista⁴⁴⁴. Nesse momento, a sociedade assume uma estrutura monista, na qual o Estado concentra em si todos os poderes, monopolizando, inclusive, a produção jurídica. Nesses termos, o Direito passa a ser definido como um conjunto de regras que são consideradas como obrigatórias em uma determinada sociedade, cuja violação dará lugar à intervenção de um terceiro que tem papel delimitado: dirimir o conflito através de uma decisão judicial na qual está contida a sanção a ser aplicada àquele que violou a norma. O positivismo jurídico também contribuiu para a afirmação da crise pela qual passa a jurisdição, sendo o tema agora abordado.

ambigüidade. Naturalmente, dado que nenhuma formulação lingüística pode determinar como o juiz interpretará a norma, esta estratégia foi contraproducente: produziu normativas minuciosas e incompreensíveis que terminaram por aumentar a incerteza do Direito. A maior parte dos juristas europeus, para restituir a certeza às disposições normativas individualizadas, voltou, então, a enfatizar a importância da estrutura do Direito (SANTORO, Emilio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 48).

⁴⁴³ Segundo Vincenzo Marinelli, “un minimo di certezza del diritto è comunque necessario: se la certezza mancasse del tutto, non si potrebbe nemmeno più parlare di diritto. Dove infatti le regole non sono certe, e i relativi meccanismi di controllo e di sanzione non sono affidabili, c’è crisi della legalità, senz’altro, anomia. In qualsiasi società bisogna poter contare un’adeguata stabilità di significato delle norme giuridiche, sul sicuro o probabile raggiungimento di determinati effetti se le si osserva, sulla reazione alla loro inosservanza” (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 134).

⁴⁴⁴ Aqui, o termo “pluralista” vem utilizado para definir uma sociedade constituída por uma pluralidade de grupos sociais, cada um dispondo de um ordenamento específico, nos quais o Direito acontecia como um fenômeno produzido pela sociedade civil e não pelo Estado.

3.5 O positivismo jurídico e a interpretação negada: a *applicatio* em perigo

O diferencial histórico delimitador do Direito positivo dizia respeito ao período anterior à formação do Estado da modernidade, quando, de fato, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do legislativo, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, podendo utilizar os costumes ou a equidade. Todas se encontravam no mesmo nível de importância, podendo ser aplicadas e constituídas em fontes de Direito. Isso permitia aos juristas tratarem de duas espécies de Direito: o Direito natural e o Direito positivo⁴⁴⁵. Todavia, com a formação do Estado da modernidade, o juiz de livre órgão da sociedade se torna órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário estatal. Conseqüentemente, todas as regras não positivadas passaram a ser vistas como regras de menor importância e seu uso arrefeceu. Em resumo, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a ser aplicada nos costumes ou na equidade. Posteriormente, à função judiciária foi adicionada àquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz. Com a formação do Estado da modernidade, é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar nos costumes ou na equidade, lhe impondo a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, se tornando, assim, o único criador do Direito⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ A distinção entre direito natural e direito positivo acontece mediante seis critérios: o primeiro baseia-se em Aristóteles e se dá na antítese universalidade/particularidade, uma vez que o direito natural vale em toda a parte e o direito positivo apenas em alguns lugares. O segundo critério baseia-se na antítese imutabilidade/mutabilidade, uma vez que o direito natural é imutável no tempo, ao contrário do positivo. Posteriormente, a distinção se dá com base nas fontes e, conforme Grócio, na antítese *natura-potestas populus*. O quarto critério se refere ao modo como o direito é conhecido, o modo pelo qual chega aos seus destinatários, uma vez que o natural é aquele que conhecemos através de nossa razão e o positivo por meio de uma declaração de vontade alheia (promulgação). Depois, existe a diferença entre o objeto dos dois direitos, ou seja, os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmo, enquanto os regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque foram disciplinados de um determinado modo pelo direito positivo. Finalmente, a última distinção se refere ao critério de valoração das ações: direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 22-23).

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26

Conseqüentemente, o positivismo foi um movimento jusfilosófico nascido no Estado Liberal, no século XIX (possuindo como principais representantes Kelsen⁴⁴⁷, Ross e Hart), que via o Direito como um sistema de normas dispostas hierarquicamente, criadas pela vontade humana em conformidade com outras normas, o qual caracteriza-se pela persecução de um objetivo bastante específico: a segurança e a certeza nas relações sociais⁴⁴⁸. Justamente por isso o positivismo não adota como critério identificador do jurídico “aquilo que é justo”, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça. Exclui-se também “aquilo que é eficaz”, pelo risco do arbítrio e a conseqüente imprevisibilidade que segue a este⁴⁴⁹. Então, se a justiça e a eficácia não servem de critério de juridicidade, o positivismo elabora seu próprio critério: a validade⁴⁵⁰. Desse modo, a norma jurídica não é necessariamente justa ou eficaz, e sim válida⁴⁵¹.

Assim, se a norma jurídica é uma norma necessariamente válida, e sendo sua validade determinada pelo próprio ordenamento (é o próprio Direito e não o comportamento dos homens ou seus ideais de justiça que determinam o jurídico), os positivistas conseguem isolá-lo da moral e da política, determinando, com precisão, seus limites. Mas como manter a coerência interna do ordenamento jurídico? O que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas? Por que uma norma vale, o

⁴⁴⁷ No entanto, a base teórica fará referência somente a Kelsen, uma vez que é o autor cuja teoria possui maiores vínculos estruturais com a presente tese, possuindo conexão direta com a estrutura do Estado Moderno segundo a concepção weberiana de estado legal-racional. Sobre o positivismo jurídico e seus principais autores, é importante a leitura de SERRA, Antonio Truyol y. *Historia de la filosofía del derecho y del estado*. 3. Idealismo y positivismo. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

⁴⁴⁸ O positivismo foi, também, uma resposta à necessidade de frear o poder do Leviatã estatal submetendo-o ao controle dos juízes. É por isso que a trajetória do Estado de Direito na Europa continental foi, nesse momento, uma grande tentativa de juridicizar o poder, enfatizando os aspectos substanciais mais do que os formais na tentativa de fazer sobreviver o poder soberano e a liberdade individual (SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29).

⁴⁴⁹ La idea del derecho positivo es la idea de una disposición que ha llegado a ser derecho de manera arbitraria, que es considerada como fuente de derecho en virtud de algún hecho o acción que no tiene ninguna conexión intrínseca con el contenido, sustancia o cualidad de la disposición misma. Ha sido establecida, y esto es lo importante; por lo tanto aquí está, y nuestra obligación como jueces o académico es hacer algo jurídico de esto, y no de cualquier otra cosa que pudo haber sido establecida en su lugar (WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 113).

⁴⁵⁰ En nuestra teoría del derecho, la validez jurídica remite al hecho y al momento de la aprobación más que al proceso parlamentario en su conjunto, precisamente porque muchos de los elementos que forman parte de la deliberación que precede a la aprobación no pueden ser considerados como parte integrante de una ley aprobada (Ibidem, p. 52).

⁴⁵¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p. 20.

que constitui o seu fundamento de validade? Dizer que uma norma vale, que é vigente, significa dizer que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito por essa norma. Portanto, o fundamento de validade de uma norma, que lhe confere existência jurídica, é uma outra norma⁴⁵². Essa norma que representa o fundamento de validade é figurativamente designada de superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, inferior⁴⁵³.

No entanto, a investigação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. Ela precisa se direcionar para uma norma que se pressupõe como a última, a mais elevada. Ela precisa ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por outra, cuja autoridade teria que se fundamentar numa norma mais elevada. Essa norma pressuposta como a mais elevada é designada por Kelsen como a norma fundamental (*Grundnorm*). Assim, o direito se autoproduz, baseando-se sempre na norma fundamental, que se encontra no topo do ordenamento e que o fundamenta. Desse modo, a norma fundamental é a fonte de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. Assim, é ela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas.

Em outras palavras: mediante a teoria da norma fundamental, é possível observar as efetivas condições de produção de um saber jurídico verificável e objetivo, de uma “ciência do direito”⁴⁵⁴, produtora de enunciados reveladores de uma

⁴⁵² Cuando los juristas preguntan por el fundamento de validez de una norma, deben indicar en sus respuestas otra norma, que regule su procedimiento de creación. La relación de validez anexa al dominio del saber jurídico una estructura de fundamentación basada en relaciones jerárquicas de poder. Así, una norma es fundamento de la validez de otra, cuando un órgano dotado de autoridad normativa delega en otro órgano la facultad de producir normas, que, por lo general, serán de menor extensión lógica, ya que sus ámbitos de validez serán más particularizados. Esto permite a los juristas intuitivamente hablar de normas superiores y norma inferiores. La norma superior, más generalizada y con una cuota de poder jurídico mayor es vista como fundamento de validez de la inferior (WARAT, Luis Alberto. *Epistemología e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 268).

⁴⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 267.

⁴⁵⁴ Sobre o positivismo e a “ciência do direito”, deve-se observar que “i positivisti non hanno il monopolio dell’uso della parola ‘scienza’ a proposito del diritto[...] Questa scienza non è dunque la conoscenza, da parte di un osservatore esterno, del diritto enunciato dai pratici. Essa è questo enunciato e la scienza del diritto si confonde con il discorso dei giudici. I sostenitori di questa concezione designano questo discorso col nome di scienza per due ragioni: da una parte, in quanto si esprime all’indicativo, essa sembra corrispondere ad un’attività conoscitiva, alla conoscenza dei rapporti giusti; dall’altra, questa conoscenza è ordinata e sistematizzata. I positivisti considerano inaccettabile questa concezione in primo luogo sulla base di una meta etica anti-cognitivistica: il giusto e, in generale, i valori non possono essere oggetto di conoscenza, tanto meno di conoscenza

verdade material e não produtora de algumas ilusões metafísicas. Para eliminar essas ilusões metafísicas, se faz necessário um marco teórico interpretativo, que outorgue objetividade aos dados normativos mediante um processo de organização sistemática, processo esse impossível de ser alcançado, conforme a teoria kelseniana, sem a pressuposição de uma norma fundamental hipotética⁴⁵⁵.

Por conseguinte, para que o projeto positivista seja exitoso, é necessário que a validade e a norma suprema cumpram o papel a que foram destinadas, que é o de possibilitar a autofundamentação do Direito, isolando-o de qualquer valoração moral e do poder político. Todavia, a norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas que formam o sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos das autoridades a quem a norma fundamental confere competência e às outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência estabelecendo as normas positivas deste sistema. Do mesmo modo, uma norma não vale porque tem um determinado conteúdo, ou seja, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada, em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental⁴⁵⁶.

A busca pela fundamentação das normas jurídicas em uma norma hierarquicamente superior oferece validade ao ordenamento jurídico e determina o estudo do Direito como uma ciência físico-matemática⁴⁵⁷ avaliativa que distingue entre juízos de fato e juízos de valor, excluindo, necessariamente, os últimos, uma

“científica”, quale che sia il senso che si dà a questo termine. I giudizi di valore sono in realtà soltanto l'espressione delle nostre emozioni o della nostra volontà e non descrivono alcuna realtà empirica”. (TROPER, Michel. *Per una teoria giuridica dello Stato*. Napoli: Guida, 1998. p. 35-36).

⁴⁵⁵ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 266.

⁴⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 273.

⁴⁵⁷ As condições de possibilidade da ciência jurídica, kelsenianamente falando, são os critérios de cientificidade do positivismo, cujas idéias principais são: “a) un descrédito absoluto de la metafísica; b) la reivindicación del concepto de verdad como correspondencia entre el contenido de la norma y el contenido de la proposición, elaborada por la ciencia del derecho; c) un profundo rechazo de todas las manifestaciones ideológicas; d) una actitud obstinada en no aceptar enunciados, que exteriorizando opiniones o juicios subjetivos, impedían el acceso a un conocimiento objetivo; e) una creencia ciega en la razón como la única vía para la obtención de un sistema de conceptos, liberados de las articulaciones engañosas de la ‘doxa’ (un saber ideológico, metafísico, sin respaldo objetivo), pero reveladora de las verdaderas articulaciones” (WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 278).

vez que a cientificidade diz respeito a fatos e não a valores. Na verdade, a exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: “o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação”; já o juízo de valor representa, ao contrário, “uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade de não informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas”⁴⁵⁸.

É nesse sentido que o positivismo propõe uma análise avaliativa do contexto social, procurando alcançar um conhecimento puramente objetivo da realidade. Por conseguinte, assume uma atitude científica, propondo o estudo do Direito como fato e não como valor. Desse modo, para os positivistas, validade e valor são conceitos nem sempre inseridos num mesmo contexto, sendo que a primeira indica a qualidade da norma, segundo a qual ela existe na esfera do Direito, como norma jurídica. Ela é válida se faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente. Já o valor de uma norma jurídica indica uma qualidade dessa norma mediante a qual ela é válida conforme o Direito ideal. Segundo o positivismo, distingue-se e separa-se o conceito de validade daquele de valor, considerando que a possibilidade de formular um juízo sobre valor do Direito sustenta que tal juízo se afasta do campo da ciência jurídica⁴⁵⁹.

No início do século XX, todo o sistema da Europa continental sofre uma crise de legitimação gerada pela progressiva perda de plausibilidade do axioma jurídico sustentador do paradigma “legicêntrico” rousseauiano-montesquiano, retomado posteriormente pela teoria kelseniana. Segundo esse axioma, o processo de

⁴⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

⁴⁵⁹ É nesse sentido que o positivismo sofre críticas importantes: “no deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque como deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotiva, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite” (CASAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Traducción de Ángeles Ródenas. In: *Revista Doxa*. Filosofía del Derecho n. 21 - I, 1998, p. 212. Disponible em: <www.cervantesvirtual.com>).

resolução das controvérsias legais coincide com o processo de interpretação dos textos normativos. Em outras palavras, os litígios levados às Cortes devem ser resolvidos através do exame das normas codificadas. Por conseguinte, o tão aclamado carácter lógico do processo de decisão judicial não passa, no melhor dos casos, por uma ficção. Na realidade, não existem garantias de que haja nexos vinculante entre os textos normativos e as decisões das Cortes. A crise nasce da afirmação de que o Direito não gozava daquela que era classicamente considerada sua virtude principal: a certeza⁴⁶⁰.

A incerteza, que volta a assombrar o imaginário dos juristas, favorece o surgimento de uma nova concepção de Direito: a teoria realista, cuja principal disposição salientava que o juiz não é, não pode ser, e é bom que não seja, vinculado às normas. Essa teoria diferencia o processo de resolução de controvérsias jurídicas daquele de sua exposição de motivos. O juiz recorre à norma para explicar sua decisão, mas esta é tomada segundo outros parâmetros (aqueles que, na concepção do magistrado, são “justos” no caso concreto). Assim, o realismo rechaça a idéia de que as normas “decidam” as controvérsias. Portanto, os juízes decidem as causas pendentes a eles apresentadas⁴⁶¹.

Mas, contrária à concepção realista⁴⁶² do Direito, se pode encontrar o antirrealismo, que ajuda a reforçar a tese do positivismo, justamente porque o positivismo rechaça qualquer possibilidade de ligação entre Direito e moral e, ainda que realismo moral e realismo jurídico sejam coisa diferentes⁴⁶³, os antirrealistas embasam sua teoria na negativa de que existam fatos morais que determinem a

⁴⁶⁰ SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 26

⁴⁶² Nesse sentido, é importante o texto de NEUMANN, Ulfrid. *Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA*. Tradução de Francesca Puigpelat Martí. In: *Revista Doxa. Filosofía del Derecho*. n. 17-18, 1995. p. 435 et seq. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>.

⁴⁶³ No entanto, é importante diferenciar realismo moral e realismo jurídico, de modo que “quienes enseñan filosofía moral a los estudiantes de derecho deben siempre dedicar algún tiempo a explicar que el realismo moral tiene muy poco en común con el realismo jurídico, y que de hecho entre en contradicción con este en diversos aspectos. La versión jurídica se aproxima mucho más a lo que significa el realismo para una persona normal, es decir, el sentido habitual en el que la exhortación ‘seamos realistas’ significa ‘seamos cínicos’. En cualquier caso, ‘realismo moral’ es la manera en que los filósofos llaman a la falsedad moral objetivar; y ‘antirrealismo’ es el termino usado para el rechazo filosófico de dicha tesis” (WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 195-196).

verdade ou falsidade dos juízos que formulamos e afirmamos que só existem juízos morais. Na verdade, as reações contrárias acontecem por parte dos defensores do modelo rousseaiano-montesquieuniano, cuja concepção de ordenamento jurídico é de que a lei estabeleça positivamente, contra o arbítrio judiciário, aquilo que é proibido e punível. Desse modo, cabe ao magistrado, tão-somente, aplicar a lei, ajustando os pressupostos por ela fixados. Nesse sentido, a afirmação de que é o juiz e não a lei que decide os conflitos, de que é o juiz e não o legislador que produz o Direito, é recebida como uma negação ao Estado de Direito e a todos os seus pressupostos formadores: princípio da legalidade, limite ao arbítrio judicial, garantia de certeza, igualdade e liberdade⁴⁶⁴.

Deriva daí o caráter puramente cognitivo do juiz, chamado exclusivamente a verificar os fatos e aplicar-lhes a lei, o pressuposto de que o magistrado desempenhará seu papel como previsto é pressuposto de certeza e segurança, garantia de igualdade perante a lei e de liberdade contra o arbítrio⁴⁶⁵. Nesse contexto, a ciência jurídica é uma ciência porque as normas podem e devem ser aplicadas pelos diversos sujeitos que decidem através de procedimentos lógicos. A personalidade e os valores de quem decide não devem interferir, apenas as normas devem ser levadas em consideração. Essa é a base do paradigma positivista: a diferenciação entre o jurista (o cientista que estuda o Direito) e o Direito. O jurista é o autor de uma atividade cognitiva que encontra frente a si um objeto já dado, definido, concluído: o Direito. Assim, a atividade do jurista “nasce” depois, exercita-se sobre

⁴⁶⁴ O fato é que, atualmente, ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que o novo paradigma do Direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes, com a plenipotencialidade dos discursos de fundamentação, sustentada no domínio da regra e no menosprezo pelo discurso de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélicos-tomistas e da filosofia da consciência (STRECK, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2006. v. 1. n. 4, anual, p. 223-263).

⁴⁶⁵ La palabra ‘arbitrario’ posee al menos tres sentidos, todos ellos negativos. A veces significa ‘impredecible’..., otras veces significa ‘no razonado’, como cuando una decisión refleja un prejuicio o es tomada por capricho, más que sobre la base de un argumento... un tercer sentido de ‘arbitrariedad’ es especialmente importante para el derecho constitucional estadounidense. Algunos opinan que, incluso cuando los jueces toman decisiones morales de la forma más razonada y predecible posible, dichas decisiones carecen de legitimidad política. Son el pueblo o los legisladores que este ha elegidos los que deben tomar este tipo de decisiones. No son los jueces que deben determinar los principios y valores sociales. En este sentido democrático, ‘arbitrario’ significa algo parecido a ‘carente de autoridad o legitimidad’ (WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 199).

uma “realidade” já constituída que apenas espera ser completamente representada⁴⁶⁶.

É nesse sentido que ainda se mantém a procura desenfreada pela busca de um método que possa proporcionar uma interpretação que alcance a vontade da norma ou a intenção do legislador, sem a interferência de qualquer outro fator externo às partes. Assim, pode-se verificar que o “pensamento dogmático do Direito acredita na possibilidade de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo”. Ainda se busca auferir o exato “espírito do legislador”, sem que se saiba o que isso significa, “a vontade do legislador”, como se fosse possível descobri-la quando por ventura “o legislador” troca de partido político ou já morreu, o “espírito da lei” (*sic*), para que se esteja diante de um adepto da corrente subjetivista; afirma que a invocação da “vontade da norma”, como se norma pudesse ter algum sentimento volitivo, ou a da “intenção da lei”, deveria acompanhar o processo da formação das leis no parlamento, para verificar a existência de intenção (*sic*) da lei, o que é um indício da presença de um “objetivista”⁴⁶⁷.

Nesse momento, a hermenêutica assume real importância como meio de realizar as condições de possibilidade de compreensão no sentido geral⁴⁶⁸, de modo que uma “*situação hermenêutica* é uma espécie de ‘lugar’ que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer uma avaliação do campo temático⁴⁶⁹.” Para a hermenêutica filosófica, o compreender sempre é ao mesmo tempo, algo que se pode explicitar na linguagem, mas também é algo que faz parte no modo de ser no mundo⁴⁷⁰. A compreensão ocorre quanto àquilo que faz parte no nosso mundo sentido. Isso gera a certeza de

⁴⁶⁶ Sobre o positivismo pernicioso que não conseguem trabalhar com outra realidade exceto aquela já posta, ignorando a complexidade social, é importante a leitura de CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. In: *Revista Doxa*. Filosofía del Derecho n. 25, 2002. p. 212. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>.

⁴⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39-41.

⁴⁶⁸ L'ermeneutica giudiziaria si caratterizza come un'ermeneutica 'regionale' e rimanda, ut sic, ad un quadro più allargato: quello dell'ermeneutica generale. La concezione ermeneutica rifugge dalle assolutizzazioni del sapere, considerandolo essenzialmente come rete di precedenti, stratificazione e collegamento di significati, catena di interpretazioni, e assegnando importanza cruciale al rapporto tra presente e passato, in entrambi le possibili direzioni: influenza e condizionamento del passato sul presente, ma altresì del presente sul passato. (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 25).

⁴⁶⁹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 53.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 60.

que primeiro se compreende aquilo que possui sentido⁴⁷¹, através de certos pré-juízos, legados pela faticidade e pela historicidade⁴⁷² imbricadas no sujeito⁴⁷³.

Então, não se pode falar simplesmente, em “textos jurídicos”. “O *texto não existe em si mesmo*. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá, sempre, uma norma*. A norma será sempre o produto da interpretação do texto”⁴⁷⁴. Assim, a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que não está contida no texto. No entanto, isto não significa uma separação (ou “independência”) entre texto e norma. Desse modo, a função normativa do Direito encontra-se associada à atribuição de sentido que se dá a ela, ao seu conhecimento interpretativo. Conseqüentemente, “interpretar normas es regular comportamientos. Ha sido frecuente, en cambio, la distinción entre una dimensión reguladora del derecho, se ala jurisdiccional o se ala ordinaria y la actividad del jurista como comprensor de sentido y referencias de la norma jurídica (...)” No entanto, essa interpretação acontece sempre baseada na historicidade do intérprete, pois “accede motivado al texto, pues es portador de toda la problemática de lo real, histórico y

⁴⁷¹ Heidegger analisa o sentido sob dois pontos de vista: descreve a *estrutura do sentido*, que é a descrição dos objetos estruturados no mundo, mas nisso também perguntamos sobre *o sentido da estrutura*. Por que o ser humano tende sempre a estruturar o sentido e não sustentar o sentido puro? É impossível sustentar o sentido puro; por isso, para Heidegger, nunca se dá uma compreensão pura; sempre se dá uma compreensão ligada às condições e ao modo de ser-no-mundo. Aqui, evidentemente, não poderemos entrar em muitos detalhes, mas se situa o núcleo de todo o processo hermenêutico (Ibidem, p. 70).

⁴⁷² Grondin diz que “nós pertencemos à história mais do que ela nos pertenceria. Esta historicidade da aplicação exclui a representação de um ponto zero da compreensão. A compreensão é sempre a continuidade de uma conversação já iniciada antes de nós. Projetados para dentro de uma determinada interpretação, nós continuamos essa conversação. Dessa forma, nós assumimos e modificamos, por nossos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e no seu presente em nós” (GRONDIN, Jean. *Introdução e Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 194). Ao falar sobre Historicidade, Ernildo Stein se remete a Gadamer e acrescenta que sua dimensão serve para “mostrar como todas as manifestações culturais são sustentadas por um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e que nunca conseguiremos trazer totalmente à tona. As formações culturais, sejam elas manifestações na Arte, na Ciência ou na Literatura, são acompanhadas de um processo de pré-compreensão cuja explicitação passa a se tornar tarefa de uma hermenêutica que o filósofo chamará de filosófica.” (STEIN, Ernildo. *Exercício de Fenomenologia limites de um paradigma*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004. p. 163).

⁴⁷³ Si è qui, come è agevole rilevare, agli antipodi rispetto all’utopia intellettualistica della *tabula rasa*. Peraltro l’affermato condizionamento da parte della tradizione non significa determinismo meccanico: fra la tradizione e l’uomo non vi è un rapporto di causalità, ma di reciproca progressiva formazione. L’uomo, nel suo esistere, è costituito dal retaggio spirituale ricevuto dai padri, ed egli concorre con gli altri uomini, a modificarlo grazie alla sua libertà di scelta (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 28-29).

⁴⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 310.

concreto. No es alguien que se olvida de si mismo para que se escuche solo el texto”⁴⁷⁵.

Posto que inexistente a “separação” entre texto e norma, ainda é importante salientar uma “diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*” Assim, no plano da hermenêutica jurídica, pode-se afirmar que “a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto "desnudo"*. Ela é, sim, *a construção hermenêutica do sentido do texto*. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*”. Justamente por isso que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste - o intérprete - poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma)⁴⁷⁶.

Discorrendo sobre a interpretação da norma jurídica, observa-se que ela “não está pronta nem substancialmente concluída”⁴⁷⁷. Assim, não há que se falar em vontade da lei e vontade do legislador, não se pode conceber a lei simplesmente como um texto e entender que ele encerra em si o sentido da lei. Desse modo, “o sentido já vem antes do texto, na medida em que a lei se projeta no mundo da vida como uma tentativa de resolver casos futuros a partir de situações passadas carentes de regulação adequada, o sentido não aparece só depois, como se tratasse da aplicação de um texto”⁴⁷⁸.

Portanto, não se pode negar que a norma sempre será produto da interpretação de um texto e, nesse sentido, interpretar é sempre um ato aplicativo

⁴⁷⁵ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenêutica Jurídica* en torno de la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. I. 1992. p. 86-87.

⁴⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 312-313.

⁴⁷⁷ MULLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 201.

⁴⁷⁸ SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985. p. 111-113.

(*applicatio*)⁴⁷⁹. A *applicatio* no Direito significa, antes de mais nada, respeitar a experiência concreta levando em consideração as circunstâncias particulares do próprio processo interpretativo⁴⁸⁰. Conseqüentemente, existe uma unidade entre interpretação e aplicação semelhante entre o conhecimento e a ação, visto que o intérprete sempre pensará a norma jurídica a partir de um caso concreto, independentemente se real ou fictício.

Negar a interpretação como ato aplicativo significaria negar a temporalidade. “Os sentidos são temporais⁴⁸¹. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo”⁴⁸². Daí resulta a “impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc)”. Por isso, “os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete⁴⁸³. Não interpretamos para compreender, e, sim,

⁴⁷⁹ “A íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a *aplicação*. (...) pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 406-407).

⁴⁸⁰ LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 169.

⁴⁸¹ Sobre o assunto, é importante a leitura de MARRAMAIO, Giacomo. *Kairós. Apologia del tempo debito*. Roma - Bari: Laterza, 2005. p. 73 et seq.

⁴⁸² Nesse sentido: STRECK, Lênio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do Positismo Jurídico. In LUCAS, Douglas César, SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. *Olhares hermenêuticos sobre o Direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 327-399.

⁴⁸³ As relações entre temporalidade e a interpretação refletem, sem sombra de dúvidas, a influência de condicionamentos do passado sobre o futuro, o que não significa que a legislação positivista do passado deva ser sempre interpretada da mesma maneira, ignorando a complexidade e as transformações sociais do presente. Por isso, a hermenêutica aponta para dois aspectos possibilitadores de tal relação: Il primo aspetto riguarda tanto il conoscere che il fare. La comprensione no superficiale del presente può avvenire solo mediante il passato. Non soltanto in grandi eventi storici, ma anche la quotidianità, dai processi formativi medesimi ad ogni sorta di attività umane e di loro prodotto, reca l'impronta del passato e non può essere oggetto di approfondita conoscenza senza l'approccio diacronico, senza il proposito e la capacità di non appagarsi di una visione temporalmente appiattita. Il secondo aspetto, il condizionamento del presente sul passato, riguarda invece solo il conoscere. La comprensione del passato avviene, e no potrebbe essere altrimenti, attraverso il presente. Si richiede quindi consapevolezza dell'influenza che sui processi mentali rivolti alla conoscenza degli accadimenti è esercitata dal nostro modo di essere, da quello che facciamo, dalle teorie nei cui termini siamo abituati a pensare o di cui accettiamo i modelli.

La ragione per cui l'incidenza del presente sul passato riguarda solo la sfera ha un nome ben preciso: immodificabilità del passato, contrapposta al continuo modificarsi della sua conoscenza, che sottolinea il carattere attivo di essa e il ruolo fondamentali svolto al riguardo dalla soggettività interpretante.

Occorre aver chiara, in linea di principio e nelle concrete esperienze di vita, l'interdipendenza tra passato e presente, sia ontogenica (radici biologiche) sia filogenetica (cultura, intesa come apprendimento anche di ciò che è accaduto prima apprendimento abbreviato e necessariamente trasformato, rispetto alla percezione di chi ha direttamente vissuto quelle vicende). (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 25-26).

compreendemos para interpretar⁴⁸⁴. Gadamer vem ao encontro de tal afirmação ao escrever que cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. A compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente*⁴⁸⁵.

Aqui entra a importância da historicidade do jurista que, a partir de sua pré-compreensão, interpreta o texto e o aplica. Porém, nem todos, senão poucos juristas, têm consciência exata do papel que desempenham. Os magistrados, por exemplo, ao julgar, escondem-se sob o texto exato da lei, ou seja, o texto na sua textitude, sendo que, deixando de interpretá-lo, agem como máquinas, as quais o caso concreto é exposto e depois de processado recebe a resposta exata, embasada na norma legal, sem qualquer interpretação. Esse posicionamento encontra respaldo no positivismo jurídico que não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do Direito.

Entretanto (e para tornar tudo mais difícil), arraigada ao positivismo jurídico vem a “discricionariedade positivista” que - muito embora “limitada” pelo ordenamento jurídico – gera, de forma inexorável, uma espécie de mundo da natureza, em que viceja a liberdade interpretativa na qual, queiramos ou não, “cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade”⁴⁸⁶. Isso ocorre porque as

⁴⁸⁴ (...) A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 406).

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 392.

⁴⁸⁶ No entanto, é difícil contestar a discricionariedade do juiz quando um dos princípios do processo civil é justamente o “livre convencimento do juiz”. Isto pode ser evidenciado por autores brasileiros conhecidos, cuja “cultura manuelesca” disseminam: “O juiz é livre na apreciação da prova. Vigorando o princípio do livre convencimento, não está o juiz adstrito a nenhuma prova, nem tem qualquer delas, em razão de sua peculiaridade, mais valor do que outra. Pode o juiz, por exemplo, dar prevalência à

“limitações textuais” que deveriam fazer a contenção da discricionariedade, confinando-a aos marcos do ordenamento, acabam sendo ultrapassadas por um “aprimoramento genético” do positivismo: não satisfeito com uma “discricionariedade contida nos marcos do ordenamento”, o positivismo, partindo do esquema sujeito-objeto, constrói diversas maneiras de ultrapassar estas limitações⁴⁸⁷.

É nesse sentido que reside a proposta de examinar a problemática da discricionariedade (ausência de controle na interpretação e nas decisões judiciais) e a sua conseqüente multiplicidade de respostas⁴⁸⁸, partindo de um câmbio de

prova testemunhal sobre a pericial e vice-versa”. Com base nessa afirmação, o autor tratar do princípio da livre apreciação da prova e na sua seqüência, embasa o princípio do livre convencimento, salientando o poder do juiz de decidir como quer, muitas vezes com base nas suas experiências de vida, contrariando a necessidade das partes (e portanto social) (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 180). Nessa mesma linha, Candido Rangel Dinamarco afirma: “... o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhes apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.” Completa afirmando que o juiz não pode alterar “... os desígnios positivados pelo estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas ...” E vai além ao dispor de quando o juiz pode “influenciar” a decisão: no processo de “conhecimento ele tem condições de influir no teor da decisão que virá: no executivo, pode influir no bom ou no mau êxito dos resultados práticos visados, maior ou menor sacrifício para o devedor, em ambos depende dele em boa parte a presteza na obtenção dos resultados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 200). Pasmem, na concepção desses e de muitos outros autores, cujas obras são indicadas e utilizadas nas universidades, o juiz é um deus todo poderoso que influencia, conforme seus princípios (ou sua discricionariedade?) a prestação jurisdicional. Portanto, torna-se cada vez mais difícil falar de câmbio paradigmático e de hermenêutica filosófica quando o paradigma positivista e a discricionariedade encontram-se assim tão arraigados na cultura jurídica brasileira, sendo revisitados, cotidianamente, pelos futuros operadores do Direito.

⁴⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, 2005, V. IXXXI, n. 81. p. 300. Ver nesse sentido também STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p. 165-166: “O direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja” [...] Se os juízes podem “dizer o que querem” sobre o sentido das leis ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história - na medida quem o Legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação - não significando uma queda na irracionalidade e tampouco uma delegação em favor dos decisionismos. Nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc) está autorizado a fazer interpretações discricionárias.

⁴⁸⁸ A discussão quanto à possibilidade de encontrar “a resposta correta” é conseqüência da abordagem feita anteriormente. Porém, devido aos recortes feitos na delimitação do tema da tese, ela não será aqui entabulada. No entanto, é importante fazer referência, em nota explicativa, sobre como ela vem sendo tratada no cenário brasileiro: “negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso - uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) -, pode significar a admissão de discricionariedades/arbitrariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado de Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas. É possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a

paradigmas que envolve certamente um salto da subsunção à compreensão, do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da regra para o princípio, e, fundamentalmente, do positivismo para o (neo)constitucionalismo. Esse novo paradigma aponta a incindibilidade entre aplicar e interpretar rompendo com o modelo representacional-metodológico atual. Nesse momento, o círculo hermenêutico torna-se condição de ruptura do esquema sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático (faticidade), que serve para cimentar essa travessia⁴⁸⁹.

Sendo assim, a hermenêutica propõe a superação do paradigma positivista, indo além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas para a solução do problema da subjetividade judicial. Porém, mais do que fundamentar, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado: “fundamentar a fundamentação”. Assim, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas, faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo⁴⁹⁰.

Nestes termos, negar a interpretação como ato aplicativo é negar o tempo, uma vez que a atribuição de sentidos não foge à temporalidade. Temporalidade essa que é construída e que constrói o Direito e a sociedade, que pode ser diferenciada em duas linhas: o tempo “de-ser-no-mundo” - e aqui a referência é explícita a Heidegger com o seu “Dasein” -, numa exata dimensão de temporalidade autêntica, e o tempo “ordinário”, cronológico, previsto na duração da conduta humana. O interlaçamento dessas duas concepções de tempo e o modo como a sociedade e o Direito administram suas similitudes e diferenças, apropriando-se das mesmas para tratar os conflitos sociais, é o tema do próximo capítulo.

outra é incorreta (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p. 273).

⁴⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v. 1. t. 1. p. 311-312.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 317.

PARTE II

TEMPO, CONFLITO E CONSENSO

4 O VIRAR DA AMPULHETA E A SANTÍSSIMA TRINDADE TEMPORAL: SOCIEDADE, TEMPO E DIREITO

... é aquilo que passa quando nada se passa; é aquilo que faz com que tudo se faça ou se desfaça; é a ordem das coisas que se sucedem; é o devir em permanente devir; ou, com alguma graça, que é o meio mais cômodo que a natureza encontrou para que não aconteça tudo de uma só vez. Mas nenhuma destas expressões em forma de pirueta dá conta da natureza e da integridade do tempo. A dificuldade advém do facto de não se poder falar dele sem falar *também* de tudo o resto. O tempo não é uma parte isolada do pensamento. Nunca se desnuda...

Étienne Klein⁴⁹¹

O que é o tempo? Como medi-lo? Como defini-lo? São questões que se colocam e para as quais encontramos respostas, mas não sem antes mergulhar na dúvida para nela continuar envolto, incerto de que o respondido oferece realmente consistência. De fato, Santo Agostinho já dizia que deixava de saber o que ele significava ao ser questionado a seu respeito⁴⁹². No decorrer da história, inclusive as ações utilizadas para medir o tempo - enquanto expressões da linguagem humana – sofreram alterações (desde contá-lo, percebê-lo, concebê-lo até computá-lo).

Numa tentativa de definição da temporalidade tal como a conhecemos hoje, poderia-se dizer que a palavra “tempo” designa, simbolicamente, a relação que um grupo de seres vivos dotados de uma capacidade biológica de memória e de síntese que se estabelece entre dois ou mais processos, um dos quais é padronizado para servir aos outros como quadro de referência e padrão de medida. Tomando por base tal definição, percebe-se que as relações temporais instituem-se em diversos níveis,

⁴⁹¹ KLEIN, Étienne. *O tempo*. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 76-77.

⁴⁹² Que é, pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quem poderá apreender, mesmo só com o pensamento, para depois traduzir por palavras o seu conceito? E que assunto familiar e mais batido nas nossas conversas que o tempo? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém mo perguntar, eu sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei. Porém, atrevo-me a declarar, sem receio de contestação, que, se nada sobreviesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existiria tempo presente (SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de S. J. J. Oliveira Santos, e S. J. A. Ambrósio Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 322. (Os pensadores).

de múltiplas complexidades⁴⁹³. Nestes termos, permanece a dúvida: como fazer para instituir esse quadro de referência temporal?

Por mais que os físicos se esforcem em construir fórmulas que possibilitem fazê-lo, o tempo não se deixa ver, tocar, ouvir, saborear e nem respirar. Nesses termos, como medir algo que não se pode perceber pelos sentidos? Uma hora é algo invisível. Mas e os relógios? Eles não medem o tempo? Se eles permitem medir alguma coisa, não é o tempo invisível, mas algo que pode ser captado como a duração de um dia ou de uma noite de trabalho ou a velocidade de um corredor. Nesse sentido, os relógios são criados para exercer, socialmente, a mesma função dos fenômenos naturais: oferecer orientação ao homem. Com esse processo, harmonizam comportamentos de uns para com os outros, adaptando-os à vida terrena⁴⁹⁴.

Mas por que os homens precisam determinar o tempo? Para definir posições e trajetórias que se apresentam sucessivamente e, nesse caso, precisam de uma segunda sucessão de acontecimentos em que as mudanças individuais, obedecendo a lei da irreversibilidade, sejam marcadas pelo reaparecimento de certos modelos seqüenciais. Essas seqüências, por sua vez, são perceptíveis em si e relacioná-las representa uma das elaborações do perceber humano. Isso encontra expressão em um símbolo social comunicável: a idéia de “tempo”, a qual, no interior de uma sociedade, permite transmitir de um ser humano para o outro imagens mnêmicas⁴⁹⁵ que dão lugar a uma experiência, mas que não podem ser percebidas pelos sentidos não perceptivos⁴⁹⁶. Essa percepção/determinação do tempo nada mais é do que a sua instituição.

⁴⁹³ ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 39-40.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 08.

Importa referir que durante a longa história do desenvolvimento das sociedades humanas, os sacerdotes sempre foram os primeiros especialistas da determinação ativa do tempo. Numa fase posterior, quando surgiram as sociedades-Estados, mais vastas e mais complexas, os sacerdotes passaram, de um modo geral, a dividir com as autoridades leigas a função de fixação do momento das grandes atividades sociais e, em muitos casos, essa partilha deu margem a tensões múltiplas. Depois, quando a luta entre sacerdotes e reis pela supremacia deu vantagem a estes últimos, o estabelecimento do calendário tornou-se, tal como a cunhagem da moeda, um monopólio do Estado (*Ibidem*, p. 45).

⁴⁹⁵ As imagens mnêmicas são aquelas relativas à memória, que se coadunam conforme os seus preceitos e que são fáceis de conservar.

⁴⁹⁶ ELIAS, op. cit., p. 13.

Não obstante a instituição temporal, o tempo pode ser definido como um ponto de encontro para questões transdisciplinares, mas não se pode fugir do fato de que a “sensação do passar do tempo” tem importância central para os sentimentos de consciência. Tem-se sempre a sensação de estar avançando no tempo, partindo de um passado definido para um futuro incerto. Quanto ao passado cerrado, fechado, vivido, nada mais se poderá fazer. É imutável e num certo sentido, ainda existe “lá fora”. O seu conhecimento vem dos nossos registros, da memória e das deduções de modo que não se impõem dúvidas quanto à sua *realidade*. O futuro, por outro lado, ainda parece indeterminado, podendo ser uma coisa ou outra. Quem sabe uma “escolha” fixada por leis físicas ou em parte pelas nossas próprias decisões, mas, indubitavelmente é algo que ainda está por ser feito. Muitas vezes parece ser construído de *potencialidades*. À medida que vamos percebendo, conscientemente, o passar do tempo, a parte mais imediata desse vasto futuro, aparentemente indeterminado, vai se tornando realidade e entrando para o passado fixo. Por isso, muitas vezes o homem experiencia a sensação de ser responsável por ter influenciado, de alguma forma, a escolha de determinado futuro potencial que, de fato, é realizada e se torna permanente no passado. Mas, na maioria das vezes, a humanidade se sente expectadora impotente – muitas vezes grata por ter sido privada da responsabilidade da escolha – enquanto que, inexoravelmente, o âmbito do passado determinado vai avançando para um futuro incerto⁴⁹⁷.

Nesse capítulo, o que se pretende é discutir o tempo a partir de uma concepção que o determine como algo que seja “a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas”⁴⁹⁸. Pretende-se investigar a importância dessa sucessão de instantes para o Direito, especificamente quanto à sua instituição, sem a abordagem sistêmica experienciada por alguns autores⁴⁹⁹ que, não obstante importante, não é o viés da presente tese. Utilizar-se-á como fio condutor da discussão (não obstante não ser o único) a obra de François

⁴⁹⁷ PENROSE, Roger. *A mente nova do rei: computadores, mentes e as leis da física*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 335-336.

⁴⁹⁸ ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005. p. 800.

⁴⁹⁹ Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I e II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; GIORGI, Raffaele de. *Tempo, direito e memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

Ost, especialmente “O tempo do direito” e “Contar a lei”, além de outros autores cuja discussão permeia tais textos ou partilham dos mesmos posicionamentos.

Desse modo, primeiramente serão abordadas as questões inerentes ao tempo e à modernidade, partindo da fragmentação e mutliplicação das noções de temporalidade para debater, de modo especial, a constituição de um tempo dito moderno, subjugado à máquina e idealizado pela ética protestante que previa a necessidade de trabalhadores submissos para o desempenho de tarefas mecânicas e pouco criativas. De fato, a criatividade tornou-se ausente na vida do cidadão de modo que inclusive seu ócio, não obstante protegido e institucionalizado, tornou-se mecânico, racional e pouco prazeroso.

Posteriormente, a discussão interliga tempo e Direito demonstrando como ambos se instituem e apontando para quatro categorias tão normativas quanto temporais: a memória, o perdão, a promessa e o questionamento. O tempo se constrói e literalmente se temporaliza através da sua instituição social cujo acontecimento principal é obra do Direito, e nesse interregno liga o passado através da memória e o desliga por meio do perdão, compromete o futuro com a promessa e o desliga mediante o questionamento.

Adiante, o tempo do processo e seus rituais serão examinados, como tempos contínuos porém não ordinários, que muitas vezes se traduzem na expressão “morosidade”. Nesse sentido, a Emenda Constitucional 45/2004 (EC/45) será abordada, especialmente no que tange à discussão quanto ao tempo processual, uma vez que prevê a razoável duração do processo, seja no âmbito administrativo ou judicial, como meio de alcançar uma justiça mais célere. A discussão permeia a prestação jurisdicional observando que a aceleração quantitativa nem sempre significa a melhoria qualitativa⁵⁰⁰.

Nesse contexto, a narrativa se introduz como técnica processual que pode reconfigurar o tempo através de um Direito contado, cujas influências são benéficas

⁵⁰⁰ É importante ressaltar que a Emenda Constitucional 45 será analisada somente quanto a esse aspecto uma vez que, por possuir um texto vasto e polêmico, uma abordagem mais profunda não seria possível na presente tese dadas as limitações de espaço e tempo. Desse modo, abordar-se-á apenas a razoável duração do processo por ser assunto correlato ao tema discutido no presente capítulo. Vale ressaltar que a súmula vinculante, também assunto da EC/45, já foi objeto de análise no capítulo anterior.

para os juristas e cujas relações e possibilidades encontram-se disseminadas nos horizontes acadêmicos. Desse modo, ela se torna um instrumento não necessariamente utilizado para resolver problemas, mas para encontrá-los e discutí-los. Assim, a narrativa se diferencia do Direito porque pertence ao fantástico, mas oferece a ele a oportunidade de reconstrução a partir da fuga da subsunção dos fatos à norma.

Por fim, um novo tempo democrático será o último ponto analisado, apontando para a incerteza da democracia como uma oportunidade de garantir a abertura do futuro e não como um perigo contra o qual é preciso se precaver. Essa abertura se daria através da democratização na tomada de decisões, especialmente quanto ao tratamento e gestão de conflitos de ordem local, nacional e supranacional.

Então, passado, presente e futuro, Direito e sociedade, processo, narrativa e democracia serão temporalidades/categorias revisitadas nesse contexto, uma vez que se identificam com a substância originária do Direito e com a substância íntima do homem. Levando em consideração que “sem a temporalidade, o direito careceria de significado⁵⁰¹”, esse é, pois, o capítulo que agora se apresenta.

4.1 Do moderno ao hipermoderno: a aceleração temporal e a secularização⁵⁰² do poder fruto de uma nova temporalidade social

A modernidade⁵⁰³ se descortina com novos e inusitados desafios que nascem frente às principais instigações teórico-científicas a respeito de grandes temas. Um

⁵⁰¹ CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavallo, 1952. p. 188.

⁵⁰² O conceito de secularização constitui um exemplo clamoroso de metamorfose de um vocábulo específico em uma das principais palavras-chave da era contemporânea. Surgida originariamente como termo técnico no âmbito do direito canônico (*saecularisatio*: de *saecularis*, *saeculum*), a expressão conheceu, no curso dos últimos dois séculos, uma extraordinária extensão semântica: primeiramente no campo político-jurídico, depois no campo da filosofia (e teologia) da história, enfim, ao campo da ética e da sociologia. Através desses deslocamentos e ampliações de significado, ela ascendeu gradualmente ao *status* de categoria genealógica capaz de sintetizar ou expressar unitariamente o desenvolvimento histórico da sociedade ocidental moderna, a partir de suas raízes (judaico-) cristãs (MARRAMAO, Giacomo. *Céu e terra*. Genealogia e secularização. Tradução de Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997. p. 15).

⁵⁰³ Marshall Berman ressalta que a história da modernidade pode ser dividida em três fases: a primeira, que inicia no século XVI até o final do século XVIII, é aquela na qual as pessoas estão

desse desafios diz respeito justamente à semântica do conceito de tempo e dos vários desdobramentos advindos de suas mais variadas dimensões: histórica, estrutural, política, econômica, dentre outras. É nesse emaranhado de dimensões temporais que percebemos que a palavra tempo suscita inúmeras interpretações e pode ensejar inúmeras discussões: cotidianamente fala-se da “falta de tempo”, de “perder tempo”, de “dar um tempo”. Cientificamente, fala-se de “espaço-tempo”, de “mecânica quântica”, de “tempo cosmológico” e de “tempo fenomenológico”, de “tempo linear e circular”⁵⁰⁴. Finalmente, o tempo pode ser motivo para entabular uma simples conversa de rotina ou servir de pano de fundo para uma acalorada discussão acadêmica.

De fato, a fragmentação e a proliferação das diversas noções de tempo que hoje possuímos determinam as suas atuais concepções históricas e o seu significado ambíguo na época moderna, precisamente quanto a esta, sob o impulso de sua própria dinâmica. Tais contingências determinam o nascimento de tempos distintos e possivelmente irreduzíveis entre si. Anteriormente, o tempo tinha de ser necessariamente diferente para o crente e para o cético, para o senhor e para o criado, para o burguês e para o lavrador. Mas a situação se complica com a combinação de tempos artificiais produzidos pela tecnologia com os ritmos de vida das pessoas, de modo que a produção industrial quebrou a percepção das estações e o ritmo do ano. A automatização e a robotização da empresa romperam, por sua

começando apenas a experimentar a vida moderna; mal fazem idéia do que as atingiu. Elas tateiam desesperadamente, mas em estado de semicegueira, no enalço de um vocabulário adequado, têm pouco ou nenhum senso do público ou de uma comunidade moderna dentro da qual seus julgamentos e esperanças pudessem ser compartilhados. A segunda fase começa com a onda revolucionária de 1870. Com a Revolução Francesa ganha vida, de maneira abrupta e dramática, um grande e moderno público. Esse público partilha o sentimento de viver em uma era revolucionária que desencadeia explosivas convulsões em todos os níveis de vida pessoal, social e política. Ao mesmo tempo, o público moderno do século XIX ainda se lembra do que é viver, material e espiritualmente, em um mundo que não chega a ser moderno por inteiro. É nessa dicotomia que emerge a idéia de modernos e de modernização. Na terceira fase, já no século XX, o processo de modernização se expande a ponto de abarcar virtualmente o mundo todo e a cultura mundial do modernismo em desenvolvimento atinge espetaculares triunfos na arte e no pensamento. Mas, à medida que se estende, o público moderno se multiplica em uma multidão de fragmentos que falam linguagens confidenciais, a idéia de modernidade perde muito da sua nitidez, ressonância e profundidade, perde a capacidade de organizar e dar sentido à vida das pessoas. Por isso, encontramos uma era moderna que perdeu contato com as raízes da sua própria modernidade (BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido se desmancha no ar*. A aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 16-17).

⁵⁰⁴ Sobre as diversas noções de tempo, é importante a leitura de REIS, José Carlos. *Tempo, história e evasão*. Campinas: Papirus, 1994; COURTINE, Jean-François. *A tragédia e o tempo da história*. Tradução de Heloisa B. S. Rocha. São Paulo: Ed. 34, 2006; PIETTRE Bernand. *Philosophie et science du temps*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

vez, o tempo tradicional, fazendo surgir cisões como aquela reservada ao ócio do trabalho⁵⁰⁵.

O que se experiencia, então, é uma aceleração temporal que aproxima o presente do futuro, conferindo-lhe uma densidade proveniente da quantidade e alcance dessas mudanças em curto espaço de tempo. Nestes termos, o que fazemos hoje tem mais conseqüências para o amanhã do que o seu equivalente de algum tempo atrás em esforço e energia. Justamente esse tipo de experiência vital - que envolve tempo e espaço - que é compartilhada por homens de todo o mundo é o que se pode hoje denominar de “modernidade”, segundo a concepção de Marshall Berman. Conseqüentemente, ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor, mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos ou o que somos. Caem as fronteiras geográficas e raciais, de classe, de nacionalidade, de religião e de ideologia, de modo que a modernidade pode ser vista, por esse ângulo, como algo que une a espécie humana. Porém, é uma unidade paradoxal: despeja a todos num permanente turbilhão de desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia. Desse modo, “tudo o que é sólido se desmancha no ar”⁵⁰⁶.

Antes da modernidade⁵⁰⁷, “longe” e “tarde” assim como “perto” e “cedo” significavam quase a mesma coisa: exatamente quanto esforço seria necessário para que cada ser humano percorresse certa distância. Se as pessoas fossem questionadas sobre a sua percepção a respeito de “espaço” e “tempo”, poderiam dizer que espaço é o que se percorre em certo tempo e tempo é o que se precisa para percorrê-lo. No entanto, com a modernidade, a história do tempo começou a

⁵⁰⁵ Nesse sentido, ver GINER, Salvador. In: MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização. As categorias do tempo*. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 11 et seq. (prólogo).

⁵⁰⁶ BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido se desmancha no ar. A aventura da modernidade*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 15. A frase “tudo que é sólido se desmancha no ar” foi pronunciada por Marx no seu “Manifesto Comunista” num contexto que afirmava: “tudo que é sólido se desmancha no ar, tudo o que é sagrado é profanado, e os homens são finalmente forçados a enfrentar com sentimentos mais sóbrios suas reais condições de vida e sua relação com os outros homens” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista de 1848 & cartas filosóficas*. Tradução de Karl Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2005. p. 55).

⁵⁰⁷ Giacomo Marramao possui um trabalho muito interessante sobre a modernidade e secularização, mais especificamente a segunda parte da obra na qual as questões sobre religião e política retornam e demonstram suas influências sobre a modernidade (MARRAMAO, Giacomo. *Céu e terra. Genealogia e secularização*. Tradução de Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997).

ser escrita, de modo que a “modernidade é o tempo em que o tempo tem uma história”. Nestes termos, o tempo passou a ser um fator independente das dimensões inertes e imutáveis das massas de terra e dos mares. Assim, se diferencia do espaço porque, ao contrário deste, pode ser mudado e manipulado; tornou-se um fator de “disrupção”: o parceiro dinâmico do casamento espaço-tempo⁵⁰⁸.

O controle da dimensão espaço-tempo tem início com a Revolução Industrial, a qual trouxe a possibilidade de disciplinar a mão-de-obra humana através da máquina que, além desse objetivo, cumpria ainda outro: domar os operários. Esse controle não era exercido somente dentro da fábrica, ele se estendia para a vida cotidiana. Tais fatos tornavam-se perceptíveis mediante a colocação de toda a estrutura temporal da vida a partir da elevação do trabalho à suprema virtude, e da transformação de conteúdo ocorrida desde a passagem de um processo artesanal para a fábrica e sua linha de montagem. De fato, a lógica da fábrica determinava o desfazer das relações diretas e estreitas mantidas entre o trabalhador e a sua atividade, uma vez que não se podia permitir aos primeiros o controle do processo produtivo. A máquina impunha um tempo homogêneo que não poderia ficar sujeito aos sabores e gostos do operário. Pelo contrário: a primeira deveria produzir o sabor ao qual o segundo deveria aferrar-se inquestionavelmente. Desse modo, a lógica do trabalho fabril e sua disciplina deveriam impor uma docilidade laboriosa que acabasse em definitivo com o gosto dos tempos alheios a ela, bem como dos tempos mortos⁵⁰⁹.

Criavam-se assim, os “tempos modernos”, cuja concepção inovadora se assenta sobre um fato real: “a crescente capacidade humana para a obtenção de meios de vida e de meios de obtenção de meios de vida”. Assim, a crescente capacidade tecnológica que fez possível a obtenção de mais meios com a

⁵⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 128-130.

⁵⁰⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo*. Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 28-31.

diminuição de custos temporais e materiais (pelo menos teoricamente) é a base objetiva sobre a qual se assentará a idéia mítica do “progresso”⁵¹⁰.

Por isso, os tempos modernos nasceram de um processo de disciplinarização do homem e do seu tempo, da formação de operários dóceis que se mantivessem subjugados pela máquina como meros executores de tarefas mecânicas e pré-definidas. Mas, para que se pudesse manter a mansidão operária, a doutrina religiosa também derramou sua influência sobre os trabalhadores. O protestantismo foi o segmento que mais influenciou a concepção de pertencimento a um estado de graça só proporcionado pelo trabalho duro. Nesse sentido, Max Weber aponta para a emergência daquilo que denominou “espírito do capitalismo”⁵¹¹.

A religião forjou a consciência da necessidade do trabalho para que se pudesse galgar a bem-aventurança dos escolhidos através da concepção de que não existe pecado maior do que a ociosidade. Nesse ínterim, o lazer enquanto “ócio” deixa de ter a conotação dos velhos tempos para adquirir um novo significado: “práticas sem sentido, preenchedoras dos espaços vazios”. Então, transforma-se em um “tempo morto” na forma de *hobbies* alienantes, como consumo passivo de temporalidade. Serve como agente compensador e mantedor do tempo do trabalho. Tais fatos demonstram a existência de um “tempo único”, apesar de sua composição parcelada em momentos distintos e complementares, que é o da produção. Infelizmente, os ganhos quantitativos das horas de folga não significaram uma qualificação dos espaços temporais, sequer uma fuga substancial à subjetivação imposta pela era industrial⁵¹². Em resumo, percebe-se uma sobrecarga ideológica que impede que a recuperação dos períodos de ócio sejam transformados qualitativamente, permanecendo a quantificação temporal adstrita ao tempo principal da produção⁵¹³.

⁵¹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 24.

⁵¹¹ É importante a leitura de WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de Irene Szmerecsányi e Tamás Szmerecsányi. São Paulo: Pioneira/UnB, 1981.

⁵¹² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 48-49.

⁵¹³ O tempo de produção era o tempo rotinizado que se juntava aos muros de tijolos arrematados por arame farpado ou cacos de vidro e portões bem-guardados para proteger o lugar contra intrusos, impedindo também que os trabalhadores saíssem. Era a “fábrica fordista”, local de encontro face a face, mas também do voto “até que a morte nos separe” entre o capital e o trabalho. O tempo rotinizado prendia o trabalho ao solo, enquanto a massa dos prédios da fábrica, o peso do maquinário

A fragmentação do processo produtivo e a introdução da ideologia religiosa na tecnificação/metodização e quantificação do trabalho e do lazer (ainda que no último ela não venha acompanhada de qualificação) determina a inserção do homem no espaço temporal laborativo⁵¹⁴. O fato é que a possibilidade de produção de um tempo livre quantitativa e qualitativamente passa, inequivocamente, pela “recuperação do tempo perdido⁵¹⁵” que não significa somente a redução dos horários de trabalho e o aumento do “tempo livre”. Não basta somente reconquistá-lo, também é necessário redefinir o seu conteúdo⁵¹⁶.

Nesses termos, a discussão do tempo livre exige um debate acerca do modelo de vida imposto pela sociedade industrial. Porém, é necessário fazer mais do que dessacralizar os horários de trabalho, faz-se necessário recuperar a condição humana através de um processo democrático que não signifique ausência de regras, e sim a descaracterização do processo laborativo alienante forjado por uma produção serializada e, principalmente, a inserção de momentos de lazer criativo⁵¹⁷ que signifique ir além da satisfação consumista⁵¹⁸.

Contudo, a intenção de produzir “ordem” através da disciplina do tempo imposta pela máquina, nos termos determinados pela lógica capitalista⁵¹⁹, a

e o trabalho permanentemente atado acorrentava o capital. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 134-135).

⁵¹⁴ Essa ideologia religiosa tinha como resultado operários disciplinados “que se aferravam ao trabalho como a uma finalidade de vida desejada por Deus. Dava-lhes, além disso, a tranquilizadora garantia de que a desigual distribuição de riqueza deste mundo era obra especial da Divina Providência que, com essas diferenças e com a graça particular, perseguia seus fins secretos, desconhecidos do homem” (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de Irene Szmerecsányi e Tamás Szmerecsányi. São Paulo: Pioneira/ UnB, 1981. p. 27).

⁵¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo*. Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 64.

⁵¹⁶ O problema não é deixar um tempo livre – que correria o risco de ser um tempo vazio – aos indivíduos, para que eles possam preenchê-lo a seu bel-prazer, com “poesia” ou com escultura em madeira. O problema é fazer de todo o tempo, um tempo de liberdade e permitir que a liberdade concreta se encarne na atividade criadora. O problema é colocar poesia no trabalho (Poesia significa exatamente criação) (CASTORIADIS, Conerlius. *Socialismo ou barbárie*: o conteúdo do socialismo. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 61).

⁵¹⁷ Sobre o assunto, é importante a leitura de MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Entrevista a Maria Sena Palieri. Tadução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

⁵¹⁸ Nesse sentido, é importante a leitura de ARENDT, Hannah. *Condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵¹⁹ É importante a leitura de MARX, Karl. *Do capital*. O rendimento e suas fontes. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os pensadores).

transformação do tempo medieval cristão em tempo de progresso⁵²⁰, impôs a transformação da temporalidade através daquilo que Marramao chamou de “secularização” e que foi, verdadeiramente, a mundanização e a humanização do tempo histórico. A introdução dessa secularização paulatina, contínua e, principalmente, inevitável apontou para um novo olhar sobre a modernidade que deixa transparecer de modo latente a conflitualidade endêmica de nosso mundo e a necessidade de reconhecê-la como fundamento da ordem em nossa cultura, que pressupõe a dicotomia conflito/estabilidade⁵²¹.

No entanto, é importante analisar a secularização e suas relações com o poder numa correlação entre racionalidade e formas de agir. Na concepção weberiana, mais do que a cega ambição pelo ganho, a origem do capitalismo tem sua estrutura baseada na ética da renúncia e do disciplinamento (aqui a semente religiosa) e pela relação entre racionalidade e formas de agir. Então, a célebre imagem da “jaula de aço”, criada por Weber, revela o modo como o mundo administrado perde o caráter de manto sutil para transformar-se numa prisão⁵²².

Ao trabalhar as relações de poder, Max Weber já salientava que o conceito de poder, do ponto de vista sociológico, significa a probabilidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade⁵²³. Assim, os meios mediante os quais o poder é alcançado variam desde a violência até o sufrágio por procedimentos rudes ou delicados: dinheiro, influência social, poder da palavra, dentre outros⁵²⁴.

Essa progressiva secularização do poder que se utilizava da máquina e do espírito capitalista para imperar aliou-se à necessidade de economia de tempo (também uma das molas propulsoras do capitalismo moderno), cujo fomento se deu na divisão de tarefas e na sua realização mecânica. Observa-se, então, uma

⁵²⁰ O tempo do progresso é analisado por Juan Ramón Capella em: CAPELLA, Juan Ramón. El tiempo del progreso. Coordenadores Josep Aguilò Regla y Maccario Alemany. *Revista DOXA*. n. 9, 1991. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>>>portal>>doxa.>.

⁵²¹ Vide também MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e secularização*. As categorias do tempo. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora Universidade Estadual paulista, 1995.

⁵²² WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2.

⁵²³ As relações de poder e a sua influência para a constituição de uma estrutura de dominação que permita a racionalidade jurisdicional atual já foi abordada no capítulo anterior e será novamente revisitada no último capítulo que abordará o tratamento e a gestão democrática de conflitos.

⁵²⁴ WEBER, op. cit., v. 2.

aceleração do ritmo de vida, porque rebocado pela aceleração do tempo laborativo, sendo que o tempo social também se acelera e esta nova temporalidade traz reflexos, uma vez que “a redução do tempo de trabalho, o tempo livre e o processo de individualização levaram à multiplicação dos temas e dos conflitos ligados ao tempo”⁵²⁵. Assim, as exigências de resultados a curto prazo e de fazer mais no menor tempo possível agindo sem demora produzem uma corrida da competição que faz priorizar o urgente desconsiderando o importante, a ação imediata à custa da reflexão, o acessório à custa do essencial. O resultado é a dramatização do estresse permanente e um conjunto de distúrbios psicossomáticos. Tudo em função do reinado da urgência⁵²⁶.

Paralela à necessidade de urgência e ao ritmo desenfreado de trabalho, atualmente se impõe uma espécie de devotamento pessoal e integral à atividade laborativa que relega a vida pessoal a um segundo plano. Assim, a família e a empresa tornam-se rivais⁵²⁷. Porém, quanto mais depressa se vai, menos tempo se tem, a modernidade se construiu em torno da crítica à exploração do tempo do trabalho, por outro lado, a época hipermoderna é contemporânea da sensação de que o tempo se rarefaz. Nesse universo de “pressa”, os vínculos humanos também são substituídos pela rapidez, a qualidade de vida pela eficiência, a fruição livre de normas pelo frenesi. Já não se fala mais de ociosidade, de contemplação e de relaxamento voluptuoso: o que importa é a auto-superação, a vida do fluxo nervoso, os prazeres abstratos da onipotência proporcionados pelas intensidades aceleradas⁵²⁸.

Porém, o preço que se paga é alto: a urgência e a aceleração dos tempos (hiper)modernos enfraqueceu o poder regulador de algumas instituições, dentre elas a família, a religião e os partidos políticos, acirrando alguns conflitos e trazendo outros, especialmente na esfera inter-relacional. Essa desregulação gera distúrbios ao estado de ânimo e à organização pessoal e institucional. Conseqüentemente, o

⁵²⁵ LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 76.

⁵²⁶ Sobre o assunto, é importante a leitura de AUBERT, Nicole. *Le culte del'urgence*. Paris: Flammarion, 2003.

⁵²⁷ Esses conflitos são discutidos por OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Reengenharia do tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

⁵²⁸ LIPOVETSKY, op. cit., p. 80.

“tempo”, que ganhou novos contornos e novos conceitos na (hiper)modernidade, também se tornou uma nova temporalidade social, o que determinou uma nova institucionalização do tempo pelo Direito. Esse é o assunto abordado adiante.

4.2 A instituição jurídica da sociedade e o seqüestro da temporalidade: a temporalização do tempo e a instituição do Direito

Diante da incapacidade individual de forjar, por si só, o conceito de tempo, este, tal como a instituição social que lhe é inseparável, vai sendo assimilado pela criança à medida que ela cresce numa sociedade em que ambas as coisas são tidas como evidentes⁵²⁹. Ao crescer, a criança vai-se familiarizando com o “tempo” como símbolo de uma instituição social cujo caráter coercitivo ela experimenta desde cedo⁵³⁰. Se no decorrer de seus primeiros anos de vida não desenvolve um sistema de autodisciplina conforme essa instituição, se não aprende a se portar e a modelar sua sensibilidade em função do tempo, ser-lhe-á muito difícil, senão impossível, desempenhar o papel de um adulto no seio dessa sociedade⁵³¹.

É nesse ínterim que se pode perceber a presença de um “processo civilizador⁵³²” que contribui para a transformação da coerção exercida de fora para

⁵²⁹ O que o relógio comunica, por intermédio dos símbolos inscritos em seu mostrador, constitui aquilo a que chamamos tempo. Ao olhar o relógio, sei que são tantas ou quantas horas, não apenas para mim, mas para o conjunto da sociedade a que pertenço... O tempo tornou-se, portanto, a representação simbólica de uma vasta rede de relações que reúne diversas seqüências de caráter individual, social ou puramente físico (ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 16-17).

⁵³⁰ E, nesse sentido, Eligio Resta ressalta: Le percezioni del tempo possono essere definite da codici differenti: il gioco è il meccanismo intemporale per eccellenza, l'infanzia vive in una dimensione svincolata dal dipanarsi meccanico delle ore del mondo, che essendo fuori dal tempo si situa per certi versi nella eternità. Assim, a percepção de “tempo” de uma criança é diferente de um adulto, mas essa criança crescerá e tornar-se-á um adulto e sua concepção temporal deixará de ser “eterna” (RESTA, Eligio. *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*. Roma-Bari: Laterza, 1997. p. 12-13).

⁵³¹ Ibidem, p. 13-14.

⁵³² Estudando o processo civilizador pelo qual passou a humanidade, Norbert Elias investiga a sociogênese do Estado, apoiando-se em um aspecto de sua formação e estrutura: o problema do “monopólio da força”, buscando demonstrar como os processos históricos completos, desde o tempo em que o seu exercício era privilégio de um pequeno número de guerreiros rivais, gradualmente impeliu a sociedade para a centralização e monopolização do uso da violência física e de seus

dentro pela instituição social do tempo num sistema de autodisciplina que abarque toda a existência do indivíduo e que contribui para formar os hábitos sociais, os quais são partes integrantes das estruturas de personalidades individuais.

Dito isso, observa-se que as relações entre o tempo e o Direito são intitucionalizadas pela sociedade, que possuem como ponto de partida três premissas: 1) o tempo é uma instituição social antes mesmo de ser um fenômeno físico ou uma experiência psíquica⁵³³; 2) a função principal do jurídico é justamente contribuir para a instituição do social; 3) e, por último, reconhecer a interação dialética existente entre as duas premissas defendendo que existe um elo profundo entre a temporalização social e a instituição jurídica da sociedade. Com base nessas três premissas tem-se que “o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito” Em termos ainda mais exatos, “o tempo temporaliza ao passo que o direito institui”⁵³⁴.

Portanto, tempo e Direito relacionam-se com a sociedade, uma vez que não existe tempo fora da história⁵³⁵. Não existe tempo, Direito e sociedade isolados, tratam-se de uma instituição. Mais especificamente uma instituição imaginária, na qual o tempo constrói e é construído, institui e é instituído, ou seja, o Direito é uma instituição temporal⁵³⁶. Portanto, torna-se importante que a norma jurídica implemente um tempo próprio, carregado de sentido instituinte. O tempo do

instrumentos por parte do Estado (ELIAS, Norbert. *O processo civilizador. Uma história dos costumes*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. v. 1. p. 17).

⁵³³ Assim como os relógios e os barcos, o tempo é algo que se desenvolveu em relação a determinadas intenções e a tarefas específicas dos homens. Nos dias atuais, o “tempo” é um instrumento de orientação indispensável para realizarmos uma multiplicidade de tarefas variadas. Dizer, porém, que é um meio de orientação criado pelo homem traz o risco de levar a crer que ele seria *apenas* uma invenção humana. E esse “apenas” traduz nossa decepção diante de uma “idéia” que não seja o reflexo fiel de uma realidade externa. Ora, o tempo não se reduz a uma “idéia” que surja do nada, por assim dizer, na cabeça dos indivíduos. Ele é também uma instituição cujo caráter varia conforme o estágio de desenvolvimento atingido pelas sociedades. O indivíduo, ao crescer, aprende a interpretar os sinais usados na sua sociedade e a orientar sua conduta em função deles (Ibidem, p. 15).

⁵³⁴ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 12-14.

⁵³⁵ La temporalidad se identifica a la sustancia originaria del derecho, por lo mismo que es la sustancia íntima del hombre. Sin la temporalidad, el derecho carecería esencialmente de significado. Sólo proyectándose, desde el ser originario, a través de ese tiempo que se temporaliza, es posible, al fin, el conocer lógico mediante el cual lo aprehendemos en el mundo; conocer que deriva de aquel otro que es, también por la temporalidad, no razonando, sino existiendo. Podemos igualmente afirmar del derecho, que la existencia se trasciende en él, temporalizándose, bajo una especie de causa, previa a toda causa verdadera, y que es la libertad. (CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavalle, 1952. p. 188).

⁵³⁶ CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

processo dá disso uma boa aproximação, por estar separado da vida real, estreitamente regulado a prescrições rituais, permitindo que o julgamento desenvolva os seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (condenação e absolvição) e efeitos sociais (apaziguar o conflito)⁵³⁷.

No entanto, a instituição do tempo é uma obra frágil e sempre ameaçada pela *destemporalização* que pode se dar de quatro formas: primeiramente, através da própria recusa do tempo entendido como mudança, evolução, finitude e, conseqüentemente, mortalidade. Num segundo momento, a destemporalização surge como o abandono no decurso do tempo físico cujo movimento irreversível conduz todas as coisas à destruição (assim, quanto mais o tempo passa, mais a energia se dissipa e mais a desordem aumenta). A terceira forma de destemporalização é apontada pelo pensamento determinista gerado pela representação de um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo. Finalmente, a quarta ameaça de destemporalização diz respeito à gestão da policronia, pois o tempo social declina-se evidentemente do plural⁵³⁸.

Desse modo, recusar a finitude humana e, conseqüentemente, buscar a eternidade é uma das formas de destemporalização, por outro lado, o homem é o único ser vivo que possui a capacidade de “virar a ampulheta” e refletir sobre a temporalidade que o envolve, fazendo caso do fato de que o passado é volvido e o futuro indeterminado⁵³⁹. No entanto, é frágil o laço entre passado e futuro e entre ambos é possível observar um presente reduzido a acessos de instantaneidade, aos sobressaltos da urgência⁵⁴⁰. Justamente nesse momento observa-se a interpretação

⁵³⁷ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15.

⁵³⁸ Assim, os riscos de destemporalização são bem reais: a nostalgia da eternidade gera ideologias totalitárias de que o século XX deu vários exemplos devastadores; a vertigem da entropia leva à crise da cultura traduzida pela incapacidade de articular o passado e o futuro, à memória e ao projeto de uma cultura muitas vezes marcada pelo instante e pela sobrevalorização do presente. A tentação do determinismo marca também a nossa época, que o pensamento único e o domínio do mercado caracterizam. O risco da discronia é real em sociedades pouco solidárias, que acumulam as tensões entre o tempo dos ganhadores e o tempo dos negligenciados, o tempo instantâneo das trocas financeiras e o tempo lento da produção ou o tempo muito lento da regeneração dos recursos naturais, tempo imediato da comunicação mediática e tempo mediato da reflexão (Ibidem, p. 15-17).

⁵³⁹ Sobre as imbricações entre passado, presente e futuro, enquanto categorias espaço-temporais influentes na finitude humana, é importante a leitura de KERN, Stephen. *Il tempo e lo spazio. La percezione del mondo tra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995, especialmente o segundo, terceiro e quarto capítulos.

⁵⁴⁰ “As sociedades modernas se constituíram mediante uma ‘inversão do tempo’ que instituiu a supremacia do futuro sobre o passado” (KRZYSZTOF, Pomian. *La crise de l’avenir*. Le Débat, 7, decembre, 1980).

dos textos – exercício cotidiano dos juristas – que contribui para essa ligação intertemporal: o magistrado decide casos de hoje com a ajuda de textos legais de ontem, observando que sua decisão poderá gerar um precedente para novos julgamentos amanhã. O tempo de interpretação textual do Direito corre o risco do determinismo exposto por um tempo horizontal da duração e um tempo vertical do instante criador. Observa-se, então, a necessidade de não impor à vida social o ritmo programado que convém à fabricação de coisas e que requer, justamente, um saber técnico associado a uma temporalidade homogênea e contínua. É nesses termos que se defende o direito à lentidão⁵⁴¹, uma vez que dela poderá emergir uma *práxis* social inédita.

Mas, na mesma medida em que todos possuem um direito ao seu tempo, ao seu ritmo, observa-se como normal o fato de uma sociedade avançar a várias velocidades. E quanto a isso, tem-se um fato: “o tempo contemporâneo é cada vez mais fragmentado, o que não deixa de comprometer sua função tradicional de integrador social”. Nesses termos, que forma poderia assumir uma tentativa de retemporalização? Tratar-se-ia de lembrar uma vez mais de uma prerrogativa geralmente negligenciada: “o direito ao tempo”, ou seja, o direito ao seu tempo, o direito ao seu ritmo, cada um construindo sua história de acordo com a sua própria cadência. Essa poderia ser uma das políticas desenvolvidas para evitar o risco da discronia, em função da fragmentação do Direito embalada pelo avanço cadenciado de cada um, que evidencia, justamente, a pluralidade/complexidade temporal⁵⁴².

É nesse sentido que a retemporalização possui quatro momentos extremamente importantes: o primeiro momento seria o fato de que o Direito está ligado à idéia de memória, no segundo momento, ao perdão, o terceiro momento, à promessa, e o quarto momento ao questionamento.

⁵⁴¹ Mas como discutir o direito à lentidão se “Il modello del moderno è quello della velocità-voracità: deve praticare oblii, deve cancellare il passato, deve far posto a nuove merci, stabile nell'essere instabile, il suo compito è quello di accumulare cinicamente e perciò sacrificare ideali, riti, affetti, patrimoni di tradizione (modello del seduttore o del globalismo economico).” Conseqüentemente, nesse ponto é “necessaria la riscoperta della pensosità e della lentezza”. (RESTA, Eligio. *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*. Roma-Bari: Laterza, 1997. p. 14-15).

⁵⁴² OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15.

O Direito é a memória da sociedade. O que são os cartórios, os arquivos⁵⁴³, os nossos documentos, senão aquilo que está dentro da memória do Direito, ou, falando normativamente, só é válida a memória jurídica, o Direito tem como função manter a memória⁵⁴⁴. Não existe Direito sem passado, sem memória, sem tradição⁵⁴⁵. Por isso que a tomada de consciência⁵⁴⁶ de estados de consciência sucessivos é classificada como tempo e, nesses termos, é bem evidente que este tempo é o tempo em que se sucedem os fenômenos e que tem apenas uma semelhança longínqua com o que a ciência (ou o relógio) mede, o que os físicos podem integrar em leis rigorosas, aquele que hoje consideramos como uma dimensão do espaço. O tempo fenomenal, o tempo da duração, está irremediavelmente ligado à memória, e é através dele, na medida em que nos lembramos daquilo que faz a unidade da nossa própria consciência, que encontramos a identidade pessoal⁵⁴⁷.

⁵⁴³ O arquivo é a grande metáfora do saber do nosso tempo. Emancipada das dificuldades do polvorento ritualismo burocrático, a palavra *arquivo* vai se definindo na espera de sentido. Arquia-se um procedimento, conserva-se no arquivo qualquer coisa, no arquivo coloca-se em ordem, o arquivo tem sua colocação, tem suas vozes, mas tem também os seus silêncios. O arquivo pode re-abrir e pode fechar, proteger e esconder, e testemunhar com toda a ambivalência do testemunho. Coloca junto uma imprevista combinação aristotélica de espaço e tempo, conserva a memória do tempo em um lugar. Sedimenta as informações, relata a sua existência, mas não desvela tão facilmente a origem; a metade entre a memória e o esquecimento, como uma mente coletiva; relata a ambigüidade de cada técnica que promete emancipações, omitindo custos e regressões. (RESTA, Eligio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005. p. 157).

⁵⁴⁴ Sobre a memória em tempos modernos, chamados de “hiperconsumo”, Gilles Lipovetsky afirma que a sociedade moderna é contemporânea do tudo-patrimônio-histórico e do todo-comemorativo, de modo que a nova valorização do antigo se fez acompanhar de excrescências, de saturação, de alargamento infinito das fronteiras da memória e do patrimônio histórico, pelo que se reconhece uma modernização levada ao extremo. Passou-se do reinado do finito para o infinito, do limitado ao generalizado, da memória à hipermemória: na neomodernidade, o excesso de lógicas presentistas segue em conformidade com a inflação proliferante da memória (LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 86-87).

⁵⁴⁵ ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar, 2005. p. 802.

⁵⁴⁶ Ao definir consciência, Bergson salienta: “a consciência significa primeiramente memória. A memória pode faltar amplitude; ela pode abarcar apenas uma parte ínfima do passado; ela pode reter apenas o que acaba de acontecer; mas a memória existe ou então não existe consciência. Uma consciência que não conservasse nada de seu passado, que se esquecesse sem cessar de si própria, pereceria e renasceria a cada instante (BERGSON, Henri. *Cartas, conferências e outros escritos*. Tradução de Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p. 104. (Os pensadores).

⁵⁴⁷ FAROUKI, Nayla. *A consciência e o tempo*. Tradução de José Luís Godinho. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 71-72. É que uma identidade individual é mais do que uma simples consciência, é também memória. Um indivíduo que age, afecta os outros e o mundo que o rodeia, deixando uma marca que, na singularidade do tempo histórico que passa, permanece com a sua marca própria e irreversível. Além disso, é a história (objectiva, desta vez) tomada na sua totalidade que pode dar testemunho da existência de identidades individuais, além do facto de que a sua existência subjectiva

Assim, a associação indefectível da consciência, do tempo e da memória (ainda que parcial ou fraca) concorre para a elaboração da noção fundamental que é a identidade⁵⁴⁸ pessoal como se esta se fabricasse, etapa por etapa, à medida que o tempo avança e que a consciência acumula objetos e experiências diferentes dentro de uma memória em perpétuo reordenamento⁵⁴⁹. Em outras palavras, a unidade de representação (o fato de que o mundo funciona de acordo com as regras que nós podemos apreender e que por isso não mudam) e a unidade da consciência (o fato de que o sujeito percebe o mundo de uma maneira também unitária, contínua e coerente) são duas faces da mesma medalha⁵⁵⁰.

Porém, a memória atualmente se encontra em migalhas⁵⁵¹, e seu declínio se deve basicamente a dois fatores: o primeiro, à superabundância de informações e de imagens geradas pelos meios de comunicação que produz uma comunicação imediata e pontualizada em desabono à coerência temporal e à hierarquia de sentido. Num segundo momento, se observa a fragmentação infinita dos grupos e subgrupos de pertença que define cada uma das filiações parciais e superficiais, pouco capazes, portanto, de suscitar identidades coletivas e mobilizadoras⁵⁵².

Da mesma forma, não se pode perder de vista que a memória é social e não individual, pois as nossas recordações, mesmo as mais íntimas e pessoais, só

(o eu) e fenomenal é de uma evidência gritante para cada ser humano. (FAROUKI, Nayla. *A consciência e o tempo*. Tradução de José Luís Godinho. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 74).

⁵⁴⁸ L'identità non si può spiegare ricorrendo unicamente ai caratteri "statistici" quali nome cognome residenza professione, perché esiste un decimo carattere che, pur ricomprendendoli tutti, li scompone fino a negarli nella loro veridicità e rispondenza alla realtà. L'identità, secondo Musil è un vuoto spazio invisibile che pone una lunga serie di problemi; il suo spazio, la sua invisibilità concreta, la sua oscillazione tra il dentro e il fuori, la sua indecisione tra contenente e contenuto (RESTA, Eligio. *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*. Roma-Bari: Laterza, 1997. p. 57).

⁵⁴⁹ Se o mundo do futuro se abre para a imaginação, mas não nos pertence mais, o mundo do passado é aquele no qual, recorrendo a nossas lembranças, podemos buscar refúgio dentro de nós mesmos e nele reconstruir nossa identidade; um mundo que se formou e se revelou na série ininterrupta de nossos atos durante a vida, encadeados uns aos outros, um mundo que nos absolveu e nos condenou para depois, uma vez cumprido o percurso de nossa vida, tentarmos fazer um balanço final. É preciso apressar o passo. O velho vive de lembranças e em função das lembranças, mas sua memória torna-se cada vez mais fraca. O tempo da memória segue um caminho inverso ao do tempo real: quanto mais vivas as lembranças que vêm à tona de nossas recordações, mais remoto é o tempo em que os fatos ocorreram (BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 54-55).

⁵⁵⁰ FAROUKI, op. cit., p. 74-75.

⁵⁵¹ Sobre a memória e suas migalhas, é importante a leitura de DOSSE, Francois. *A história à prova do tempo*. Da história em migalhas e o resgate do sentido. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: UNESP, 2001.

⁵⁵² OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 57.

conseguem se exprimir nos termos da tradição e só fazem sentido se forem partilhadas com uma comunidade afetiva e social⁵⁵³. Mas, longe de derivar do passado, a memória atua a partir do presente, justamente porque da memória acontece a re-interpretação coletiva⁵⁵⁴, sendo que, em função disso, a memória se situa num prolongamento direto do precedente, pois se ela opera a partir do presente e não do passado é porque possui uma disposição ativa voluntária e não uma faculdade passiva e espontânea. Por fim, deve-se levar em consideração que a memória se relaciona com o esquecimento, de modo que, longe de se opor a ele, o pressupõe, tendo em vista que qualquer organização de memória é igualmente uma organização do esquecimento. Somente ocorre memorização a partir da triagem seletiva⁵⁵⁵.

Entretanto, para que se possa falar de uma nova temporalidade que possa desligar o passado através do perdão, faz-se necessário que o tempo da memória seja ultrapassado ou superado⁵⁵⁶. Nesses momentos, o tempo do perdão se agiganta, garantindo sua necessidade para o mundo do Direito não como meio de simplesmente esquecer, mas de selecionar o que se vai esquecer. Ou seja, só pode existir Direito na sociedade a partir do momento que se tem perdão, uma vez que a vingança é uma fonte do Direito primitivo. Por outro lado, o perdão é um momento de maturidade, sem ele, se está sob a Lei de Talião. O Direito moderno nasce com a idéia de perdão, que se liga à idéia de esquecimento seletivo. No entanto, o perdão é realizado por um terceiro, o Judiciário é que encaminha esses processos de perdão⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Intersezione tra strutture temporali, la memoria è quel legame di tradizione socialmente definito e istituzionalmente coltivato attraverso il quale orizzonte di aspettative e spazio di esperienza trovano equilibri. L'instabilità e l'oscillazione, si sa, non sono estranee ai meccanismi della memoria e le istituzioni non fanno che amplificarne lo spazio di variabilità (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996. p. 152).

⁵⁵⁴ Nesse sentido, é importante diferenciar a memória coletiva e a memória histórica: a primeira, que pode ser considerada “quente”, elabora-se no seio de grupos sociais e produz tradições vivas, a segunda, que pode ser qualificada como “fria”, apresenta-se como “quadro de acontecimentos” e “recolha de factos” gerando um “saber histórico” (OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 60).

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 59-63.

⁵⁵⁶ Assim, a “dialética entre a memória e o esquecimento se vê alterada em função da ação de descolar o passado de uma concepção que o decalcasse do presente, de atual, que fizesse dele a representação de um antigo presente, uma dimensão empírica do tempo” (PELBART, Peter Pál. *O tempo não reconciliado*. São Paulo: Perspectiva: FADESP, 1998. p. 127).

⁵⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005. p. 802.

Mas como desligar o passado sem o abolir? Como ultrapassar a vingança sem cair na injustiça e na desonra? Não se pode duvidar que o passado tem uma presença tão forte quanto o presente, todavia, o esquecimento, não obstante ser ameaçador, é necessário, uma vez que se trata do reverso da memória. Porém, para pensar é preciso esquecer diferenças, generalizar, abstrair. É preciso esquecer, e uma das formas de esquecimento no mundo do Direito é justamente a prescrição⁵⁵⁸ que ocorre para não manter alguém obrigado, atrelado a outro eternamente.

Assim, o perdão⁵⁵⁹ é simultaneamente um ato de memória e de remissão: uma forma de apagar deliberadamente uma ofensa real, de modo que o ofendido considera o ofensor livre de uma falta cuja realidade é reconhecida pelos dois protagonistas. Porém, o perdão também se destaca da lógica jurídica por ser um ato pessoal (concedido pelo ofendido ao ofensor que o solicita), trata-se de uma medida coletiva e pública, se não devido, não pode ser imposto por nenhuma lei, gratuito e gracioso, excede a lei de equivalência freqüentemente associada ao reino da justiça. Nesse ínterim, o Direito surge como meio de mediação que, ao substituir a justiça privada, utiliza o processo como meio de intervenção de um terceiro numa querela que se torna, doravante, triangulada e verbalizada⁵⁶⁰. Dessa relação triangulada se espera uma sentença que só é pronunciada ao fim de um debate contraditório ao longo do qual ambas as partes tiveram sucessivamente a palavra⁵⁶¹.

Nesse momento, em que nos deparamos com mais um paradoxo do Direito, a sentença, ou seja, a decisão, o julgamento dispõe sobre o passado enquanto a lei

⁵⁵⁸ Ou “esquecimento programado”, como quer Ost: “o direito constata o fluir do tempo e o desgaste da memória, tanto das testemunhas como da indignação pública: para lá de um certo prazo, a pessoa visada poderá invocar em seu benefício o esquecimento” (OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 178-179).

⁵⁵⁹ Especificamente no campo penalista, o perdão ganha outros contornos, segundo Mireille Delmas-Marty, ao salientá-lo como uma forma primeira da “reconciliação, do abrandamento para o qual tende o direito penal, o perdão, que apaga posteriormente e de uma só vez o crime, ou a condenação pelo crime, nunca foi completamente excluído do direito penal” (DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*. Do código penal aos direitos humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005. p. 69).

⁵⁶⁰ Eligio Resta aponta para dois tipos de perdão: o perdão que traz consigo desejo de submissão e que fixa o tempo imóvel do ressentimento que “vuol farla pagare all’infinito”. Esse tipo de perdão permanece imóvel e fixo, ancorado ao passado, sem esquecer aquilo que parece publicamente esquecido. Outra forma de perdão é aquela que reconstrói o tempo não permanecendo dele prisioneiro, possuindo a capacidade de transcendê-lo. Não é um gesto de renúncia, mas de reelaboração. É típico daquele que sabe renunciar a vingança, talvez por sabedoria, talvez por generosidade. Esse perdão possui um lugar público na política que não pode ser delegado ao Direito uma vez que “la legge non può consentirsi questo singolare supplemento d’anima” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996. p. 157-158).

⁵⁶¹ OST, op. cit., p. 176.

para o futuro. Segundo Ost, o problema reside na regra do Direito que o juiz aplica. Em princípio, o juiz diz um Direito de então que é igualmente o Direito de agora: o intemporal tal como se impõe na sua verdade. Eis ainda um aspecto do carácter declarativo do julgamento – um julgamento que é suposto enunciar uma verdade intangível decorrente de uma lei ou de um princípio pré-estabelecido. Porém, toda gente sabe que qualquer texto escrito é passível de interpretação e que estas podem ser criadoras, de modo que o juiz pode não repetir uma norma pré-existente, muitas vezes adaptando-a. Faz-se necessário, então, conciliar a memória e o questionamento, cujo liame diz respeito à segurança jurídica e à não menos indispensável faculdade de reabrir por vezes o passado para nele reinscrever as premissas de um Direito ou de uma justiça que aí se tenham perdido⁵⁶².

A interpretação criadora faz nascer a promessa, é extremamente importante no sentido de que ela tem que romper com a tradição, mas tem que fazer este rompimento de uma maneira sofisticada, comprometendo o futuro⁵⁶³ que, assim, se torna menos imprevisível, uma vez que se dá a ele um sentido no modo normativo: “as coisas serão assim, pois a isso me comprometo”, esse compromisso se refere a uma norma aplicada a si mesmo. Exemplo típico da promessa é aquela realizada em Hobbes através do contrato social cujo poder constituído a partir dali se tornou perpétuo. Desse modo, a promessa compromete o futuro se, e apenas se, conseguir apoiar-se em uma forma prévia de confiança que ao mesmo tempo regenera e reforça⁵⁶⁴.

Por conseguinte, a promessa apresenta um futuro que nos obriga desde já. Exemplos típicos dessa relação futurista que responsabiliza as gerações atuais são aqueles ligados ao meio ambiente. Nessa relação, a longevidade do futuro se encontra em nossas mãos, dependendo dos homens de hoje que o longo prazo não

⁵⁶² OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 193-195.

⁵⁶³ Alguém disse que é sempre difícil fazer previsões, sobretudo... quando elas dizem respeito ao futuro! O futuro é imprevisível, mas só podemos conhecer o que é, não o que ainda não é. Para conhecer o futuro seria necessário esperar que ele acontecesse, mas então ele deixaria de ser futuro! Todo o futuro é, por natureza, aberto e opaco ao mesmo tempo (KLEIN, Étienne. *O tempo*. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 91).

⁵⁶⁴ Ver HOECKE, Mark van; OST, François. Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. *Revista DOXA*. n. 22, 1999. Coordinadores Josep Aguilò Regla y Maccario Alemany. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>>>portal>>doxa.>.; OST, François. Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico. *Revista DOXA*. n. 25, 2002. Coordinadores Josep Aguilò Regla y Maccario Alemany. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>>>portal>>doxa.>.

se torne curto. Portanto, é através do tempo que somos chamados à responsabilidade, como se o futuro tivesse poder sobre nós⁵⁶⁵.

Esse se torna o desafio para aos juristas: pensar as vias de abertura para o futuro em formas duráveis rompendo mas, ao mesmo tempo, se apoiando no passado⁵⁶⁶, libertando as forças do instituinte nas próprias formas do instituído⁵⁶⁷. Esse raciocínio faz emergir outra vez a figura do Estado como a mais importante das instituições jurídicas susceptíveis de obrigar o futuro não só como um poder soberano, mas também como um poder contínuo. No âmbito estatal, a Constituição é, por excelência, o instrumento jurídico de ligação com o futuro. Essa ligação nasce e se valoriza pelo contrato. Porém, é necessário recordar que o “futuro valorizado não é necessariamente um futuro garantido⁵⁶⁸. O risco contribui até para a valorização da aposta. Aqui, a regra do jogo é que os contratantes, um ou os dois, assumam essa parte inevitável de risco que o futuro comporta”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ No entanto, as relações com as gerações futuras merecem cuidado especialmente quanto à falta de identidade, uma vez que ainda não existem e há o risco de decisões paternalistas sobre um direito que não é atual e sim futuro, assim: L'idea rivoluzionaria che emerge è quella di un diritto trans-generazionale, su un modello di diritto fraterno in cui i diritti dei popoli potessero comprendere l'idea di genere umano: comprese le generazioni future... Ma il meccanismo dell'imputabilità vuole che ci sia sempre la persona a cui rispondere ... Come può dunque essere la generazione futura?! Viene meno la struttura dialogante del domandare e rispondere. Ecco perché l'etica intergenerazionale rischia sempre di cadere nella *ingenuità* (i soggetti futuri non hanno identità e dunque non possono essere soggetti di diritto) e nella *arroganza* (decisioni paternalistiche verso il prossimo)...Bisogna lasciare al prossimo la possibilità di scegliere tra diverse alternative. Scegliere per lui anche quella che noi riteniamo l'ipotesi migliore rappresenta solo una violenza più raffinata (RESTA, Eligio. *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*. Roma-Bari: Laterza, 1997. p. 49).

⁵⁶⁶ “O futuro é o passado em preparação”. Esta frase é verdadeira a ponto de ignorar a seta do tempo: podemos inverter a cronologia para afirmar também que “o presente é o futuro que se prepara” (KLEIN, Étienne. *O tempo*. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 101).

⁵⁶⁷ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 227.

⁵⁶⁸ Essa imprevisibilidade do futuro é, segundo Capella, uma diminuição do horizonte de expectativas, uma vez que as pessoas percebem cada vez menos o que podem esperar e, inclusive, deixam de confiar na probabilidade de expectativas razoáveis, o que desenvolve uma tendência de deixar de fazer previsões individuais para o futuro. O resultado é uma contraditória, esquizofrênica, desapareição do interesse pelo futuro em seres humanos para quem o presente pode ser dificilmente suportável. Cria-se, então, uma histórica apologia ao presente (CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 30-31).

A impotência para imaginar o futuro só aumenta em conjunto com a sobrepotência técnico-científica para transformar radicalmente o porvir: a febre da brevidade é apenas uma das facetas da civilização futurista hipermoderna. (LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.p. 68).

⁵⁶⁹ OST, op. cit., p. 306.

Desse modo, o tempo positivista⁵⁷⁰ é o tempo da instantaneidade⁵⁷¹ e da perenidade, o tempo da certeza e da segurança, mas os tempos atuais são de imprecisão⁵⁷². Entretanto, uma temporalidade absoluta se faz perigosa, surgindo a necessidade de questionamento, como algo que desobriga o futuro, não fazendo com que o mesmo esqueça a promessa, mas com que ele abra novas vias para que ela se concretize. Fugindo da temporalidade absoluta, o questionamento surge como uma oportunidade de suspensão do instante que autoriza as iniciativas e alimenta a trama do tempo⁵⁷³; não é o seu apêndice ou epílogo⁵⁷⁴.

Assim, para o mundo jurídico, o futuro traz a incômoda sensação de incerteza e gera insegurança, pois a interrogação imediata que se faz é sobre a capacidade do Direito de instituir o elo que é posto em causa, mais ainda do que a sua aptidão para garantir segurança⁵⁷⁵. Desse modo, o desafio diante do qual se encontram os juristas é, nesse contexto de incerteza, preparar o futuro num mundo de falibilidade. Tal fato pode ser evidenciado especialmente quanto se percebe que o Estado Providência perde espaço para a “sociedade de risco”⁵⁷⁶, cuja evidência principal ocorre na volta da segurança como assunto primordial em substituição à solidariedade. Nestes termos, não basta ao Estado ser redistribuidor para honrar a promessa de felicidade social, é necessário que ele conduza à mudança social. Cria-se, então, a figura de um Estado propulsivo, no sentido de desenvolver, em todos os

⁵⁷⁰ O positivismo foi alvo de discussão no capítulo anterior.

⁵⁷¹ A instantaneidade (anulação da resistência do espaço e liquefação da materialidade dos objetos) faz com que cada momento pareça ter capacidade infinita; e a capacidade infinita significa que não há limites ao que pode ser extraído de qualquer momento – por mais breve e “fugaz” que seja (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 145).

⁵⁷² Sobre a imprecisão do tempo e a necessidade humana de determinação do mesmo, é importante a leitura de FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S. A., 1986.

⁵⁷³ A trama do tempo vem refletida numa perspectiva histórica em: DOMINGUES, Ivan. *O fio e a trama*. Reflexões sobre o tempo e a história. São Paulo: Iluminuras; Belo Horizonte: UFMG, 1996.

⁵⁷⁴ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 324.

⁵⁷⁵ Mais uma vez, a contribuição de Prigogine: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UEP, 1996 e PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *Entre o tempo e a eternidade*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

⁵⁷⁶ Conforme Ulrich Beck, não se pode perder de vista que a sociedade do risco é também a sociedade na qual a urgência se torna o estado normal, de modo que a sociedade do risco põe a si própria em perigo (o risco sanitário e o risco tecnológico são exemplos disso). Então, se pode constatar que a ameaça vem mais das nossas ações do que da natureza (BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1997. p. 79).

setores das políticas públicas, “programas finalizados” com vistas a atingir os objetivos que lhe parecem conformes à sua visão construtivista do interesse geral⁵⁷⁷.

Outro ingrediente deve ser adicionado à tal situação: a urgência, a imposição de ações em tempo real, instantâneo, imediato. Então, a discussão pode ser reportada ao Direito e ao processo propriamente dito, que precisa lidar com todo um arsenal de ritos e prazos e não obstante tais instituições se põem a requestionar sua certezas e renegociar as promessas anteriormente formuladas. Nesse contexto, a discussão se avoluma e passa a ser centrada no tempo do processo, cujo debate se fará adiante.

4.3 O tempo e o destempo do processo: a singularidade do rito como temporalidade processual única

Para discutir as relações entre o tempo e o processo, é necessário recordar que o tempo do processo não é um tempo ordinário. Da mesma forma que o espaço judiciário reconstrói, por oposição ao abandono da sociedade, um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano. O primeiro insinua-se neste como uma ação temporária que, dada a sua ordem e a sua regularidade, compensa as lacunas do tempo profano que se ritualiza para tornar-se processual⁵⁷⁸.

Antes mesmo de existirem leis, juízes e palácios de justiça, havia um ritual. Esse ritual poderia ser religioso ou pagão, mas era consenso entre seus praticantes e seguidores⁵⁷⁹. Nestes termos, o que é um processo? Ele é, inicialmente, um ritual

⁵⁷⁷ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 338.

⁵⁷⁸ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 53.

⁵⁷⁹ Rito è termine che viene dall'esperienza religiosa e che ha finito per far parte del lessico fondamentale dell'antropologia. Indica l'insieme di pratiche linguistiche che trasferiscono nel campo della prevedibilità un mondo variegato di simboli, aspettative, esperienze che generano l'angoscia dell'incertezza. Si parla così di rito di iniziazione, di rito di passaggio, di rito di fondazione, di rito liturgico; qualcuno azzarda che la sua origine sia da riportare ad un dire e ad un avanzare. Il rito

e justamente por isso carrega consigo un repertório de palavras, gestos, fórmulas, discursos, de tempos e locais consagrados, destinados justamente a acolher o conflito. Primitivamente, a autoridade não era necessariamente un juiz, poderia ser o sacerdote ou o líder de un povo, mas de una coisa não se abria mão: era necessário un código, una fórmula (escrita ou não) de tratar o conflito, consensuada entre todos os integrantes do grupo, ou seja, institucionalizada por eles⁵⁸⁰.

Essa forma era o ritual, o código. Não é por acaso que ainda usamos a palavra rito para definir o procedimento judicial (rito ordinário, sumário...). O uso do termo rito não é un mero acaso, una vez que se trata de una prática social que serve para governar o sentido da complexidade das coisas. O rito é a resposta para a incerteza⁵⁸¹, condimento da angústia do não previsível, é controle, é tanta coisa, mas é sobretudo prática social⁵⁸². Assim, o processo é construído em torno da lógica ritual, não substituível por nenhuma outra linguagem, exclusivamente em função de una coação a decidir⁵⁸³. Assim, não todas as provas, mas também aquelas

ripete, replica e si ripete: trasmette memoria di un'esperienza e regola le attese del nuovo; non ci si può interrogare sul perché né tanto meno sulla verità o falsità di un rito. (RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardoza/rewiew/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006).

⁵⁸⁰ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 25.

⁵⁸¹ Jerome Frank trabalha com a incerteza do direito focando a produção probatória como um dos fatores de angústia dos juristas. Tal produção probatória também oferece un ritual, desde a apreciação dos fatos e de suas provas, até a sentença. É nesse sentido que salienta o erro principal: "concluyen que la certidumbre jurídica debe ser medida por la bastante fácil predecibilidad de la sentencias del tribunal superior en los numerosos pleitos usuales, no excepcionales, llamados a ser resueltos por normas jurídicas bien establecidas y precisas." (FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S. A., 1986. p. 83).

⁵⁸² Il rito giudiziario lo fa soltanto più degli altri. C'è anche un racconto del rito che affonda nelle pieghe della storia del diritto capace di raccontarci dei suoi cambiamenti, ma anche delle sue giustificazioni, dal meccanismo formalmente irrazionale dei responsi oracolari ai moderni apparati sostanzialmente razionali del tecno-diritto, alla scommessa moderna del processo formalmente razionale; storia di un passaggio da legittimazioni sacrali all'infondatezza delle convenzioni moderne. Ma proprio quel racconto del rito ci mostra come in esso si consumi il tentativo dei nostri sistemi sociali di ingannare la propria violenza sostituendo alla cattiva infinità della vendetta o al rischioso arbitrio di un sovrano il procedere discorsivo. (RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardoza/rewiew/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006).

⁵⁸³ Ma la storia del processo è tutta consegnata a questo filo conduttore che ci conduce, in occidente, lungo i diversi sistemi e le diverse epoche, verso questo punto: il processo giudiziario è "rito" fondato su regole sue proprie, dotato di autonomia e differenza dalla materia che deve accertare e che tende a differenziarsi dall'arbitrio del decisore o dalla pericolosa irrazionalità della punizione di una comunità (ibidem).

tecnologicamente mais relevantes poderiam ser admitidas, e nem todos os tempos seriam consentidos, senão dentro do código lingüístico regulado pelo Direito⁵⁸⁴.

Desse modo, integrado nessas marcas rituais do tempo, o processo desenrola-se de uma assentada: representa-se até ao fim. Durante o período em que se desenvolve, apresenta avanços e recuos, peripécias, uma alternância de esperança e de pessimismo e, quando o fim se aproxima, a tensão. O processo é uma revolução completa. É por isso que se pode afirmar que a temporalidade processual não encontra possibilidade de reprodução. Tudo isso se deve, efetivamente, ao princípio da autoridade da coisa julgada que proíbe que a mesma jurisdição volte a ocupar-se de um mesmo caso previamente julgado por ela. Não reproduzível, o tempo do processo é, pois, e de igual modo, um tempo único⁵⁸⁵.

É possível afirmar que o tempo do processo não resulta, entretanto, unicamente das regras processuais, pois o processo deve regular um litígio. Assim, a matéria litigiosa impõe o ritmo dos procedimentos. Seu estudo mostrou que o tempo é evolutivo e não se reduz ao momento da demanda na justiça. A matéria litigiosa é uma matéria viva que não pode se solidificar no início do processo. O procedimento deve, assim, integrar as evoluções do litígio que resultam da atividade das partes, do juiz ou, ainda, de uma mudança de legislação⁵⁸⁶.

Portanto, o processo do qual tanto se fala e sobre o qual tanto se litiga, não pode ser considerado outra coisa senão um lugar, único, onde se realizam duas exigências diferentes: a primeira é a busca pela verdade em uma história que uma lei prevê como delito/ilícito; a segunda é a garantia que o acusado/requerido possa se defender da acusação que lhe é feita. Ambas existem uma em função da outra, e

⁵⁸⁴ RESTA, Eligio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005. p. 169.

⁵⁸⁵ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 58-59.

⁵⁸⁶ Le temps du procès ne résulte cependant pas uniquement de règles processuelles. Le procès doit régler un litige. La matière litigieuse impose le rythme des procédures. Son étude a montré que le temps est évolutif et ne se réduit pas à l'instant de la demande en justice. La matière litigieuse est une matière vivante qui ne peut se figer au début du procès. La procédure doit donc intégrer les évolutions du litige qui résultent de l'activité des parties, du juge ou encore d'un changement de législation (AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Daloz, 2002. p. 511-512).

não uma contra a outra, e juntas, entre elas, se constitui o critério fundamental de legitimação da jurisdição⁵⁸⁷.

Por fim, o tempo do processo é um tempo contínuo, possuindo um começo e um fim⁵⁸⁸. Vive-se até o fim. Além disso, avista-se a temporalidade processual como um procedimento ordenado de modo que cada um possui o seu lugar e cada coisa acontece a seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário. Todo juiz dá uma certa liberdade para adequar essa ordem às especificidades do processo⁵⁸⁹, prerrogativa que não é atribuída às partes, por exemplo. Ainda, observa-se que o tempo é muito mais “longo” para as partes (especialmente o acusado) do que para os profissionais da justiça. Muitas vezes, ele (o acusado) esperou longamente para que o tempo “passasse”⁵⁹⁰.

À exceção dos casos flagrantes, o processo não decorre em tempo real, nele o tempo é recriado⁵⁹¹. A vida social não pode ser reparada aos bocados, ela pede para ser regenerada: é esse o sentido do tempo judiciário. Essa recriação da ordem social não consiste numa simples representação e, nesse contexto, o ritual permite também que a sociedade *participe* nessa criação. Aquilo que se representa é um *drama*, ou seja, uma ação, algo que se está para fazer, algo que se faz, algo sobre o qual é possível agir. Observa-se que o tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Assim como o tempo judiciário, o Direito, ao assimilar textos provenientes de épocas diferentes, parece ser insensível ao tempo. Sublima a perenidade para proporcionar à sociedade uma atualidade eterna. Integra o passado num presente eterno. Contra a corrupção do tempo, o Direito afirma a sua inesgotável capacidade

⁵⁸⁷ RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardozo/review/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006.

⁵⁸⁸ Il processo è dunque un tempo di sospensione e di riflessione e, per così dire, un percorso di riordino dell'esperienza giuridica; il che significa anche un principio di orientamento per i consociati, in quanto la sanzione e la reintegrazione dell'ordine giuridico mediante il processo attuano, per altro verso, una contropinta psicologica che scoraggia e riduce le turbative dell'ordine giuridico: una funzione preventiva complementare a quella repressiva e non meno importante di essa (MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 312-313).

⁵⁸⁹ É justamente nessa crença que reside o risco de discricionariedade judicial, discutido no capítulo anterior.

⁵⁹⁰ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 61-62.

⁵⁹¹ Il "metodo giudiziario" si basa sul non precipitare il giudizio, anzi al contrario sul consapevole e voluto differimento della sua pronuncia all'esito del processo. Lo stesso principio del contraddittorio richiede di prender tempo per la decisione. Il giudice, prima di giudicare (in modo non meramente interlocutorio; cioè prima di emettere la sentenza), deve rimanere in posizione di ascolto (MARINELLI, op. cit., p. 308-309).

de auto-regeneração, de sublimação do carácter finito da História. Portanto, luta contra o abandono trazendo a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir sem ser afetado pelo tempo. É o “não-tempo” do Direito⁵⁹².

No entanto, a elaboração simbólica do processo é hoje alvo de ataques e críticas. Na maioria das vezes, acusa-se a justiça de ser demasiado lenta e para muitos o antídoto para essa morosidade é o tratamento dos processos “em tempo real”. Desse modo, a justiça, que se flexibiliza e desformaliza, é solicitada com mais frequência. Na ânsia de dar resposta céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela Emenda Constitucional 45 (EC/45), cujas expectativas são de que suas alterações possam gerar transformações necessárias para implementar uma efetividade quantitativa e qualitativamente junto ao sistema judiciário nacional.

Na verdade, a EC/45 é apenas uma das tentativas (não a primeira e com certeza, nem a última) de buscar celeridade através da alteração/introdução de legislação que tenha por objetivo estimular a eficácia quantitativa das decisões através da celeridade processual⁵⁹³. O texto da Emenda Constitucional 45 (EC/45), promulgada em 08 de dezembro de 2004, produz alterações consideráveis nas instituições encarregadas de administrar a justiça, estabelecendo, por exemplo, um controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público, propondo uma nova forma de administração. Além disso, federaliza os crimes contra os direitos humanos, estabelece como garantia constitucional a razoável duração do processo e determina o fortalecimento da defensoria pública, institucionaliza súmulas vinculantes, inclusive com efeitos extensivos às ações diretas de inconstitucionalidade e, dentre outras coisas, trata dos mecanismos de admissibilidade dos recursos.

Ainda despertando dúvidas quanto aos resultados que produzirá, a Reforma do Judiciário determina alterações em uma parte considerável do texto constitucional. É cedo para precisar se os resultados serão significativos, especialmente em face da polêmica introduzida por alguns dispositivos. De fato, ela é uma tentativa de

⁵⁹² GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 68-69.

⁵⁹³ No capítulo terceiro a efetividade quantitativa já foi abordada, especialmente ao discutir as súmulas vinculantes também expostas na EC/45.

fortalecer e modernizar a prestação jurisdicional brasileira que sabidamente tem acontecido de forma acanhada em termos quantitativos e principalmente qualitativos. É fato que o Judiciário viu sua estrutura (física, política, pessoal...) tornar-se inadequada diante dos avanços da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento em termos tecnológicos, administrativos e comportamentais.

Além desses, outros problemas acontecem, todos eles rotulados: “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada. Porém, como já asseverado anteriormente, a EC/45 traz uma série de polêmicas, muitas das quais objetos de ampla discussão (anterior e posteriormente à sua entrada em vigor). Pode-se mencionar, especialmente, a inclusão do inciso LXXVIII⁵⁹⁴ no art. 5º do texto constitucional, que repercute em temas já bastante discutidos como “acesso à justiça”⁵⁹⁵ e “cidadania”.

Porém, não se pode perder de vista que, antes mesmo na inserção do inciso referido ao art. 5º da CF pela EC/45, já se encontrava a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva no inciso LXXXV⁵⁹⁶, o que possibilita o acesso à justiça e, numa interpretação extensiva, a uma justiça adequada e tempestiva⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Art. 5º ...

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁵⁹⁵ De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 11-12).

⁵⁹⁶ LXXXV- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵⁹⁷ Assim, “uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito à ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como garantia fundamental de justiça” (MARINONI, Luiz

Aliás, as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é vista como uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão através do direito de ação. No entanto, essas imbricações tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), tem o poder de interferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária⁵⁹⁸. Desse modo, existe a possibilidade de limitar essa influência temporal através de dispositivos processuais de urgência, como os processos cautelares, as tutelas antecipadas ou específicas, que podem garantir a forma mínima do processo⁵⁹⁹.

O inciso LXXVIII no art. 5º determina uma garantia constitucional que deve ser executada desde logo, sem o risco de esperar por ações legislativas posteriores que lhe venham a dar carga eficaz. O dispositivo em comento guarda especial importância em quatro aspectos: (1) torna obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável⁶⁰⁰; (2) estabelece, ainda que de forma indireta, que prazo

Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 218).

⁵⁹⁸ As relações temporais/processuais precisam ser analisadas levando em consideração que “o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido, nesta perspectiva, é utilizado como instrumento de certeza, na medida que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judicial. Já o tempo da economia globalizada é o tempo real, isto é, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver intrincados mecanismos para proteger seus negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte assim numa das condições básicas para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e aos desequilíbrios dos mercados, o que leva a um processo decisório orientado pelo sentido da vigência e baseado tanto na capacidade quanto na velocidade de processamento de informações técnicas e altamente especializadas” (FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002. p. 35).

⁵⁹⁹ Sobre esse assunto, é importante a leitura de SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004 e SILVA, Ovídio Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁶⁰⁰ A Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969), a qual o Brasil aderiu em 26.5.1992, realizando sua ratificação em 25.9.1992 e sua promulgação em 9.11.1992 (Dec. 678), dispõe expressamente em seu artigo 8º, item 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter

razoável é o prazo legal; (3) traz também a exigência de meios que garantam a celeridade processual; (4) por fim, introduz um conjunto de determinações relativas à organização do Poder Judiciário que, se implementadas de forma adequada, podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional⁶⁰¹.

Todavia, resta a pergunta: no que consiste a “razoável duração do processo”? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: “a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo⁶⁰²”. Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil hoje se encontra muito acima do legal e do razoável⁶⁰³.

civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. É possível afirmar, então, que a determinação de que o processo possua duração razoável e que sejam garantidos meios de celeridade na sua tramitação não é, propriamente, uma novidade no cenário brasileiro. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi observada quanto a esse dispositivo.

⁶⁰¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário*. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 288.

⁶⁰² Ibidem, p. 289.

⁶⁰³ Serve como exemplo da morosidade judiciária brasileira a recente notícia sobre a demora na tramitação de um processo que, incredivelmente, tramita ao longo de 70 anos. Trata-se do processo de inventário de Maria Eduarda Correa Simas, falecida em 31 de agosto de 1935, cuja abertura ocorreu em 29 de agosto de 1938, pelo inventariante Justino Correa Simas. O feito (nº 039/1.030032437-6) tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Viamão. Com a demora no tramitar do feito, as conseqüências foram nefastas: os herdeiros diretos faleceram; os bens foram todos alienados, ou cedidos onerosamente; ocorreu o esbulho de área rural de terceiros, o que determinou por parte dos prejudicados pedidos de providências policiais, bem como a abertura de processo criminal. Situação pior aconteceu em Rio Grande, onde os autos do processo do inventário do comendador Domingos Faustino Correa serão doados definitivamente ao Departamento de Biblioteconomia e História da Fundação Universidade Federal de Rio Grande. A decisão é do Conselho da Magistratura do TJRS. O processo tramitou durante 107 anos e é considerado o mais longo de toda a história do Judiciário do Brasil. O comendador, no leito de morte, mandou redigir seu testamento em 11 de junho de 1873, vindo a falecer 18 dias após. O inventário deu entrada no Foro de Rio Grande em 27 de junho de 1874. O processo tramitou por 107 anos, gerando uma verdadeira corrida atrás do “ouro” alegadamente deixado pelo inventariado. Ao longo desse tempo, milhares de “herdeiros” se habilitaram à herança. A meação do comendador jamais foi partilhada aos supostos herdeiros. A solução se deu a partir da designação de um juiz (Carlos Roberto Nunes Lengler) especialmente para presidir, sanear e julgar o feito. Todos os mais de 1.200 volumes processuais foram trazidos a Porto Alegre no início dos anos 80 e, seis meses depois, o processo teve sentença (Editado em Porto Alegre em 20.06.2006 - Editor: Marco Antonio Birnfeld - 123@espacovital.com.br). Nessa mesma seara, discutindo a duração dos processos na Itália, Caselli e Pepino apontam para os prazos de toda a Europa: Difficile o addirittura impossibili, date le profonde diversità dei rispettivi sistemi, effettuare una comparazione attendibile tra le statistiche giudiziarie del nostro Paese e quelle degli stati europei poi più vicini. In termini approssimati si può, peraltro, affermare che, con sopravvenienze quantitativamente simili, i tempi di definizione dei processi sono, nel resto d'Europa,

Nesse mesmo sentido, discutindo a delimitação da expressão “prazo razoável”, percebe-se que o seu sentido deve ser “preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável”⁶⁰⁴. Dessa maneira, fica clara a busca pela celeridade processual permeada pelo tratamento adequado resultante de uma resposta qualificada aos conflitos. Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Se a função social do processo, que é o instrumento da jurisdição, é a distribuição da justiça, não há como negar que, nas atuais circunstâncias do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade. Porém, outras estratégias precisam ser desenvolvidas para que se fale no tratamento qualitativamente adequado dos litígios.

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão⁶⁰⁵. É por isso que não basta apenas “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e

assai più ridotti che in Italia. Da una recente ricerca dell'Istat risulta, infatti, che la durata media, in primo grado, di un processo civile è di cinque mesi nel Regno Unito, di nove mesi in Francia e in Germania, di dieci mesi in Spagna, mentre per definire, sempre in primo grado un processo penale occorrono pochi mesi nel Regno Unito, un anno in Spagna e due anni, comprensivi la fase istruttoria in Francia (esclusi i processi di Corte d'Assise, che hanno tempi più lunghi). A ciò deve aggiungersi che in tutti paesi considerati il numero e la durata delle impugnazioni sono nettamente inferiori che in Italia (e ciò si riverbera, ovviamente, in modo rilevante sui tempi complessivi dei processi). I dati comparati vanno utilizzati, come si è detto, con prudenza ma, pur con questa avvertenza, sono eloquenti e avvalorano la convezioni che c'è, nel sistema italiano, del patologico (perché si spende poco, perché le risorse sono distribuite irrazionalmente sul territorio, perché i sistemi processuali sono inadeguati, perché si assottiglia il confine tra garanzie e formalismo, e via seguitando) (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. 14).

⁶⁰⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

⁶⁰⁵ Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13).

interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdicção⁶⁰⁶. Nessa seara, mesmo que a EC/45 alcance resultados significativos tornando célere o trâmite processual, aproximando a justiça do cidadão, especializando varas para o melhor tratamento de uma parcela de direitos até então pouco observados, valorizando as defensorias públicas (o que implica de forma direta ou indireta na diminuição de custos e na possibilidade de inclusão do cidadão hipossuficiente), deve-se recordar que os mecanismos de tratamento dos conflitos precisam ser revistos. Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

Conseqüentemente, essas novas garantias constitucionais vêm para integrar o sentido incluyente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária, etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana que, como escopo do “constitucionalismo social e democrático de direito”, repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicção⁶⁰⁷.

No entanto, o tempo processual único possui vínculos estreitos com a narrativa literária uma vez que cada juiz, ao decidir, deve se considerar como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia (o processo) do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história. Conseqüentemente, ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁶⁰⁸. Essa intersecção entre tempo e narrativa, entre o antes e o depois, numa cadeia literária de reconstrução interpretativa é objeto da próxima abordagem.

⁶⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 423.

⁶⁰⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

⁶⁰⁸ Aqui é importante a leitura de DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238 et. seq.

4.4 O tempo e as dificuldades de contar o Direito: a refiguração da experiência temporal através da narrativa

Tempo e narrativa são correlatos, tal afirmativa ocorre nos escritos de Paul Ricoeur⁶⁰⁹ e são posteriormente revisitados por François Ost⁶¹⁰. Ambos os autores afirmam que a configuração narrativa se encerra numa refiguração da experiência temporal⁶¹¹. Justamente para que a experiência temporal receba esse nome, ela não deve se limitar a descrever aspectos implicitamente temporais da remodelação da conduta pela narratividade. É necessário que se acrescente aí a consciência do tempo. Desse modo, para determinar o estatuto filosófico da refiguração do tempo, é preciso examinar os recursos de criação pelos quais a atividade narrativa responde e corresponde à aporética da temporalidade.

Finalmente, observa-se que a refiguração efetiva do tempo o humaniza pelo entrecruzamento da história e da ficção. Essa refiguração ocorre na maneira através da qual a história e a ficção, em conjunto, oferecem às aporias do tempo reveladas pela fenomenologia a réplica de uma poética⁶¹² da narrativa. Essa maneira única através da qual a história responde às aporias da fenomenologia do tempo consiste na elaboração de um terceiro-tempo (propriamente histórico) que faz a mediação entre o tempo vivido e o tempo cósmico. Para que tal aconteça, se estabelecem procedimentos de conexão, tomados da prática historiadora, garantidores da reinscrição do tempo vivido no tempo cósmico, tais como calendários, seqüência das

⁶⁰⁹ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1997. t. 3.

⁶¹⁰ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

⁶¹¹ Por sua própria estrutura, a narrativa instituíra uma confusão entre a consecução e a seqüência, o tempo e a lógica. Essa ambigüidade é que constitui o problema central da sintaxe narrativa. Existe uma lógica intemporal por trás do tempo da narrativa? [...] A análise atual tende, com efeito, a "descronologizar" o conteúdo narrativo e a "relogificá-lo". Assim, a tarefa consiste em chegar-se a dar uma descrição estrutural da ilusão cronológica; cabe à lógica narrativa dar conta do tempo narrativo. Poder-se-ia dizer, de outro modo, que a temporalidade não é senão uma classe estrutural da narrativa (do discurso), exatamente como, na língua, o tempo existe apenas sob a forma de sistema; do ponto de vista da narrativa, aquilo que chamamos tempo não existe, ou pelo menos não existe senão funcionalmente, como elemento de um sistema semiótico: o tempo não pertence ao discurso propriamente dito, mas ao referente: a narrativa e a língua só conhecem um tempo semiológico; o "verdadeiro" tempo é uma ilusão referencial, "realista" (BARTHES, Roland. *A aventura Semiológica*. Tradução de Mário Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 124).

⁶¹² Importante ressaltar que Paul Ricoeur utiliza a expressão "poética da narrativa" enquanto outros autores como François Ost, Jerome Bruner e Roland Barthes trabalham as relações entre "narrativa e literatura".

gerações, arquivos, documentos, rastro. É nesse sentido que a narrativa histórica ganha importância, uma vez que se relaciona com eventos que realmente ocorreram no passado, de modo que se pode dizer que o narrado “foi real”. É possível perceber o poder que a história tem de refigurar o tempo através do entrecruzamento entre a historicização da narrativa de ficção e ficcionalização da narrativa histórica, dando origem ao que chamamos de tempo humano⁶¹³, e que não é senão o tempo narrado⁶¹⁴.

Nesse aspecto, a relação histórica com o passado muitas vezes se dá através da invenção documentária, uma vez que, ao inventar documentos, a história tem consciência de se relacionar com acontecimentos realmente ocorridos. Essa consciência faz do documento um “rastro” (ao mesmo tempo um resto e um signo do que foi e não é mais). Por outro lado, é de se observar que “inumeráveis são as narrativas do mundo⁶¹⁵” podendo ocorrer através da linguagem articulada, oral ou escrita, através de imagens fixas ou móveis, do gesto e da mistura ordenada de todas as substâncias. A narrativa se encontra presente no mito, na lenda, na fábula, na novela, no conto, na epopéia, na tragédia, no jornal, na conversa, e assim por diante. Mais do que isso: a narrativa está presente em todos os tempos, lugares e em todas as sociedades. A narrativa tem início com a própria história da humanidade. Não existe povo sem narrativa, a comunidade se faz através da narrativa que perpetua suas lendas, suas histórias, sua cultura.

Por que estudar a narrativa num contexto temporal relacionando-a com o Direito? Essa questão pode ser colocada e encontra resposta na constatação de que os processos judiciais são decididos não só baseados em seus méritos legais, mas também na narração de um advogado. Então, se a ficção literária trata com reverência aquilo que lhe é familiar, se pretende conseguir verossimilhança, os

⁶¹³ As relações entre a literatura, a linguagem e a humanidade vêm muito bem exposta em: STEINER, George. *Linguaggio e silenzio*. Saggi sul linguaggio, la letteratura e l'inumano. Traduzione di Ruggero Bianchi. Milano: Garzanti, 2006.

⁶¹⁴ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1997. t. 3. p. 173-177.

⁶¹⁵ Essa afirmação é feita por Roland Barthes ao dar início à discussão sobre “introdução à análise estrutural das narrativas” (BARTHES, Roland. *A aventura Semiológica*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 103).

contos judiciários devem respeitar os expedientes da grande narrativa se querem obter o máximo do juiz ou do júri⁶¹⁶.

Um “racconto giudiziario” é um “racconto” narrado no tribunal⁶¹⁷. Mas os advogados e os juízes não consideram a sua competência narrativa. Todos se esforçam para descrever o mínimo de “histórias” possíveis, antes, pelo contrário, são anti-história: limitam-se aos fatos, logicamente evidentes, são avessos aos vãos da fantasia. Todavia, os narradores literários têm uma conduta diversa: a sua tarefa é justamente imaginar e explorar a possibilidade⁶¹⁸.

As dificuldades de “contar o Direito” não são recentes e podem ser abordadas a partir da constatação de que Direito e literatura possuem relações muito próximas e elos significativos entre si⁶¹⁹, ainda que inaugurados “sob o signo de um não-acolhimento, ou, pior ainda, de uma censura recuperadora”. O poder da literatura determina que, “conscientes do temível poder da ficção, os legistas querem manter os poetas à distância para preservar a integridade do Direito e da justiça”. Essa afirmativa dá início à discussão que põe e contrapõe o espaço literário da ficção ao espaço imperativo da ordem posto pelo Direito, argumentando que o primeiro determina a desordem das convenções, suspende as certezas e libera as utopias,

⁶¹⁶ Un mio amico romanziere passò alcuni mesi a Napoli per “immedesimarsi” nell’aspetto e negli odori di questa città, in preparazione di un romanzo che vi aveva ambientato. Un avvocato impegnato in una causa farebbe forse bene a immergersi in romanzi e commedie che trattano l’argomento in questione prima di escogitare una strategia processuale (BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 2002. p. 14-15).

⁶¹⁷ È dunque proprio la narrazione che ci porta a un punto di incontro tra un ordine raccontato dalla apparente certezza delle norme e da mondi della vita, ricchi, plurali, insondati, che sono più grandi e complessi di quanto quella certezza non possa dire. Quel terreno dunque parla di uno scarto tra quello che l’ordine giuridico dice di sé e quello che i mondi della vita si rappresentano; è una sorta di distanza di sicurezza che tra vita e diritto, per usare lessici più consueti, si viene a costruire e che, pur cambiando forma e contenuto, si perpetua costantemente in molte esperienze storiche. Si tratta di una tensione dialettica tra l’una, la vita, e l’altro, il diritto, che è impossibile ridurre alla nota contrapposizione tra fatto e norme. È semplicemente un’altra cosa che lavora su questo scarto attraverso una dimensione che lo rappresenta. Si sedimenta dunque nella narrazione intesa come quella complessa pratica di costruzione di mondi attraverso “testi”, quelli normativi e quelli della vita quotidiana che ad essi si rapportano (RESTA, Eligio. *Codici narrativi*. - no prelo)

⁶¹⁸ BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 2002. p. 52.

⁶¹⁹ Il campo del *diritto e letteratura* si occupa, in via generale, della ricognizione di aspetti della problematica e dell’esperienza giuridica esposti nelle opere letterarie e dell’esame del contributo della letteratura nella formazione della cultura giuridica. Esso si occupa, inoltre, della valutazione di ipotesi di estensione dei metodi della critica letteraria all’analisi del ragionamento giuridico e all’interpretazione della norma giuridica e della sentenza giudiziaria (SANSONE, Arianna. *Diritto e letteratura*. Un’introduzione generale. Milano: Giuffrè, 2001. p. 01).

enquanto que o segundo se esforça por garantir a segurança jurídica: “entre os interesses em disputa, ele decide; entre pretensões rivais, opera hierarquias”⁶²⁰.

Ocorre que a literatura assume muitos saberes, tornando-se possível afirmar que, independentemente da escola a qual se encontra filiada, é categoricamente realista: “ela é a realidade, isto é o próprio fulgor do real”. Entretanto, faz girar os saberes, não os fixa, não fetichiza nenhum deles, lhes dá um lugar indireto e esse indireto é precioso. Permite designar saberes possíveis trabalhando nos interstícios da ciência: a “ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa”. Por outro lado, o saber que ela mobiliza nunca é inteiro nem derradeiro, pois a literatura não diz que “sabe alguma coisa, diz que sabe de alguma coisa”. Ou melhor, que “sabe algo das coisas” – que sabe muito sobre os homens⁶²¹. Nesse sentido, o Direito pode se avizinhar da literatura uma vez que também sabe muito sobre os homens, tanto que regula suas ações através da lei. Porém, Direito e literatura são diferentes em vários aspectos⁶²².

Uma diferença marcante entre o Direito e a literatura é o fato de que o primeiro produz pessoas e a segunda produz personagens. Desse modo, “a pessoa jurídica é o papel esteriotipado, dotado de um estatuto (direitos e deveres) convenicionado. Na encenação que opera da vida social, o Direito endurece o traço – impondo ao indivíduo uma máscara normativa⁶²³”. É assim que o Direito cria padrões de comportamento ao cidadão, rotulando-os de acordo com a conduta que espera deles e com aquela efetivamente desempenhada. Na verdade, o Direito contribui para a instituição do social, no momento em que se transforma num discurso performativo, num tecido de ficções operatórias que exprime o sentido e o valor da vida em sociedade. “Instituir quer aqui dizer estreitar o elo social e oferecer aos indivíduos os pontos de referência necessários à sua identidade e autonomia⁶²⁴”.

⁶²⁰ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 10-15.

⁶²¹ BARTHES, Roland. *Aula*. Tradução e pós-fácio de Leyla Perrone-Moisés. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 18-19.

⁶²² La letteratura imita con le sue astuzie la realtà convenzionale per creare la verosimiglianza; il diritto lo fa citando il corpus juris e attenendosi ai precedenti (BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 2002. p. 53).

⁶²³ OST, op. cit., p. 16.

⁶²⁴ Idem. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 11.

Todavia, o Direito é geral e abstrato (afinal, assim definimos a lei) e a literatura é singular e concreta, e esta é outra grande diferença entre eles. O Direito é o mesmo para todos, enquanto a literatura conta as peculiaridades de cada história. Ainda, a linguagem do Direito é racional e a da literatura é a linguagem da fantasia. Mas então, de que modo o estudo da literatura pode contribuir para o Direito? François Ost explica a estreita relação entre ambos ao apontar a necessidade de se “contar o direito”, de “narrar” seus fatos à moda literária. Afirma o “quanto uma comunidade política está ligada a um imaginário histórico partilhado, quanto sua identidade, sua memória e sua capacidade de projeto são devedoras de interpretação do mundo produzida pelas narrativas fundadoras⁶²⁵”.

Esse imaginário histórico partilhado reflete o tempo instituído por cada comunidade e pode ser distinguido através de duas dimensões: a dimensão identitária e a dimensão imaginária. O tempo instituído como identitário é o tempo de demarcação, de medidas, é o tempo do calendário, com suas dimensões numéricas apoiadas nos fenômenos do substrato natural. Já o tempo instituído como imaginário é o tempo da significação, ou significativo, que mantém com o corpo identitário a relação de inerência recíproca ou de implicação circular que sempre existe entre duas dimensões de toda a instituição social: a dimensão conjunturista-identitária e a dimensão de significação. Assim, o tempo identitário só é tempo porque referido ao tempo imaginário que lhe confere significação de tempo; e o tempo imaginário seria indefinível, irreferível, inapreensível – não seria *nada* fora do tempo identitário⁶²⁶. Justamente por isso os juristas não escapam a essa comunidade narrativa que compõe ambas temporalidades (imaginária e identitária⁶²⁷), pois no seu interior, no meio de suas significações partilhadas, é que eles operam⁶²⁸. As Constituições, por exemplo, que são redigidas, são o relato da moralidade política dessa comunidade.

⁶²⁵ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 29.

⁶²⁶ CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 246-247.

⁶²⁷ Sobre identidade, tempo e narração, é importante a leitura de LORENZETTI, Roberta. Tempo e spazio nella narrazione autobiografica. In: LORENZETTI, Roberta; STAME, Stefania. *Narrazione e identità. Aspetti cognitivi e interpersonali*. Roma-bari: Laterza, 2004. p. 19-43.

⁶²⁸ La diversità della letteratura sta nel fatto che pone l'identità come problema di confine, tra possibilità e contingenza. l'identità degli attori come la sua stessa identità. E questo deve essere appreso dalle scienze sociali come movimento di se stesse verso questa dimensione di confine; così la contingenza del sé smette di essere “qualità” dell'oggetto di osservazione, fissata e ingabbiata una volta per tutte, per diventare dispositivo dell'osservatore re-immettendosi nello stesso circuito che descrive. Detto in altre parole le scienze sociali nel parlare dell'identità dovrebbero acquisire “stili

Nesse sentido, a narrativa é uma arte profundamente popular que maneja crença comum sobre a cultura das pessoas e do seu mundo, sendo assim, se especializa em situações perigosas. Contar histórias é o nosso instrumento para pactuar com a certeza e a estranheza da condição humana e com a nossa compreensão imperfeita dessa condição. Assim, as histórias rendem um inesperado menos surpreendente, desse modo, domesticamos o imprevisto, lhe damos uma aura de ordinariedade. Essa domesticação provavelmente seja um meio fundamental para manter a coerência de uma cultura. No final das contas, a cultura prescreve a nossa idéia de ordinário. Entretanto, dada à litigiosidade humana e as imperfeições do controle social, nem sempre prevalece aquilo que é esperado. A transgressão do ordinário traz de volta a narrativa domesticada e se pode vislumbrar que a vitalidade cultural reside na sua dialética, na sua exigência de pactuar ainda que com opiniões opostas e com narrações conflitantes⁶²⁹.

Assim, reconhecendo a popularidade da narrativa e a necessidade de “narrar”, “contar” o Direito, Ost aponta para a realidade vislumbrada nas faculdades que apenas “analisam” o Direito. Diferencia análise de narrativa ao explicar que o Direito analisado postula, com as forças de um dogma, a diferença irreduzível do ser e do dever-ser, da qual decorre a distinção entre fato e Direito. A teoria analítica do Direito apóia-se na aplicação de suas regras numa base de fatos empíricos, devidamente estabelecidos por provas fatuais. Na realidade, essa empiria é amplamente construída pela rede de qualificações convencionais do Direito e o jogo de suas regras constitutivas. Volta à cena, então, a identificação e a personificação que o Direito faz dos indivíduos, como “rótulos”, atribuindo-lhes papéis, direitos e deveres que exprimem a natureza real da discursividade jurídica como um todo. Já a teoria do Direito “contado”, baseada na teoria dos atos de linguagem, sublinha antes a importância das regras constitutivas, que não se limitam a regular comportamentos já existentes, mas constituem literalmente os comportamentos por ela visados,

narrativi” maggiormente capaci di avvicinare quell’infinito mondo di possibilità che nessuna teoria e nessun sapere disciplinare hanno mai potuto decifrare sotto forma di modelli e di pratiche concettuali già sperimentate. La narrazione riapre il campo dove le scienze, tutte e massimamente quelle giuridiche, sembrano orientate a chiuderlo; quel paradosso soltanto così diventa meno ossessivo e più fecondo (RESTA, Eligio. *Codici narrativi*. No prelo).

⁶²⁹ BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 2002. p. 102-103.

criando a possibilidade mesma de jogar, habilitando os jogadores, determinado os objetos em disputa, fixando os objetivos do jogo⁶³⁰.

Portanto, não é de surpreender que o Direito analisado conceba o raciocínio jurídico de modo formal e dedutivo⁶³¹, no qual a coerência lógica é o ideal. A principal consequência foi o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional mecânica fomentada, por séculos, objetivando preservar a certeza e a segurança nas decisões. Essa concepção veio baseada na manutenção e defesa da teoria tripartite de separação dos poderes cujo objetivo era, dentre outras coisas, prevenir o arbítrio do Judiciário. Porém, suas raízes também se encontram deitadas sobre o racionalismo. No entanto, John H. Merryman⁶³² esclarece que também tiveram como base o “credo che il diritto possa essere reso chiaro e certo così che l’individuo possa conoscere quali siano i suoi diritti senza dover attendere il risultato di una azione giudiziaria”, tudo isso, de acordo com o mesmo autor, porque “la certezza è un aspetto della giustizia, che fu uno degli obiettivi della rivoluzione europea”. Na verdade, aspirava-se a uma justiça que seria obtida através de um ordenamento jurídico claro, simples e uniforme em sua aplicação.

Nesse diapasão, a teoria do Direito contada privilegia o espírito do Direito (de modo inverso à teoria do Direito analisado), preocupando-se antes com a “coerência narrativa” do raciocínio, evidenciando a importância da interpretação dos textos e da natureza argumentativa das discussões jurídicas⁶³³. Tal preocupação se dá principalmente porque, na teoria analítica do Direito (predominante atualmente),

⁶³⁰ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 44.

⁶³¹ Esse raciocínio tinha por base as afirmações de Descartes quando aconselhava “nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que eu não conhecesse evidentemente como tal, isto é, em evitar com todo o cuidado a precipitação, só incluindo nos meus juízos o que apresentasse de modo tão claro e distinto à minha mente que não houvesse nenhuma razão para duvidar”. Em caso de dúvida, Descartes afirmava: “achei melhor fazer justamente o contrário e rejeitar como absolutamente falso tudo aquilo em que pudesse imaginar a menor dúvida, e isso para verificar se restaria, depois, alguma coisa em minha crença que fosse inteiramente indubitável”. O “método” proposto por René Descartes, além de determinar precaução, objetivando certeza e segurança, ainda previa a necessidade de dividir cada uma das dificuldades a serem examinadas em tantas partes quantas fossem possíveis, pondo-as em ordem e começando o trabalho pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, posteriormente deveriam ser feitas “enumerações tão completas e revisões tão gerais que tivesse a certeza de não ter omitido nada” (DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Tradução de Paulo M. de Oliveira. 8. ed. São Paulo: Atena, [s. d.]. p. 28-43, passim).

⁶³² MERRYMAN, John H. Lo “stile italiano”: la doctrina. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Ano XX, 1966, p. 1203.

⁶³³ A cobertura funcional da narrativa impõe uma organização de revezamentos, cuja unidade de base só pode ser um pequeno agrupamento de funções, a que se chama seqüência (BARTHES, Roland. *A aventura Semiológica*. Tradução de Mário Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 126).

percebe-se uma concepção instrumental e utilitarista do racional que não se justifica diante de um homem que não é sempre “necessariamente racional nesse sentido, mas que busca também satisfações simbólicas porque adere a ‘significações imaginárias instituintes’, um lugar deverá ser dado a um modo complementar de interpretação da sociedade, do qual a teoria do Direito contado constitui um elemento”. Servem de ilustração alguns comportamentos irreduzíveis a uma explicação em termos de eficácia instrumental, como, por exemplo, os comportamentos estratégicos ou simbólicos: “nos processos judiciais, os protagonistas buscam ao menos tanto ‘colocar-se em cena’, ‘dar-se em representação’, obter um reconhecimento simbólico, quanto auferir essa ou aquela vantagem pecuniária.⁶³⁴” Justamente por isso é importante que o Direito contado reconheça essa face simbólica do Direito, especialmente o seu papel pedagógico⁶³⁵.

Além disso, o Direito analisado e o Direito contado/narrado diferenciam-se no plano temporal, uma vez que o primeiro se preocupa mais com as estruturas do que com a história, demonstrando incapacidade de pensar as transições jurídicas; somente o Direito contado integra a dimensão diacrônica do Direito, restituindo o roteiro da narrativa. Por fim, o Direito analisado “que se articula em torno de pirâmides de normas escalonadas de poder, apreende com dificuldade o caso particular e as pessoas individuais, enquanto o ponto de vista inverte-se, evidentemente, no caso do Direito contado”. Aqui, é a partir da história singular que o Direito se reconstrói, é a partir do caso particular que sua racionalidade é posta à prova⁶³⁶.

Mas a teoria do Direito contado possui resistências e críticas expostas através do que se pode chamar de “dois riscos”: “o perigo de expansão do subjetivismo e a ameaça de fechamento político em um comunitarismo autoritário e intolerante”.

⁶³⁴ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 45.

⁶³⁵ La dialettica narrativa di una cultura si esprime anzitutto nelle opere di fantasia degli scrittori e dei commediografi, ed è virtualmente possibile prevedere se, quando e in che modo finirà col trovare espressione nel corpus juris della cultura, che sia nell’epoca tempestosa di Giustiniano o nella nostra. Ma di una cosa possiamo essere certi. È stato sempre importante che le perorazioni giudiziarie e le narrazioni della letteratura abbiano in comune il *medium* della narrativa – forma che mantiene perpetuamente in gioco l’inquieto rapporto di amore-odio tra ciò che è storicamente accertato e ciò che è possibile sul piano della fantasia. Forse è ciò che certi critici del diritto intendono affermando che la narrativa restituisce la legge al popolo (BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 2002. p. 86).

⁶³⁶ OST, op. cit., p. 46.

Esses riscos são reais, mas existem balizas que permitem contê-los. Contra o risco da submersão pela emoção e pelos excessos da paixão, aponta o formalismo jurídico o estrito respeito aos procedimentos, a absoluta necessidade de conformar-se a argumentos “intersubjetivamente válidos”: textos de autoria reconhecida e elementos de prova suscetíveis de discussão. Quanto ao perigo de uma coletividade reunida em torno de narrativas fundadoras que lhe conferem identidade, memória e projeto, possibilitando o desenvolvimento de atitudes regressivas de intolerância e de rejeição do outro (maquinações nacionalistas, purificações étnicas e outras guerras santas), deve-se situar na “perspectiva de um comunitarismo moderno e aberto que faz dialogar a identidade narrativa, baseada em histórias coletivas e destinos singulares, e a identidade argumentativa, apoiada sobre normas gerais e razões partilháveis”. Conseqüentemente, “cada protagonista passa a dialogar com outras tradições: delinea-se um espaço público de discussão em que se aceita reconstrução crítica das próprias narrativas e o reconhecimento do outro”⁶³⁷. Esse espaço de discussão revisitado poderá criar uma temporalidade despida do anseio por segurança e certeza, traduzida por um “novo tempo democrático”.

4.5 A reinvenção democrática do tempo: uma nova temporalidade frente à complexidade social

Tempo e Direito relacionam-se com a sociedade, pois não existe tempo fora da história, uma vez que esses três elementos não podem ser isolados tratando-se de uma instituição imaginária, na qual o tempo constrói e é construído, institui e é instituído. Sendo o Direito uma instituição temporal, torna-se importante que a norma jurídica implemente um tempo próprio, carregado de sentido instituinte. O tempo do processo poderá dar uma boa aproximação disso, uma vez que se encontra separado da vida real e ligado a prescrições rituais, o que permite que o julgamento desenvolva os seus efeitos jurídicos e sociais.

⁶³⁷ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 47-48.

Por outro lado, observa-se que o tempo instituído socialmente apresenta uma série de características, dentre elas a possibilidade de demarcar espaços de poder, muitas vezes pouco democráticos (como aqueles espaços de poder/sujeição determinados pela máquina no mundo do trabalho), nos quais os conflitos acontecem e são submetidos ao Estado que, para administrá-los, lança mão de regras cuja temporalidade se encontra ultrapassada. Conseqüentemente, adaptar o texto às circunstâncias variáveis, submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com previsões jurisprudenciais e doutrinárias, todas essas formas de “questionamento” são perfeitamente legítimas. Nesse contexto, vislumbra-se a falta de certeza de que a mutabilidade legal contemporânea derive sempre desse desejo de afinar as promessas, na maioria dos casos ela explica a ação desinstituinte dos interesses particulares e pela dificuldade de decidir em regimes destroçados pelas forças centrífugas dos lobbies. As conseqüências se multiplicam: observa-se uma aceleração caótica da produção normativa e constata-se que certas legislações adotadas não encontram consenso na sua comunidade⁶³⁸.

Observa-se, então, a constituição de dois paradoxos: por um lado, se a instituição do Direito positivado e de todo o seu conjunto de rituais tem por objetivo a segurança e a certeza jurídicas, por outro lado, toda a temporalidade que se absolutiza é virtualmente desinstituinte. Conseqüentemente, nossas representações mundanas são atingidas pela relatividade e as certezas são abaladas. O caos se torna a regra.

O desafio que novas mediações político-científicas precisam enfrentar é o de que, longe de se apoiar em previsões futuras, em conhecimentos garantidos, valores estáveis, elas devem decidir em situações de indecidibilidade e orientando um contexto de incerteza, preparando o futuro num mundo de falibilidade agora reconhecido. Assim, inclusive no campo da cooperação social, a indecidibilidade das intenções de uns e outros não impede que as declarações em forma de promessa se revelem necessárias para relançar incessantemente comunicações e convenções. Nestes termos, com a chegada da democracia, o indecidível entra no

⁶³⁸ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 319-320.

campo do político da mesma forma que o questionamento se instala no centro de todos os dispositivos do poder⁶³⁹.

A evolução experimentada desde o contrato social apontou a fragilidade dessa contratação e trouxe novos recortes à política representativa. É preciso abordar a atual política representativa adotada pela modernidade ocidental (que se encontra em crise) frente às contradições entre um projeto democrático (observando as incertezas⁶⁴⁰ e reais alternativas) que se contrapõe à pretensão de certeza e de homogeneidade que configuram as relações político-jurisdicionais. Conforme Claude Lefort⁶⁴¹, a democracia institui-se, essencialmente, pela dissolução dos marcos de referência da certeza, inaugurando uma história na qual os homens estão à prova de uma indeterminação última quanto ao fundamento do Poder, da Lei e do Saber, e quanto ao fundamento da relação de um com o outro, sob todos os registros da vida social⁶⁴².

Este ideário democrático, porém, expôs promessas que não tem alcançado de forma satisfatória, especialmente no concernente à mudança de foco do indivíduo para os grupos de interesse; a organização da sociedade que se descentralizou, dispersando os espaços decisórios; a detenção do poder político (no intuito de sua distribuição o mais amplamente possível) provocou a multiplicação de elites concorrentes entre si, objetivando a dominação política; a representação política ganhou limites através da disciplina partidária; o espaço de tomada de decisões vem

⁶³⁹ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 331-332.

⁶⁴⁰ Aqui, é importante lembrar as palavras de Maria Helena Chauí na apresentação da obra de Claude Lefort quando, ao mencionar que a democracia é um regime construído a partir da dissolução de referências de certeza, explica que a democracia tem uma capacidade extraordinária de questionar a si mesma e, com isso, questionar suas próprias instituições, sem dispor de garantias prévias quanto aos resultados da prática política. A democracia é a reinvenção contínua da política (LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 7).

⁶⁴¹ A democracia sempre duvidou e continua a duvidar de si mesma. Se não o fizesse, estaria em falta com a sua razão de ser. Seus críticos, velhos e novos, julgam que o duvidar de si mesma seja a sua fraqueza, no entanto é, contrariamente, a sua força. Na história do homem, o futuro é imprevisível, sendo necessário estar sempre alerta, esperando pelo pior. A democracia nunca demonstrou a sua superioridade em relação a outras formas de convivência, como nestes últimos anos. A crítica dos escritores democráticos da atualidade à democracia é fruto de uma esperança, talvez demasiadamente frustrada e mesmo de uma certeza, quiçá também demasiadamente segura de si e que veio a faltar. É a inevitável reação aos inesperados e imprevisíveis obstáculos que parecem insuperáveis (BOBBIO, Norberto. Da democracia. Para uma certa idéia da Itália. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 113-114).

⁶⁴² LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 34.

atrelado a pressupostos tecnoburocráticos e não a pretensões políticas; a democracia procedimental adotou o ideário do sufrágio universal apenas como dever social e não como um projeto de educação para a cidadania baseada na opinião consciente; enfim, a necessidade de controle do poder que deveria, segundo o ideal democrático, se constituir num espaço de ampla visibilidade, se transformou, ao contrário, num poder invisível, pois “quem controla os controladores?”⁶⁴³.

Contextualmente, é preciso abordar a democracia como projeto político idealizado para uma sociedade muito menos complexa do que a de hoje. Isso determinou o surgimento de obstáculos, dentre os quais se podem elencar: a) a passagem de uma economia familiar para uma economia de mercado e desta para uma economia protegida, regulada, planificada, o que aumentou os problemas políticos que requerem competências técnicas. A presença de especialistas é exigida. Conseqüentemente, “a tecnocracia e a democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer”. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir sobre tudo. Por outro lado, a tecnocracia pretende que sejam invocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimento específico; b) o contínuo crescimento do aparato burocrático, ordenado hierarquicamente do vértice à base e, portanto, diametralmente oposto ao sistema de poder democrático; c) por fim, o problema da ingovernabilidade da democracia, que, em síntese, pode ser explicitado pelo fato de que o Estado Liberal e depois o Estado Democrático contribuíram para emancipar a sociedade civil do sistema político. Essa emancipação fez com que a sociedade civil se tornasse, cada vez mais, uma fonte inesgotável de demandas dirigidas ao governo. A rapidez dessas demandas contrasta com a lentidão que os complexos procedimentos de um sistema político democrático impõem à classe política no momento de tomar as decisões adequadas. Cria-se uma defasagem entre o mecanismo de imissão (mais acelerado) e o mecanismo de emissão (mais lento)⁶⁴⁴.

Por outro lado, também é possível falar de uma democracia e de uma cidadania atreladas às gerações de direitos humanos, na qual teríamos uma

⁶⁴³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969. p. 22- 33.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 35-36.

cidadania da liberdade, vinculada às liberdades negativas, uma cidadania da igualdade, atrelada às liberdades positivas e às prestações públicas, e uma cidadania da fraternidade/solidariedade, ligada aos novos conteúdos humanitários ambientais, de desenvolvimento sustentável, de paz, etc...⁶⁴⁵. Da mesma forma, a organização político-estatal do Estado Democrático de Direito vem calcada numa concepção ampla com relação aos direitos humanos e fundamentais⁶⁴⁶, que são tidos como pressupostos da estrutura social que, sem eles, corre o risco de se dissolver. Por conseguinte é possível compreender que “a democracia é o regime natural do ser humano, pois é precisamente o regime que se estrutura tendo em vista as características fundamentais da pessoa humana: autonomia, liberdade, igualdade e solidariedade⁶⁴⁷”.

Quanto aos locais de exercício da democracia, é preciso saber conjugar e materializar as práticas e conteúdos da cidadania, da democratização no tradicional espaço nacional da modernidade e do Estado Nacional, com o espaço regional/comunitário, produto das aproximações integracionistas/comunitárias, além de expandi-las para o espaço supranacional, seja identificando-o com o espaço das relações privadas, seja o espaço das relações interestatais, bem como compartilhar do esforço de forjar um espaço local/participativo, no qual haja uma transformação radical nas fórmulas das práticas cidadãs e democráticas, aproximando e autonomizando autor e sujeito das decisões, além de localizá-las em formas novas de organização e de exercício dos interesses sociais, tais como as organizações não governamentais. O resultado poderá ser o estabelecimento de uma democracia e de uma cidadania multifacetadas e multipolarizadas⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz et al. A democracia dos modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado* 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 197-222.

⁶⁴⁶ É importante ressaltar que o autor chama a atenção para a confusão que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais afirmando: “quem reduz os direitos humanos aos direitos fundamentais não somente ignora o seu estatuto jurídico-moral, mas também esvazia o seu potencial crítico, exercido na história dos últimos dois séculos, como idéia-força determinante na luta contra o absolutismo, o autoritarismo e o totalitarismo (BARRETO, Vicente de Paula. *Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI*. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 245-265).

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 245-265.

⁶⁴⁸ BOLZAN DE MORAIS, op. cit., p. 197-222.

Essa necessidade de representação e de participação determina o fim da separação entre o político e o não-político e o surgimento de um novo projeto de democracia que deverá ser reinventado cotidianamente e que, perpassando todos os espaços sociais, estará compromissado com a liberdade. “Há uma emersão do político no social ou uma submersão deste naquele. Experimenta-se o desaparecimento de modelos totalizadores do social, ou seja, não há representação de um centro e dos contornos da sociedade (periferia): a unidade não poderia, doravante, apagar a divisão social”⁶⁴⁹. Esse compromisso se reflete também no campo da jurisdição, uma vez que, se impossível suplantar de forma definitiva o conflito e a transgressão, a sociedade democrática se forja a partir da sua resolução racional, e não do seu recalçamento. É fundamental entender que a negação do caos depende da negociação cotidiana das tensões.

Porém, não é crível que, numa democracia, a “perenidade formal das regras (que deverão ser normas) assumam contorno de muro que aprisiona os participantes sem limites impeditivos do vislumbre do horizonte [...]”. A estabilidade jurídica, na qual se estabelecem as normas de convivência, não pode significar o aprisionamento, o congelamento de um vez por todas de seu conteúdo, o que significaria o fim da democracia⁶⁵⁰. Por conseguinte, alteração e mudança não determinam o caos, mas o retorno às interrogações e uma nova forma de democracia, que precisa ser renovada e consolidada sempre.

Assim, é necessário recordar que enquanto o totalitarismo erradica o conflito e elimina toda a possibilidade de oposição, a democracia baseia-se no pluralismo de opiniões e na sua oposição conflitual. Por conseguinte, a democracia é o regime que, pela primeira vez na história, não se propõe a eliminar os conflitos, e sim a torná-los visíveis e esforçando-se para lhes garantir desfecho negociável com a ajuda de procedimentos aceites. Num regime democrático, o conflito é, pois, interminável (em termos de hierarquia quanto à instauração dos bens primeiros ou sobre os próprios fundamentos do regime). O próprio sujeito encontra-se sempre em situação de poder modificar a sua própria ordem de prioridades, demonstrando a

⁶⁴⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar de direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1998. p. 92.

⁶⁵⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz *et al.* A democracia dos modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado* 2003. p. 197-222.

possibilidade de requestionar sua participação nas práticas sociais existentes. Por aí se vê que a democracia moderna é essencialmente transgressiva, não possuindo base estável⁶⁵¹.

A democracia é o reconhecimento de que os indivíduos e as coletividades têm o direito de serem atores de sua história e não somente de serem libertados de suas cadeias. Por isso, ela não está a serviço da sociedade ou dos indivíduos, mas dos seres humanos como sujeitos, isto é, criadores de si mesmos, de sua vida individual e coletiva. O pensamento acaba circulando, sem repouso, entre estas duas afirmativas inseparáveis: a democracia apóia-se no reconhecimento da liberdade individual e coletiva pelas instituições sociais; as liberdades individuais e coletivas não podem existir sem a livre escolha dos governantes pelos governados e sem a capacidade de que o maior número possível de pessoas participe da criação e da transformação das instituições sociais⁶⁵².

Dois perigos podem ocorrer a partir da democracia moderna e seu condão transgressor: o primeiro diz respeito à exacerbação do conflito e o segundo se refere à sua ocultação. No primeiro caso, a inexistência de acordo sobre uma regra comum, a falta de referência sobre um mínimo de valores partilhados, a parte degenera e leva à exclusão ou à destruição do adversário que passa a ser tratado como “inimigo”. Por outro lado, quando as divergências de interesses são ocultadas, minimizam-se as oposições por detrás de consensos de fachada, cujo maior risco aponta para o desenvolvimento de focos de violência. É necessário dominar essa possível violência sem negá-la, transformar esse antagonismo potencialmente destruidor em um antagonismo democrático, criar uma ordem política num futuro de desordem ameaçadora, aceitar a idéia de que as democracias pluralistas já não trabalham com a concepção unitária de bem comum, representação substancial unânime e permanente da ordem social desejável, mas, ao mesmo tempo, pôr em cena todas as razões que temos para preferir o regime democrático a todos os outros⁶⁵³.

⁶⁵¹ OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 333-334.

⁶⁵² TOURAINE, Alain. *O que é democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 34-35.

⁶⁵³ OST, op. cit., 334-335.

É possível apontar, então, para as fórmulas da chamada democracia participativa que se apresentam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos, que constituam uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa, escapando, inclusive, às insuficiências – outras – que esta enfrenta, em particular no que tange à formação da opinião em sociedades dominadas por sistemas de informação cujo controle público é diminuído ou por fórmulas midiáticas de formatação de consensos⁶⁵⁴.

Por conseguinte, é preciso ir além da garantia formal de espaços institucionais de acesso popular à gestão pública, possibilitando condições de envolvimento em procedimentos com esse fim. Nesse ponto, a questão que se coloca é saber se o Estado deve servir de mediador e gestor do processo ou se depende muito mais da sociedade tal articulação política para estabelecer relações de interlocução e participação no âmbito das ações governamentais, ou mesmo se estamos diante de obrigações recíprocas e isonômicas. É claro que a participação popular no cenário político-governamental é elemento essencial à idéia de democracia contemporânea, o que implica em um conjunto de estratégias de mobilizações sociais que envolvam todos os atores – físicos ou jurídicos – que sejam afetados por qualquer ação ou decisão a ser tomada.

Partindo da trajetória desenvolvida no presente capítulo, tomando por base as transformações do tempo na modernidade, o fato de instituir e ser instituído pelo Direito, as suas influências sobre o processo e a suas estreitas interligações com a narrativa como meio de refiguração temporal, é possível perceber que a institucionalização temporal de uma nova democracia precisa necessariamente “desestabilizar, no âmbito do jurídico, a utilização do Direito como meio”. Assim, o objetivo deve ser organizar o jurídico, dentro de um estilo democrático, que tenha

⁶⁵⁴ Eugène Enriquez aponta, em sua obra, os meios de controle social que garantem a dominação do soberano. Dentre todos, salienta aquele que denomina: controle pela saturação, assim reconhecida pela repetição indefinidamente que se utiliza de um só meio: “a monopolização da expressão do discurso social e a censura generalizada, que privam todas as classes de seus próprios deveres e meios de expressão. Dessa maneira, não somente as classes (como os grupos sociais e os indivíduos) tornar-se-ão *sem voz* e serão roubados de uma parte essencial de sua existência social, como, ainda, mesmo não mais acreditando no discurso oficial, elas não poderão mais encontrar as *palavras* para exprimir seus pensamentos e, no final das contas, correm o risco de serem privadas completamente de sua capacidade de pensar e de julgar” (ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*. Psicanálise do vínculo social. Tradução de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 283 et seq.).

como base a incerteza, pressupondo que a regulamentação ou o mínimo coercitivo de regulação dos conflitos estejam baseados em estruturas de ação comunicativa dirigidas ao entendimento, pois somente a partir de um modelo de normatização baseado no consenso é que se pode estabelecer instituições jurídicas que sejam capazes de compor vínculos com o mundo da vida⁶⁵⁵.

O resultado apontaria para um processo democrático de tratamento de conflitos com base no consenso no qual a democracia como acontecer cotidiano é um compromisso daqueles que dele participam. Desse modo, a democracia implica uma temporalidade social compromissada com a vida e suas incertezas e não apegada à subjetividade instituída por um modelo de racionalidade tecnocrática que se vincula a um tempo disforme, no qual a continuidade delinea a possibilidade da incompletude, da contradição e da diferença que se pode vislumbrar na vida e nos conflitos humanos. Mas, antes de abordar as possibilidades democráticas de tratamento de conflitos em um tempo mais democrático, é preciso discuti-los abordando seus aspectos sociológicos na atual complexidade social.

⁶⁵⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar de direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1998. p. 104.

5 O CONFLITO, O MONOPÓLIO ESTATAL DE SEU TRATAMENTO E AS NOVAS POSSIBILIDADES: A IMPORTÂNCIA DOS REMÉDIOS OU REMÉDIOS SEM IMPORTÂNCIA?

Il mondo dei conflitti è sempre per molta parte imprevedibile ed enigmatico. Non c'è scienza sociale, per quanto ricca di letteratura specialistica sull'argomento, che alla fine ci possa raccontare questo mondo hobbesiano, inestricabile, ricco di passioni, interessi, comportamenti, motivazioni; lo si descrive in una scala di possibilità che coinvolgono la ritualità, la concorrenza, l'invidia, l'inimicizia, sempre a metà tra la rottura irrevocabile e la solida conferma della socievolezza⁶⁵⁶.

No Oriente, explode uma bomba matando dezenas de civis; naquela ou em qualquer outra sociedade, um casal litiga judicialmente pela guarda do filho; não distante dali, pais e filhos conflitam por idéias e valores, num exemplo típico de choque de gerações; na fábrica, patrões e empregados discutem condições de trabalho e aumento salarial, ao mesmo tempo que um solitário vive, internamente, um conflito de consciência. Todas as situações relatadas espelham várias formas conflituais. Definir a palavra conflito é uma tarefa árdua, composta de diversas variantes: um conflito pode ser social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, pode ser um conflito étnico, religioso ou ainda um conflito de valores⁶⁵⁷.

De fato, a noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a idéia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor idéias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja

⁶⁵⁶ RESTA, Eligio. Giudicare, conciliare, mediare. In: SCARPARRO, Fulvio. *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*. Milano: Angelo Guerini, 2005. p. 21.

⁶⁵⁷ Nesse contexto, a abordagem pretende se dar especificamente quanto aos conflitos sociais enquanto desequilíbrio de uma relação harmônica entre duas pessoas, dois grupos ou duas nações dentro de um mesmo contexto social.

conflito é preciso, em primeiro lugar, que as forças confrontantes sejam dinâmicas, contendo em si próprias o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras.

Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes⁶⁵⁸.

Essa definição de conflito pode ser desmembrada em alguns aspectos importantes. Primeiramente, se avista que o enfrentamento é voluntário, de modo que um homem, ao tropeçar em uma pedra, colide com a mesma e não conflita com ela, justamente porque no primeiro caso não se avista a intenção de conflitar que se percebe no segundo. A “vontade conflitiva” pode se direcionar a uma única pessoa ou a um grupo. Num segundo momento, avista-se a necessidade de que os antagonistas sejam da mesma espécie, pois não se denomina conflito o enfrentamento entre um homem e um animal⁶⁵⁹. Adiante, a intencionalidade conflitiva implica na vontade hostil de prejudicar o outro, porque é considerado um inimigo ou porque assim se quer que seja. A hostilidade pode ser uma simples malevolência ou tomar aspectos mais graves como uma briga ou uma guerra. Outro aspecto é o objeto do conflito, que geralmente é um direito entendido não apenas como uma disposição formal, mas também como uma reivindicação de justiça⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995. p. 58.

⁶⁵⁹ Konrad Lorenz menciona a natureza intraespecífica como uma das características do conflito, que pode ser definida na necessidade de dois seres da mesma espécie para que se possa definir o enfrentamento como conflito (LORENZ, Konrad. *A Agressão*. Uma história natural do mal. Tradução de Isabel Tamen. Lisboa: Relógio D'Água, 2001, especialmente o capítulo III).

⁶⁶⁰ Sobre essa afirmação, encontra-se o posicionamento de Julien Freund, que afirma que a noção de direito de muitos juristas é estreita. Assim, [...] nel momento in cui si analizza la maggior parte dei conflitti si deve constatare che il sentimento del diritto o della giustizia è al centro della discordia, che si tratti di una disputa tra due vicini o tra due contadini a proposito dei confini dei loro campi, della volontà di un gruppo o di una associazione di essere ufficialmente riconosciuto, della rivendicazione da parte di una collettività politica del diritto all'indipendenza allo spazio vitale, o infine della pretesa dei rivoluzionari di giustificare la loro azione nel nome della volontà di combattere le ingiustizie di una data società. Non sarebbe difficile moltiplicare gli esempi tanto essi sono numerosi. Non esiste praticamente conflitto o guerra che non tenti in qualche modo di legittimarsi. Ciò che per il momento occorre sottolineare è che il diritto nella diversità dei suoi aspetti – che si tratti cioè del diritto positivo o del diritto naturale, che si presenti come una espressione formalizzata piuttosto che come una rivendicazione informale – rappresentata la posta in gioco dei conflitti. Torneremo più avanti su queste

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro. Assim, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis), a menos que ambas as partes tenham aceito a arbitragem de um terceiro. Então, percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, idéias ou interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos⁶⁶¹.

Nestes termos, o presente capítulo tem como escopo fundamental discutir o conflito e as suas possibilidades de tratamento. Nessa linha de raciocínio, lançar-se-á mão de alguns sociólogos consagrados. Assim, Karl Marx e Max Weber têm destaque, especialmente o segundo, que influenciou de maneira indubitável grandes nomes da sociologia moderna: Coser, Dahrendorf e Collins, dentre outros⁶⁶². É nesse sentido que o texto terá como fio condutor a sociologia weberiana na discussão dos temas propostos⁶⁶³. Por outro lado, ao optar pela obra de Weber, não

essenziali relazioni tra conflitto e diritto (FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 161).

⁶⁶¹ Ibidem, p. 61-62.

⁶⁶² Porém, é importante ressaltar que o funcionalismo e o neofuncionalismo – enquanto análise da estrutura geral das diversas sociedades - não serão abordados no presente capítulo. Isso se dá porque os funcionalistas consideram as diversas sociedades e instituições sociais como sistemas nos quais todas as partes dependem umas das outras e funcionam juntas para criar um equilíbrio. Esses não negam a existência do conflito, mas creem que as sociedades elaboram sistemas para controlá-lo e tais sistemas constituem objeto de seus estudos. No entanto, não interessa ao presente trabalho estudar os sistemas sociais como requer a doutrina do funcionalismo frente às limitações de tempo, espaço e, principalmente, aquelas impostas pelo tema objeto de análise.

⁶⁶³ Segundo Ruth A. Wallace e Alison Wolf, a teoria do conflito pode ser dividida em duas possibilidades distintas: “Un primo gruppo di teorici ritiene che lo scienziato sociale abbia l’obbligo morale di impegnarsi in una critica alla società. Rifiuta di separare - o di ammettere che si possa realmente separare – l’analisi dal giudizio, il fatto dal valore. I teorici di questo gruppo sono generalmente convinti che possa esistere, in linea di principio, una società nella quale non ci sia più posto per il conflitto sociale. Per questo vengono frequentemente considerate utopisti. Il secondo gruppo di teorici considerare, al contrario, il conflitto come un aspetto inevitabile e permanente nella vita sociale e respinge l’idea che le conclusioni a cui giunge la scienza sociale siano necessariamente giudizi di valore. I fautori di tale sono anzi impegnati a fondare una scienza sociale che rispetti gli stessi canoni di obiettività che formano le scienze naturali.

...gli appartenenti al primo gruppo, che comprende il marxismo moderno, i teorici della Scuola di Francoforte e C. Wright Mills, si rifanno ampiamente al lavoro di Karl Marx. Nel secondo gruppo, che raccoglie i contributi di Ralph Dahrendorf, Lewis Coser e Randall Collins, l’influenza di Marx è ancora evidente, ma la continuità più rilevanti sono quelle con gli scritti di Max Weber” (WALLACE, Ruth A.; WOLF, Alison. *La teoria sociologica contemporanea*. Traduzione di Daniela Sandri, Giovanni Dognini e Maurizio Pisati. Bologna: il Mulino, 2001. p. 83).

se pretende aprofundar a discussão quanto às diferenças e similitudes de suas posições e daquelas adotadas por Marx⁶⁶⁴.

O capítulo estará centrado nos três pressupostos fundamentais e interconexos da teoria do conflito, que podem ser resumidos, amiúde, na posse individual de interesses de base que cada um procura realizar e que são peculiares a cada sociedade, na necessária ênfase sobre o poder como núcleo das estruturas e relações sociais e na luta para obtê-lo⁶⁶⁵, e, por fim, as idéias e valores utilizados pelos mais diversos grupos sociais como instrumentos para definir sua identidade e os seus objetivos, o que vai desembocar na discussão da raiz “identitária”⁶⁶⁶ do conflito.

A importância do conflito para o desenvolvimento e amadurecimento democrático das relações sociais será abordada numa perspectiva que tem por objetivo demonstrar não somente os aspectos negativos, mas também aqueles positivos da interação conflitiva. Assim, não obstante todo conflito ser considerado uma perturbação que rompe com a harmonia e equilíbrio constituidores do *estado normal* da sociedade, ele é importante uma vez que impede a estagnação social. Por conseguinte, o conflito não pode ser visto somente como uma patologia social. Conflito é também vitalidade.

Uma vez delimitado o significado da palavra e a importância do conflito e após analisadas as suas circunstâncias intercorrentes, o texto abordará as relações

⁶⁶⁴ O estudo tomará por base a afirmação de Randall Collins, segundo o qual a moderna teoria dos conflitos é “agnóstica” sobre o problema da oposição entre socialismo e capitalismo, como é sobre o desejo ou necessidade de revolução. A teoria social dos conflitos moderna tem como alvo um nível de análise voltado para a pesquisa das leis gerais da sociedade, no sentido de compreendê-la mais como um sistema de interesses em conflito e menos como uma classe econômica particular a promover um também particular tipo de revolução (COLLINS, Randall. *Teorie Sociologiche*. Traduzione di Umbreto Livini. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 147). Por isso, os textos de Karl Marx serão abordados pela sua abrangência e importância histórica, mas não serão o objeto central do presente capítulo.

⁶⁶⁵ Aqui, especificamente Dahrendorf será analisado, uma vez que esse sociólogo salienta a dupla natureza do exercício de poder: como fonte de conflitos e como meio coercitivo de tratá-los.

⁶⁶⁶ A raiz identitária do conflito pode se tornar paradoxal no momento em que a relação conflitiva une o grupo em torno de um mesmo objetivo (por exemplo, lutar contra outro grupo), criando uma identidade social, mas por outro lado, é preciso respeitar o direito de cada um de ser único, de ser ele mesmo. Sobre o tema, Eligio Resta escreve: quello che il conflitto mette in luce è il contrasto tra diverse contingenze dell’identità, più o meno generalizzabili; il suo codice non è quello vero-falso, ma riconoscibile-non riconoscibile. La semantica del conflitto e la sua condensazione nelle decisioni del giudice ci formano molto più di tante psicologie e sociologie dell’identità. Il sistema sociale ne sedimenta esperienze e aspettative così come può osservarle: il suo linguaggio duplica e amplifica il dilemma (RESTA, Eligio. *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell’osservatore*. Roma/Bari: Laterza, 1997. p. 84).

existentes entre o conflito e o seu tratamento estatal. Todavia, analisar-se-á especificamente a conflitualidade social traduzida em conflitualidade judiciária, ou seja, na litigiosidade que busca resposta no aparato judicial. Não se pode perder de vista que atualmente o Estado vive uma crise de legitimidade⁶⁶⁷ da qual um dos efeitos visíveis é a “crescente domanda di nuovi consensi e di nuove legittimità, elementi che producono una singolare ma incontestabile situazione di mobilità istituzionale⁶⁶⁸”. Assim, não obstante a crise de legitimidade estatal já ter sido discutida, o desempenho da jurisdição e a lógica exercitada pelo Estado no tratamento de tais conflitos também será objeto de estudo, paralelamente à discussão de outras formas, mais democráticas e autonomizadoras.

Em resumo, o conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da idéia de que seja um fenómeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática.

5.1 O “estado da arte” sócio-conflitivo: as diversas possibilidades de interação entre o conflito e as relações de poder

Talvez as situações conflitivas tenham como berço a luta pela vida⁶⁶⁹ e a necessidade de perpetuar a espécie. No entanto, esse é apenas um dos desafios aos quais o homem deve responder. A luta contra a natureza, contra os outros seres

⁶⁶⁷ A crise de legitimidade estatal na condução e tratamento de litígios foi abordada no capítulo três.

⁶⁶⁸ RESTA, Eligio. *Conflitti sociali e giustizia*. Bari: De Donato, 1971. p. 10.

⁶⁶⁹ A expressão “luta pela vida”, que se tornou um *slogan*, é muitas vezes mal interpretada; faz pensar numa luta entre espécies diferentes. Mas, na verdade, a “luta” em que Darwin pensava, essa luta que faz progredir a evolução, é em primeiro lugar uma *concorrência* entre parentes chegados. O que faz desaparecer uma espécie na sua forma actual ou o que a transforma noutra é a “invenção” vantajosa que, no eterno mecanismo das modificações hereditárias, favorece por acaso um ou vários indivíduos. Os descendentes destes felizes vencedores tomam imediatamente a supremacia sobre todos os seus congêneres, até que a espécie se componha unicamente de indivíduos de posse da “nova” invenção (LORENZ, Konrad. *A Agressão: uma história natural do mal*. Lisboa: Relógio D’Água, 2001. p. 41-42).

da mesma espécie e contra si mesmo são aspectos desse desafio diário. A busca pela sobrevivência é dinâmica e acompanha o homem em toda a sua existência. No meio de cada conflito existe uma *tensão*. A *tensão* é definida como estado de inquietação ou distúrbio, desassossego interior, desequilíbrio: um sentimento de *stress* psicológico seguidamente manifestado por aumento do tônus muscular e por outros indicadores psicológicos de emoção, um estado de hostilidade latente ou oposição entre indivíduos ou grupos (como classes, raças ou nações)⁶⁷⁰.

O desejo é seguidamente o motor dessa máquina tenso/conflitiva⁶⁷¹. Quando dois desejos se chocam, nasce o conflito. Dessa desarmonia nascida do choque de desejos resulta, muitas vezes, a submissão de um aos desejos do outro, de modo que se pode individuar um ganhador (aquele que se sobrepõe) e um perdedor (aquele cujos desejos são sublimados pelo outro).

Estar em conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Uma outra possível forma de interação é a cooperação. Qualquer grupo social ou sociedade histórica pode ser de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os seus diversos atores. Os conflitos – como se disse – podem acontecer entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Existem, então, diversos níveis nos quais podem ser situados, de modo que seria possível centrar somente a atenção sobre os conflitos de classe (esquecendo os conflitos étnicos) de um lado ou sobre os conflitos internacionais (esquecendo os políticos internos dos Estados, como os contrastes entre maioria e oposição ou as guerras civis) do outro lado⁶⁷².

⁶⁷⁰ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 18.

⁶⁷¹ Il desiderio, dunque, è intimamente legato alle nostre pulsioni di vita, alla storia della nostra vita. La difficoltà risiede nel riconoscere la matrice dei nostri desideri: da una parte quelli *legittimi*, necessari, creativi, dall'altra quelli distruttivi che intrappolano, imprigionano... Troppo spesso rimaniamo imbrigliati in questo nodo. I nostri desideri si annodano con i desideri degli altri e l'incontro si trasforma ineluttabilmente in un'opposizione... Il conflitto nasce dall'incontro di due desideri contraddittori che si oppongono l'un all'altro e che appaiono come vitali a coloro ai chi appartengono. Il confronto con i desideri dell'altro costituisce un limite alla realizzazione dei nostri. Deve essere necessariamente conflittuale, poiché si tratta proprio di difendere i nostri desideri di fronte ai limiti imposti dall'espressione dei desideri dell'altro (MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000. p. 28-29).

⁶⁷² PASQUINO, Gianfranco. Conflitto. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

Assim, o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

O conflito pode ser considerado tanto uma potencialidade como uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes. O que é perceptível é o movimento do poder, o “toma/larga”, o “puxa/empurra”, o “dá/toma”. Um movimento para a frente e para trás. Por isso, Rudolph Rummel define o conflito como o equilíbrio dos vetores de poder. Nenhuma das partes tem poder suficiente para se sobrepor à outra e eliminar o conflito⁶⁷³.

Os vários tipos de conflito podem ser distintos entre eles com base em algumas características objetivas: dimensões, intensidade, objetivos. Quanto à *dimensão*, o indicador utilizado será constituído pelo número de participantes potenciais (por exemplo, uma greve na qual participam todos os trabalhadores das empresas envolvidas). A *intensidade* poderá ser avaliada com base no grau de envolvimento dos participantes, na sua disponibilidade a resistir até o fim (perseguindo os chamados fins não negociáveis) ou a entrar em tratativas apenas negociáveis. A *violência* não é um componente da intensidade; ela, de fato, não mede o grau de envolvimento; mas assinala a inexistência, a inadequação, a ruptura de normas aceitas por ambas as partes e de regras do jogo. A violência pode ser considerada um instrumento utilizável num conflito social ou político, mas não o único e nem necessariamente o mais eficaz⁶⁷⁴.

⁶⁷³ RUMMEL, Rudolph J. *Understanding conflict and war*. New York: John Wiley and Sons, 1976. v. 2. p. 237-257.

⁶⁷⁴ PASQUINO, Gianfranco. Conflitto. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 226.

Julien Freund se posiciona de modo contrário, afirmando que a violência efetiva ou virtual está no meio do conflito e que ela faz parte de sua substância, tornando-se o ponto principal de diferenciação

Nestes termos, a violência consiste em uma relação de poder⁶⁷⁵ e não simplesmente entre forças desenvolvidas por vários seres (ao menos dois) ou grupos humanos de dimensão variável que renunciam a outras maneiras de manter relações entre si, para forçar (direta ou indiretamente) o outro a atuar contra a sua vontade e executar uma vontade estranha. Essa imposição de vontade se dá através de ameaças, de intimidação, de meios agressivos ou repressivos, capazes de atentar contra a integridade física ou moral do outro, contra os seus bens materiais, ou contra as suas idéias mais preciosas, sugerindo a aniquilação física em caso de resistência suposta, deliberada ou persistente⁶⁷⁶. Em resumo: a violência desenvolve uma relação entre poderes e não entre forças⁶⁷⁷. A força é de ordem aditiva e o poder de ordem multiplicativa⁶⁷⁸.

Especificamente quanto a ela, o conflito pode apresentar manifestações diferentes entre si, reunidas em duas espécies principais: a luta e o combate. A luta é uma forma indeterminada de conflito, muitas vezes confusa, feroz e desmensurada, ela pode se apresentar de duas formas: a) mediante uma violência direta (os motins são exemplos típicos, uma vez que neles a violência se desencadeia brutalmente sem retroceder diante de nada, sem observar proibições sociais, nem limites morais. Nos motins tudo é possível, tudo está permitido); b) ou mediante procedimentos mais dissimulados, inclusive insidiosos, porque seu objetivo é a longo prazo (aqui a luta de classes serve de exemplo. Nela, a noção de luta toma um aspecto mais abstrato porque não se manifesta mais diretamente.

entre o conflito, a competição e o concurso (FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 83-84).

⁶⁷⁵ Sobre a violência como relação de poder, é importante a leitura de: EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud: Porque a Guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005.

⁶⁷⁶ Michaud recusa esse gênero de definição sob o pretexto de que seria positivista, preferindo definir o termo violência segundo os princípios da descrição fenomenológica, “como uma ação direta ou indireta, centrada ou distribuída, destinada a alcançar uma pessoa ou grupo, em sua integridade física ou psíquica, em seus bens, e em suas participações simbólicas” (MICHAUD, Y. *Violence et Politique*. Paris: Gallimard, 1947. p. 14-15).

⁶⁷⁷ À medida que se passa a utilizar termos como “poder” e “força”, torna-se importante mostrar a diferença entre ambos. Assim, “à força (Gewalt), costuma-se associar a idéia de algo que se encontra próximo e presente. Ela é mais coercitiva e imediata do que o poder (Macht). Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força. Uma presa é capturada pela força, e pela força levada à boca. Dispondo de mais tempo, a força transforma-se em poder... O poder é mais universal e mais amplo; ele contém muito mais, e já não é tão dinâmico. É mais cerimonioso e possui até certo grau de paciência. A própria palavra *Macht* deriva de um antigo radical gótico – *magan*, significando ‘poder, capacidade’ -, e não possui parentesco algum com o verbo *machen* (fazer)” (CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 281).

⁶⁷⁸ FREUND, op. cit., p. 84.

Aparentemente, a luta de classes possui um objetivo determinado: a emancipação do ser humano de toda a exploração, dominação e superstição)⁶⁷⁹.

A violência pode ocorrer de diversas formas e a análise dos meios através dos quais ela acontece possibilita alcançar uma melhor compreensão do conflito. Assim, é preciso reconhecer que podemos ter uma violência que não emerge, “escondida” (*nascosta*), nas exatas palavras de Jacqueline Morineau. Essa é aquela violência interiorizada que não pode ser expressa ao outro, que vem voltada contra si mesmo e que se transforma em uma verdadeira auto-agressão. Esse tipo de violência espelha o desespero de não conseguir se expressar. Paralelamente, existe uma outra forma de violência, conhecida como comportamental, que precede a violência verbal e física e a qual somos submetidos cotidianamente mediante gestos e posturas, palavras ou silêncios. Pode ser consciente ou não, podendo ser traduzida por atitudes como estar sempre atrasado, tirar a palavra do outro ou invadir o seu espaço⁶⁸⁰.

Essas duas formas de violência interiorizada podem se exteriorizar quando se tornam inaceitáveis e, nesse momento, o modo mais comum de serem expressas ocorre através do ataque verbal, transformando, muitas vezes, a vida de todos os dias em um campo de batalha. No entanto, a violência verbal é pouco reconhecida, não obstante acontecer freqüentemente, muitas vezes interligada à violência física. Essa última sim, muito comentada, cujas conseqüências geram possibilidade de punição.

A violência apontada por Morineau como interiorizada ou exteriorizada vem descrita por Freund como violência direta ou indireta. O autor salienta que a primeira se pode chamar de “violencia de actuación” e a segunda de “violencia de situación”. A violência de atuação é aquela exercida durante uma agressão clara, com ameaças e golpes, com ou sem armas. É aquela que se desenvolve durante um conflito⁶⁸¹. Já

⁶⁷⁹ FREUND, Julien. *L'Essence du politique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 541-555.

⁶⁸⁰ MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000. p. 41-42.

⁶⁸¹ Johan Galtung escreve sobre as vantagens de associar a violência ao conflito, apontando para duas formas de violência: atual e estrutural. A primeira é manifesta e se exerce sobre indivíduos e coletividades que buscam prejudicar-se diretamente durante uma luta aberta e destrutiva. A segunda está latente junto a instituições ou ao sistema político que mantém diversas injustiças ou desigualdades, oprimindo uma parte dos cidadãos. Dessa classificação, Galtung elabora outra que divide os conflitos em simétricos e assimétricos. No primeiro caso, o conflito se desenvolve entre dois

a violência de situação é mais insidiosa: não se manifesta quase nunca abertamente. Com efeito, consiste numa violência difusa que perdura sem conflito, ou pelo menos sem conflito aparente⁶⁸².

Inúmeras vezes a violência se torna uma necessidade, algo vital, “essencial”, uma espiral que termina sempre com a destruição final. Quanto mais se busca controlá-la, mais ela se alimenta. É contagiosa, se autoalimenta e se autogera, se um culpado não é localizado, um bode espiatório deve ser colocado em seu lugar, pois a violência deve sempre exprimir-se⁶⁸³. O ciclo infernal se instaura e à violência se pode opor somente violência. É a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente. Mas a violência poderá ser também uma escolha voluntária, transformando-se em um meio de ser ouvido, visto, reconhecido, de modo que vivê-la cotidianamente se transforma no único meio de existir.

Assim, cada tipo de violência tem sempre ao menos um perdedor, permanecendo intimamente ligada ao conflito que se revela, então, como uma fase intermediária entre um estado de ordem inicial que se transforma em desordem a partir da qual, no melhor dos casos, o objetivo é alcançar uma fase final, que seria uma nova ordem⁶⁸⁴.

Já o combate é o tipo de conflito regulamentado, com convenções mais ou menos precisas, podendo enfrentar, durante seu desenrolar, momentos de luta

grupos em condições de igualdade, uma vez que utilizam meios equivalentes em quantidade e em natureza. Em princípio, a luta é equilibrada. Já no conflito assimétrico, os grupos que se opõem possuem recursos desequilibrados, de maneira que a luta é desigual. Por exemplo, os conflitos entre patrões e empregados, ou de países de terceiro mundo contra nações industrializadas. O autor sugere que a violência atual pertence aos conflitos simétricos e a violência estrutural aos conflitos assimétricos (GALTUNG, Johan. Violence, peace and peace. In: *Journal of Peace Research*. T. 6, 1969, p. 167-191; GALTUNG, Johan. *Theorien des Friedens in Krieg oder Frieden. Wie lösen wir in Zukunft die politischen Konflikte?* Munich: Piper Verlag, 1969. p. 135-148). Esse posicionamento não é cientificamente aceito de forma pacificada, uma vez que a violência estrutural não se caracterizaria somente por desigualdades, pois tem em sua origem todos os tipos de hierarquias e autoridades. Assim, se discute também a relação entre pais e filhos, professor e aluno, administrador e administrado. Nestes termos, a tese de Galtung seria típica de um estado espiritual que atualmente reina em certos meios intelectuais: dá-se ao conceito de violência uma extensão tal, que já não se sabe o que designa ou não como tal, confundindo, sob sua designação, noções tão diferentes como coerção, opressão, manipulação, repressão, domínio, influência, autoridade, etc.

⁶⁸² FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 86.

⁶⁸³ Sobre o assunto, é importante a leitura de GIRARD, René. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. 7. ed. Milano: Adelphi Edizioni, 2005, especialmente o primeiro capítulo, p. 13 a 63. No texto, o autor demonstra como o sacrifício foi utilizado, em épocas históricas, na tentativa de retenção da proliferação da violência.

⁶⁸⁴ MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000. p. 44.

anárquica. O combate se caracteriza pela humanização do conflito em nome daquilo que certos juristas chamam de direito da guerra ou direito das gentes. A principal função do combate é subordinar a violência a um fim necessário de modo que ela esteja regulamentada e vigiada, criando estratégias para que tal intento se concretize. Então, o combate se apresenta como uma forma de moderar um conflito impondo uma disciplina aos que se enfrentam, submetendo suas vontades a uma vontade estranha ou superior. Essa limitação tem sido possível recorrendo ao Direito (costume ou lei), que possui aqui uma função fundamental e dissuasiva⁶⁸⁵.

Os termos conflito e disputa são comumente usados, de forma errônea, como sinônimos. Uma disputa é um conflito interpessoal que é comunicada ou manifestada. Um conflito não se transforma em disputa a não ser que seja participado a alguém na forma de incompatibilidade ou de contestação⁶⁸⁶. Conflitos aparecem quando as pessoas definem sua posição, reagem e correspondem a infrações, nos seus relacionamentos. Podem surgir quando líderes expressam ofensas de forma pública ou privada, por exemplo. Disputas ocorrem quando terceiros se envolvem num conflito, apoiando ou atuando como agentes de entendimentos e o tornam público. É importante fazer essa diferenciação frente à necessidade de identificar o mais adequado processo de intervenção. Enquanto somente conflito, a incompatibilidade de interesses pode permanecer indefinidamente não identificada por terceiros e sem efeitos aparentes. Enquanto disputa, o conflito ocasiona comportamentos referentes à obrigação⁶⁸⁷.

A disputa, seja ela a respeito de fatos, de dinheiro, de uma compra num leilão ou da posse de algo, não é mais do que duas posturas em desacordo, porém de forma ordenada, já que cada um defende a sua posição. A disputa pode ocultar um conflito, mas, diferente dele, não é caótica. Pode ser a via para resolver o conflito,

⁶⁸⁵ El esfuerzo destinado a sustituir la violencia desordenada de la lucha por el combate regulado, se desarrolla en dos planos, el de la política interior y de la política exterior. En política interior, sobre todo con la aparición del Estado moderno, se realizó un lento proceso que acabó en lo que Max Weber llamaba la transferencia del monopolio del uso legítimo de la violencia a los poderes públicos (FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 69).

⁶⁸⁶ FORBERG, Jay; TAILOR, Alison. *Mediation: a comprehensive guide to resolving without litigation*. Washington: San Francisco - London: Jessey Bass Publishers, 1984. p. 19.

⁶⁸⁷ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 20-21.

mas nem toda resolução de disputas acaba com o conflito que permanece contido, do mesmo modo que nem toda a disputa traduz um conflito⁶⁸⁸.

Da mesma forma, os termos conflito e competição⁶⁸⁹ são empregados como sinônimos, o que também reflete um entendimento impreciso que provoca confusão. Muito embora competição seja fonte e possa provocar conflito, nem todos os conflitos refletem competição. Também aqui a diferenciação dos termos/situações se mostra importante quando se atenta para a escolha do método de gestão, correntes tanto num contexto cooperativo quanto competitivo, ou seja, através de processos adversais ou não-adversais. Dentre os primeiros está o processo judicial de resolução, no qual um poder interventor determina um ganhador ou um perdedor. Os não-adversais, com ou sem intervenção de terceiros, conclamam a responsabilidade dos agentes num trabalho de resolução. Assim, numa competição, não há que se falar em resolução, já que esta se resolve por processo próprio, é a sua própria conclusão⁶⁹⁰.

O objetivo pelo qual a competição se dá em uma sociedade sempre é, presumivelmente, a favor de uma pessoa ou de terceiros. Nestes termos, cada uma das partes concorrentes tenta aproximar-se o máximo daquele terceiro. A principal característica sociológica da competição é o fato de o conflito ser, aí, indireto. Na medida em que alguém se livra de um adversário ou o prejudica diretamente, não está competindo com ele. Antes de tudo, a forma pura da luta competitiva não é ofensiva e defensiva, pela razão de que o prêmio da disputa não está em mãos de nenhum dos adversários.

Na verdade, a competição possibilita duas outras combinações: a primeira delas ocorre quando cronologicamente a vitória sobre o concorrente é a primeira necessidade, o que nada significa em si mesmo. A meta da ação global só é

⁶⁸⁸ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 100.

⁶⁸⁹ Formalmente falando, a competição repousa sobre o princípio do individualismo. [...] A disputa competitiva é conduzida por meio de realizações objetivas, produzindo habitualmente um resultado algo valioso para um terceiro. O interesse puramente social faz desse resultado uma meta suprema, enquanto que para os próprios concorrentes é somente um produto secundário. Dessa maneira, esse interesse social não só pode admitir, como deve até mesmo evocar a competição diretamente (SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 147).

⁶⁹⁰ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 22-23.

alcançada com a disponibilidade de um valor que não depende em absoluto daquela disputa competitiva. Assim, a tonalidade específica da luta competitiva é que seu resultado, em si mesmo, não constitui a meta, como acontece onde quer que a cólera, a vingança, o castigo ou o valor ideal da vitória como tal motivam uma luta. Já o segundo tipo de competição se diferencia ainda mais de outros gêneros de conflito, nele a luta consiste apenas no fato de que cada concorrente busca a meta por si mesmo, sem usar sua força contra o adversário. Em intensidade e esforço apaixonado, esse tipo de competição é igual a todas as outras formas de conflito⁶⁹¹.

Esse é o grande diferencial entre competição e conflito e, ao mesmo tempo, traduz a importância da competição para o círculo social do qual os concorrentes são membros. Nos demais tipos de conflito – nos quais o prêmio, originalmente, está nas mãos de uma das partes, ou onde uma hostilidade inicial, mais que a conquista de um prêmio motiva a luta – induzem à aniquilação mútua dos combatentes e, para a sociedade como um todo, deixam apenas a diferença obtida pela subtração do poder mais fraco pelo mais forte.

Nessa mesma linha, importa referir à diferença fundamental entre conflito e dissídio⁶⁹² (*différend*). O dissídio não tem terreno comum e apenas divide. Não interrompe nenhuma comunicação simplesmente porque ela não existe. Isto ocorre não quando duas culturas entram em contato e escolhem formas e modalidades de conflito ou quando duas ordens lingüísticas incomensuráveis se excluem. Em resumo, pode-se afirmar que o dissídio, de um certo ponto de vista, é impensável, porque não tem palavras traduzíveis para manifestar-se: é, não por acaso, *incompreensível*. Quando encontra as palavras, já está a caminho das metamorfoses⁶⁹³.

Aquilo que os sistemas sociais têm sempre procurado neutralizar é exatamente o caráter potencialmente desagregante do dissídio, e isto foi feito incorporando a diversidade e transformando-a em dispositivo de diferença compatível. Típico deste

⁶⁹¹ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 135-136.

⁶⁹² Sobre a diferença entre conflito e dissídio, também é importante a leitura de RESTA, Eligio. *Il giudice e i suoi conflitti*. In: A. A. V. V. Giustizia e procedure, Atti del XXII Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica. Quaderno della *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2003, n. 3, p. 189-220.

⁶⁹³ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 108-109.

processo é também o mecanismo pelo qual o sistema jurídico internaliza a dupla amigo-inimigo e a substitui com aquela inimigo-criminoso; além de repropor o efeito “sistema”, o que o Direito faz é ligado à necessidade de neutralização do dissídio. Isso é traduzido e reduzido no interior de uma linguagem que do alto unifica e começa a compreender novamente as diferenças (e as suas diferenças), a começar, como se sabe, pela distinção fundamental entre aquilo que é direito e aquilo que não é direito. Exatamente para neutralizar o caráter explosivo do dissídio, o Direito formaliza como próprio princípio geral a irrelevância da ignorância do Direito (não da lei). Tornar irrelevante a ignorância significa neutralizar a diversidade e impor do alto a pertença comum; e, de resto, a idéia do “contrato social” deste ponto de vista fecha o círculo e preenche, como um novo paradoxo, o vazio de um sistema “compartilhado por decreto” ou imaginado “como se” compartilhado fosse⁶⁹⁴.

Esse sistema regulamenta o conflito e transforma a luta em combate. No entanto, essa regulamentação muitas vezes assume um caráter violento, ainda que consensuada por força do contrato social. Entretanto, a dúvida que se instala é: o conflito é sempre negativo? É uma patologia que acontece quando os papéis sociais não são desenvolvidos de forma adequada ou um fenômeno fisiológico de desenvolvimento? O conflito possui, afinal, importância social? Ele pode ser considerado uma sociação positiva?

5.2 Os papéis sociais e as expectativas do grupo: o conflito como sociação⁶⁹⁵ positivo-democrática

Ralf Dahrendorf já escrevia que a ciência social nos presenteou dois tipos novos de homens, altamente problemáticos, que, na realidade de nossa experiência diária, dificilmente podem ser encontrados. Um é o muito discutido “homo

⁶⁹⁴ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 109.

⁶⁹⁵ É importante considerar que a palavra “sociação” vem aqui utilizada tal como fez Simmel na sua obra *Sociologia*, na qual o autor se refere ao conflito como uma forma de sociação enquanto meio de interação humana (SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983).

oeconomicus”, da moderna ciência econômica⁶⁹⁶. Porém, o autor ressalta que muito mais ameaçador é o paradoxo de nossas relações com o segundo homem da ciência social, o “psychological man⁶⁹⁷”. O padrinho do homem psicológico é Freud, e com ele este novo homem conseguiu, dentro de pouco tempo, elevar-se a uma preeminência considerável no âmbito da psicologia científica e fora dela⁶⁹⁸.

Porém, Dahrendorf afirma que economistas e psicólogos, em geral, nem questionam a contradição entre o homem artificial por eles criado e o homem real. Talvez fosse essa uma tática inteligente, pois hoje parece que estamos tão acostumados ao “homo oeconomicus” e ao “psychological man” que um protesto contra estas construções não seria mais possível. Entretanto, o silêncio em torno dos seres humanos da economia e da psicologia não deve encobrir a realidade do dilema. O desenvolvimento acelerado das ciências sociais traz em seu bojo dois novos homens científicos: o ser humano da sociologia e o da ciência política⁶⁹⁹.

Todas essas figuras e os conflitos intrínsecos à sua existência são objetos da sociologia cujos problemas reduzem-se a um fato tão acessível à nossa experiência ingênua, como os fatos naturais do nosso mundo. É o fenômeno sociedade que, advertindo-nos tão seguida e intensivamente, por fundadas razões também pode ser descrito como um fato “irritante”.

⁶⁹⁶ A figura do “homo oeconomicus” pode ser detectada no consumidor que, antes de qualquer compra, decide cuidadosamente sobre utilidade e custo, comparando centenas de preços antes de tomar uma decisão; o empresário que reúne mentalmente todos os mercados e bolsas de valores, orientando todas as tomadas de decisões a partir deste conhecimento; o homem bem informado, completamente racionalizado. Para a nossa experiência ingênua, trata-se de uma criatura singular. Mesmo assim se mostrou tão útil ao economista como a mesa-colméia para o físico (DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991. p. 37).

⁶⁹⁷ A expressão foi cunhada por Philip Rief na obra: *Freud: the mind of a moralist*. New York, [s. ed.], 1958.

⁶⁹⁸ O “psychological man” é aquele homem que, mesmo fazendo sempre o bem, possivelmente sempre queira o mal; o homem dos motivos sub-reptícios, que não se torna mais conhecido pelo fato de o termos aformoseado em uma espécie de divertimento social. Tu me odeias? Isto significa, em última análise, que “em realidade” me amas. A impossibilidade de discernir o objeto científico do trivial, em nenhum caso se torna tão difícil como no do homem psicológico. Por isso, em nenhuma circunstância a necessidade se apresenta tão nítida de, se não reconciliar, pelo menos tornar compreensível e viável o dilema da duplicidade do mundo (DAHRENDORF, op. cit., p. 37-38).

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 38.

A construção do homo politicus, em analogia ao homem das ciências econômicas, foi tentada por Anthony Downs. O homo politicus é aquele que orienta suas decisões políticas, especialmente as eleitorais, inteiramente a partir de sua utilidade, agindo, em consequência, racionalmente (DOWNS, Anthony. *Non economic theory of Democracy*. New York: [s. ed.], 1957).

O fenômeno sociedade é “irritante” porque dele não podemos evadir-nos. Para cada posição que uma pessoa possa ocupar, a sociedade possui atributos e modos de comportamento, com os quais o portador deve se adequar. Aceitando e cumprindo as exigências que lhe são impostas, o indivíduo renuncia à sua individualidade, mas merece a benevolência da sociedade na qual vive. Resistindo a essas exigências, poderá conservar uma independência abstrata, porém inútil, expondo-se à sua ira e às suas sanções. O ponto em que tal mediação, entre indivíduo e sociedade, se concretiza e no qual nasce com o homem, como ser social, o “homo sociologicus”, é o momento de aparição no palco da vida, descrito por Clícero com o conceito de “pessoa”, por Marx com o de “máscara de caráter” e por Shakespeare – e com ele a maioria dos psicólogos mais jovens – com o de “papel social”⁷⁰⁰.

A cada posição que o indivíduo ocupa, correspondem determinadas formas de comportamento; a tudo que ele é, correspondem coisas que ele faz ou tem; assim como cada posição social corresponde a um papel social. Ocupando posições sociais, o indivíduo torna-se uma pessoa do drama escrito pela sociedade em que vive. Através de cada posição, a sociedade lhe atribui um papel que precisa desempenhar⁷⁰¹. Através de posições e papéis, indivíduo e sociedade são mediatizados; este par de conceitos caracteriza o *homo sociologicus*, constituindo o elemento básico da análise sociológica.

Qualquer organização possui um conjunto de papéis sociais mais ou menos diferenciados que podem ser definidos como sistemas de coerções normativas, a que devem curvar-se os atores que os desempenham, e de direitos correlativos a essas coerções. O papel define, assim, uma zona de obrigações e de coerções correlativa de uma zona de autonomia condicionada⁷⁰². Como deve manter o bom funcionamento de seu colégio, o diretor pode, dentro de limites e sob condições

⁷⁰⁰ DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1991. p. 48-49.

⁷⁰¹ Um papel é um conjunto de idéias associadas a um STATUS social, que define sua relação com outra posição. Por isso, deve ser separado do que as pessoas efetivamente fazem como ocupantes dos status, no que é conhecido como *desempenho de papel*. Essa distinção tem importância especial no interacionismo simbólico, que enfatiza a importância da criatividade no comportamento social (JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 168-169).

⁷⁰² Nesse sentido, é importante a leitura de NIETZSCHE, Friederich. Em que medida as condições de vida serão mais artísticas na Europa. In: *Gaia Ciência*. Lisboa: Guimarães, 1967.

mais ou menos definidas, recorrer a certas sanções se determinado ator – aluno, por exemplo – afastar-se das normas que definem seu papel de aluno. Este, por sua vez, deverá curvar-se a essas normas, mas pode, em contrapartida, opor-se aos abusos de poder ou de autoridade do diretor⁷⁰³. Nestes termos, o problema da liberdade humana se resume no do equilíbrio entre comportamento condicionado pelos papéis sociais e autonomia, sendo que a análise do “homo sociologicus” parece, pelo menos neste ponto, comprovar o paradoxo dialético de liberdade e necessidade.

Os papéis sociais implicam em uma coerção exercida sobre o indivíduo, podendo ser vivenciada como uma privação de seus desejos particulares, ou como um ponto de apoio que lhe fornece segurança. Esse caráter das expectativas de papéis baseia-se no fato de que a sociedade dispõe de sanções com auxílio das quais é capaz de coagir⁷⁰⁴. Aquele que não desempenha o seu papel será punido; quem o desempenha, será recompensado; na pior das hipóteses, não castigado. Conformismo em relação aos papéis preestabelecidos não é de forma alguma exigência característica de sociedades modernas, porém um aspecto universal de todas as formas sociais⁷⁰⁵.

A classificação e definição dessas sanções que garantem conformidade com o comportamento social dos papéis nos conduz manifestamente à esfera da sociologia jurídica. Da mesma forma que, no âmbito do Direito, cada sociedade apresenta constantemente processos de consolidação dos usos para costumes e dos costumes para leis, igualmente os papéis sociais encontram-se sob constante mudança. Da mesma forma que as leis perdem a razão de ser pela mudança do contexto social, também as expectativas obrigatórias estão submetidas a um processo de revalidação.

⁷⁰³ BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 1993. p. 415.

⁷⁰⁴ As coerções normativas associadas a cada um dos papéis, sendo, no caso mais simples, mais ou menos conhecidas do conjunto dos atores pertencentes a uma organização, criam expectativas de papel (*role expectations*), cujo efeito é reduzir a incerteza da interação: quando o ator A entra em interação com o ator B, ambos esperam que o outro aja dentro do quadro normativo definido por seu papel (Ibidem, p. 415).

⁷⁰⁵ DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social*. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1991. p. 57.

Quando os papéis sociais não são desempenhados de forma adequada (conforme as expectativas do grupo social), nascem os conflitos⁷⁰⁶. Tais conflitos são relações sociais, caracterizando-se como apenas um dos muitos meios de interação e convívio dentro de uma mesma sociedade. No entanto, é preciso reconhecer que eles não têm, necessariamente, um sentido negativo. Ao perceber a sociedade como um tecido de relações humanas que se diferencia e transforma sem cessar, o conflito deve, necessariamente, fazer parte dessa constatação como o meio através do qual muitas dessas alterações acontecem. É por isso que, em princípio, a importância sociológica do conflito não é questionada. Admite-se que ele produza ou modifique grupos de interesse e organizações.

Dessa forma, discutir a relevância/importância sociológica do conflito é partir do pressuposto de que nenhuma sociedade é perfeitamente homogênea, salvo aquelas utópicas. Essa heterogeneidade resulta em desacordos, discórdias, controvérsias, turbulências, assim como choques e enfrentamentos. Toda a ordem social é, a respeito de uma desordem, ao menos latente, uma circunstância que pode ameaçar a coesão social. O jogo de dissensões se traduz segundo o desejo de uns de impor seus pontos de vista sobre os outros mediante a persuasão, o domínio, ou por outros meios. Por isso, o choque de interesses e de aspirações divergentes desenvolve uma relação de forças. Conseqüentemente, a ordem social é sempre solicitada por forças que buscam estabilizá-la, organizá-la, e por outras que buscam desestabilizá-la, desorganizá-la e desestruturá-la com o pretexto de instaurar uma ordem melhor. Desse modo, percebe-se que é um equilíbrio mais ou menos sólido entre forças antônimas, podendo romper-se a qualquer momento⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Pense-se, por exemplo, no problema da explicação do conflito industrial. Por que empresário e empregado se encontram em um conflito? Será devido à existência de um antagonismo entre esses grupos humanos? Serão empregados e empresários, como pessoas, opositores irreconciliáveis? Essa aceção efetivamente seria pouco plausível, porém encontra-se implícita em muitas discussões sobre esse tema. Através das categorias aqui desenvolvidas, poderemos substituir tais suposições por aceções mais razoáveis. Operários e empresários são portadores de dois papéis que, entre outras coisas, são definidos por expectativas de papéis contraditórios. O antagonismo é de natureza estrutural, isto é, é independente, em princípio, dos sentimentos e imaginações dos atores. O conflito entre empregados e empresários consiste apenas em que, enquanto que os senhores A, B, e C, são portadores da posição “empresário”, os senhores X, Y e Z, são portadores da posição “empregado”. Em outras posições, por exemplo, como membros de um clube esportivo, A, B, C e X, Y, Z podem ser amigos (DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1991. p. 98).

⁷⁰⁷ FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto. Materiali per una teoria del politico*. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995. p. 101.

Contudo, sob um ponto de vista comum, pode parecer paradoxal se alguém perguntar, desconsiderando qualquer fenômeno que resulte do conflito ou que o acompanhe, se ele, em si mesmo, é uma forma de socialização. À primeira vista, essa parece uma questão retórica. Se toda interação entre os homens é uma socialização, o conflito – afinal, uma das mais vívidas interações e que, além disso, não pode ser exercida por um indivíduo apenas – deve certamente ser considerado uma socialização. E de fato, os fatores de dissociação – ódio, inveja, necessidade, desejo – são as causas do conflito; este irrompe devido a essas causas. O conflito está, assim, destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes⁷⁰⁸.

Nestes termos, conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. Invariavelmente, o conflito traz mudanças, estimulando inovações. Lewis Coser⁷⁰⁹, inclusive, aponta o conflito como um dos meios de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode. As situações conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflitualidade.

Assim observadas, as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistas pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito⁷¹⁰. Tudo indica que antigamente existiam somente duas questões subjetivas compatíveis com a ciência do homem: a unidade do indivíduo e a unidade formada pelos indivíduos, a sociedade; uma terceira parecia logicamente excluída. Nesta concepção, o conflito não encontraria lugar próprio para estudo. Porém, ele é um fato *sui generis* e a sua inclusão sob o conceito de unidade teria sido tão arbitrária quanto inútil, uma vez que o conflito significa a negação da unidade. Ocorre que o indivíduo não alcança a

⁷⁰⁸ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 122.

⁷⁰⁹ COSER, Lewis A. *Le funzioni del conflitto sociale*. Milano: Feltrinelli, 1967. p. 98-107.

⁷¹⁰ Existe, sin embargo, otro lado en esta historia: el conflicto puede ser muy útil. El conflicto es parte del proceso de probarse y enjuiciarse a sí mismo. Hace que examinemos los asuntos con más cuidado. Nos desafía a desarrollar respuestas y soluciones creativas. El conflicto está en la raíz del cambio personal y social. Nos ayuda a reconocer las importantes diferencias existentes entre las personas. En algunos casos el conflicto nos ayuda a establecer una identidad personal.[...] El conflicto ayuda a los grupos a establecer su identidad al definir los límites del grupo interno y el externo.[...] el conflicto incrementa la cohesión en los grupos y ayuda a definir quién es un amigo y quién no (DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAK, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación*. Una introducción para profesionales e investigadores. Traducción de María Ángeles Garoz. Barcelona: Paidós Ibérica: 1996. p. 47).

unidade de sua personalidade exclusivamente através de uma harmonização exaustiva (de acordo com normas lógicas, objetivas, religiosas ou éticas) dos conteúdos de sua personalidade. A contradição e o conflito, ao contrário, não só precedem esta unidade como operam em cada momento de sua existência. É claro que provavelmente não existe unidade social na qual correntes convergentes e divergentes não estão entrelaçadas. Um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma “união” pura não só é empiricamente irreal, como não poderia mostrar um processo de vida real⁷¹¹.

A “dinâmica conflitiva” torna-se, então, o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras⁷¹². Essa dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas conseqüências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender.

Simmel parece resumir a importância sociológica do conflito quando afirma que assim como o universo precisa de “amor e ódio”, de forças de atração e de forças de repulsão para que tenha uma forma qualquer, também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e de competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas nas forças sociais positivas da inexistência de fatores negativos que possam atrapalhar. A sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação (positivas e negativas), que se manifestam desse modo como inteiramente positivas⁷¹³.

As forças repulsivas ou a aversão são uma realidade constante na vida moderna, colocando cada pessoa em contato com inumeráveis outras todos os dias. Toda a organização interna da interação humana se baseia numa hierarquia extremamente complexa de simpatias, indiferenças e aversões, do tipo mais efêmero ao mais duradouro. A extensão e a combinação de antipatias/simpatias, o

⁷¹¹ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 123-124.

⁷¹² Sobre o assunto, é importante a leitura de BEUCHARD, J. *La dynamique conflictuelle*. Paris: Réseaux, 1981.

⁷¹³ SIMMEL, op. cit., p. 124.

ritmo de sua aparição e desapareção, a par de elementos mais literalmente unificadores, produzem a forma de vida humana em sua totalidade insolúvel; e aquilo que à primeira vista parece disassociação, é, na verdade, uma de suas formas elementares de socialização.

O antagonismo pode ser um elemento da sociação, embora por si mesmo ele não a produza, é um elemento sociológico quase nunca ausente dela. Seu papel pode crescer indefinidamente, isto é, pode crescer a ponto de suprimir todos os elementos convergentes. Considerando fenômenos sociológicos, é possível encontrar uma hierarquia de relações que pode ser construída através do ponto de vista de categorias éticas. Certamente existem conflitos que parecem excluir todos os outros elementos – entre o ladrão ou assassino e sua vítima, por exemplo. Se essa luta visa simplesmente a aniquilação, aproxima-se do caso marginal do assassinato, onde a mistura com elementos unificadores é quase zero. Se há, todavia, qualquer consideração, qualquer limite à violência, aí já existe um fator socializante, mesmo que somente enquanto qualificação da violência⁷¹⁴.

O conflito transforma os indivíduos, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz conseqüências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores que geram conseqüências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo.

Assim, o conflito promove a integração social. Resumindo as considerações de Coser e Simmel a respeito de tal afirmação, verifica-se que isso independe de ser interno ou externo ao grupo⁷¹⁵. Considerando um conflito externo⁷¹⁶, observa-se que

⁷¹⁴ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 133.

⁷¹⁵ Nesse mesmo sentido são as indagações de Marc Howard Ross: “¿Qué relación guarda el conflicto dentro de los grupos con el que ocurre entre ellos? Esta relación puede describirse teóricamente de dos maneras. Una de ellas, que tiene que ver con el principio psicológico de la generalización, pone de relieve cómo los individuos o grupos propensos a la violencia o al comportamiento contencioso de un determinado ámbito de sus vidas (o con un conjunto dado de actores), se comportan de forma similar en otras esferas. El segundo modelo se basa principalmente en factores estratégicos, señalando que los actores no pueden entrar a la vez en conflicto con otras muchas facciones” (ROSS, Marc Howard. *La cultura del conflicto*. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995. p. 40).

⁷¹⁶ Os efeitos do conflito intergrupalo (externo) sobre um determinado grupo são assim resumidos por Simmel: em condição de paz, o grupo pode permitir que membros antagônicos convivam em seu

a) o conflito determina os confins do grupo e contribui para o nascimento de um sentimento de identidade⁷¹⁷; b) traz uma centralização da estrutura interna do grupo; c) possibilita a definição de aliados, incluindo aqui a lista de outros países simpáticos às reivindicações de um daqueles que se encontram em guerra⁷¹⁸.

A leitura dos textos de Simmel e Coser não faz referência expressa à possibilidade de utilização dos mesmos princípios para os conflitos internos ao grupo (aqueles existentes entre um grupo, de um lado, e alguns de seus membros, de outro, ou, especificamente, entre dois membros do grupo). No entanto, de modo tácito, fazem referência a análises que podem ser ajustadas ao primeiro dos princípios supra referidos. Assim, parece correto afirmar, com base nesses dois autores, que "...il conflitto, sia interno che esterno, contribuisce al mantenimento dei confini di gruppo e all'identità sociale⁷¹⁹." Todavia, os outros dois princípios não se aplicariam, uma vez que não parece correto afirmar que o conflito interno conduza necessariamente a uma centralização das organizações sociais. O mesmo pode-se dizer quanto à definição de aliados.

Nestes termos, o conflito externo une o grupo e o faz coeso, levando a concentração de uma unidade já existente, eliminando todos os elementos que possam obscurecer a clareza de seus limites com o inimigo, aproximando pessoas e grupos que, de outra maneira, não teriam qualquer relação entre si. O poderoso efeito do conflito a este respeito surge de modo mais claro no fato de que a conexão entre a situação de conflito e a unificação é suficientemente forte para chegar a ser importante mesmo no processo inverso. De modo semelhante, a unificação com o propósito de luta é um processo vivenciado tão freqüentemente que às vezes o mero

interior numa situação indeterminada, porque cada um deles pode seguir seu próprio caminho e evitar colisões. Uma condição de conflito, todavia, aproxima os membros tão estreitamente e os sujeita a um impulso tão uniforme que eles precisam concordar ou se repelir completamente. Esta é a razão pela qual a guerra com o exterior é, algumas vezes, a última chance para um estado dominado por antagonismos internos superar estes antagonismos, ou então dissolver-se definitivamente (SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 154).

⁷¹⁷ La identificación con el propio grupo es un proceso cognitivo de adaptación social que hace posible relaciones pro sociales tales como la cohesión social, la cooperación e la influencia. Los grupos constituyen el mecanismo central que la identidad a las personas; en vez de sostener que estas "sacrifican" una porción de su identidad cuando forman parte de un grupo, la perspectiva que aquí se adopta sólo ve posible la identidad positiva del individuo dentro del contexto de una segura afiliación al grupo (ROSS, Marc Howard. *La cultura del conflicto*. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995. p. 42).

⁷¹⁸ COLLINS, Randall. *Teorie Sociologiche*. Traduzione di Umbreto Livini. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 150.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 151.

confronto de elementos, mesmo quando ocorre sem qualquer propósito de agressão ou de outra forma de conflito, aparece aos olhos dos outros como uma ameaça e um ato hostil⁷²⁰.

Não se pode ignorar, na análise atenta de Simmel, o singular e aparente paradoxo “comunitário” do conflito entre dois litigantes. Aquilo que os separa, a ponto de justificar o litígio, é exatamente aquilo que os aproxima, no sentido de que eles compartilham a lide e um intenso mundo de relações, normas, vínculos e símbolos que fazem parte daquele mecanismo. Portanto, a aposta em jogo separa e une, corta nitidamente a possibilidade de comunicação e instaura outras, sendo elas equivocadas e destrutivas⁷²¹.

Essa unidade originada no conflito e com propósitos de conflito se mantém inclusive depois do período de luta. Verdadeiramente, a importância do conflito consiste na articulação da unidade e da relação latente, tornando-se mais uma oportunidade para as unificações exigidas internamente, o que não se constituía como propósito. De fato, no interesse coletivo pelo conflito, há mais uma graduação, a saber, de acordo com o fato de a unificação com o propósito de conflito se referir ao ataque e defesa ou apenas à defesa. Assim, o poder unificador do princípio do conflito não surge com mais força em nenhum outro caso do que quando produz uma sociação temporal ou real em circunstâncias de competição ou de hostilidade.

No entanto, não obstante a importância positiva do conflito enquanto meio de sociação e coesão interna, não se pode perder de vista a estreita relação entre conflito e poder e entre este último e os meios através dos quais se têm administrado as situações conflitivas. Sendo assim, as estruturas de poder social oferecem um cenário interessante à discussão dos conflitos sociais.

⁷²⁰ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 157.

⁷²¹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 74-75.

5.3 O contexto social e as estruturas de poder: o monopólio estatal da força como meio legítimo de tratamento dos conflitos

Segundo Ralph Dahrendorf, as chances de vida nunca são igualmente distribuídas. Não conhecemos nenhuma sociedade na qual todos os homens, mulheres e crianças tenham as mesmas prerrogativas e gozem dos mesmos provimentos. Não conhecemos sequer uma em que todos os homens tenham o mesmo *status*. Por isso, a sociedade é necessária: “porque pessoas diferentes têm que criar instituições comuns para sobreviver e melhorar de vida”⁷²².

Modernamente, a reflexão dessas questões voltou à pauta. O contrato social foi desenterrado por filósofos, economistas e teóricos políticos. A questão “contratual” predominante é qual seria o mínimo de governo que bastaria para garantir a lei e a ordem. A redescoberta do contrato social surge da busca por estruturas fundamentais numa selva de superestruturas de muitos tipos, uma vez que ele, antes de tudo, é assunto da história humana. É escrito e reescrito por cada geração. Seus elementos duradouros são, no máximo, uma gramática da sociedade. A questão não é se deveríamos retornar aos artigos eternos do contrato social, mas como podemos escrever estes artigos de novo para fazermos avançar a liberdade sob condições alteradas⁷²³.

A distribuição desigual das chances de vida é um resultado das estruturas de poder. Alguns estão numa posição em que podem estabelecer a lei pela qual a situação dos outros será mediada. Em 1848, Marx escreve o Manifesto do Partido Comunista expondo um programa de governo revolucionário, delineando a proposta de uma nova estrutura social. É possível verificar que os textos de Marx têm como escopo principal o fato de que os indivíduos possuem uma essência nata e interesses pré-determinados e que se não agem conforme tais interesses, é somente porque são enganados pelo sistema social. A sociedade, por sua vez, é analisada de acordo com os interesses contrastantes entre os diversos grupos.

⁷²² DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. Tradução de Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. São Paulo: Jorge Zahar/ Edusp, 1992. p. 40.

⁷²³ *Ibidem*, p. 41-42.

Assim, a teoria marxista afirma que a sociedade consiste num equilíbrio instável de forças contrapostas, que, através de suas lutas e tensões, geram a transformação social. Marx aponta para o conflito social como elemento determinante do processo histórico. Nestes termos, põe em evidência a importância prioritária de se apropriar da tecnologia e da propriedade na determinação da vida dos indivíduos no curso do conflito social e salienta a interação de forças de poder gerada pela posse de tais bens⁷²⁴. Portanto, a raiz econômica do pensamento marxista determina seu alcance na afirmativa de que a “evolução política, jurídica, filosófica, religiosa, literária, artística, dentre outras, repousa sobre a evolução econômica”, não que essa seja a única causa ativa e todo o resto o efeito passivo⁷²⁵.

Toda a obra de Marx mostra-se influenciada pela concepção de sociedade dividida em classes determinadas por fatores econômicos, traduzidos especialmente na detenção dos meios de produção e na força de trabalho. Nesse ânimo de explicar fatores econômicos como determinantes da estrutura social, de sua transformação e da explicação de sua própria realidade, Marx distingue três aspectos de relevo: a) primeiramente, a força material da produção, que pode ser traduzida nos meios efetivos que os sujeitos utilizam para produzir a sua subsistência; b) num segundo momento, as relações de produção passam a integrar esse cenário, especialmente porque derivados da força de produção compreendendo as relações e o direito de propriedade; c) por fim, aponta a superestrutura legal/política como formadora de consciência social, correspondentes aos dois primeiros anteriormente citados⁷²⁶.

Dos aspectos apontados por Marx, o último é aquele de maior importância e interesse para a presente tese, principalmente porque, ao discuti-lo, o autor ressalta as relações de poder exercidas pelo Estado sobre o cidadão no tratamento dos conflitos sociais. A teoria marxista descreve o Estado como um instrumento de domínio de classes e vê no domínio político um reflexo e uma expressão do

⁷²⁴ “Tanto i rapporti giuridici quanto le forme dello Stato non possono essere compresi né per se stessi, né per la cosiddetta evoluzione generale dello spirito umano, ma hanno le loro radici, piuttosto, nei rapporti materiali dell'esistenza il cui complesso viene abbracciato da Hegel... sotto termine di 'società civile'.. l'anatomia della società civile è da cercare nell'economia politica” (MARX, Karl. *Per la critica dell'economia politica*. Roma: Editori Riuniti, 1971. p. 4).

⁷²⁵ ENGELS, Friederich. Lettera a W. Borgius, 25 gennaio 1894. In: MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *Opere*. Roma: Editori Riuniti, 1977. v. 5. p. 227.

⁷²⁶ MARX, Karl. *Per la critica dell'economia politica*. Roma: Editori Riuniti, 1971. MARX, Karl. *Do capital*. O rendimento e suas fontes. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Os pensadores); MARX, Karl; ENGLES, Friederich. *O manifesto do partido comunista de 1948 e cartas filosóficas*. Tradução de Klaus von Puschén. São Paulo: Centauro, 2005.

conflito entre essas mesmas classes. Ao discutir as atribuições estatais, Marx afirma que o Estado possibilita a exploração fornecendo estabilidade e mantendo as condições sociais que permitem a um grupo permanecer no poder, defendendo os interesses da classe dominante⁷²⁷.

Marx imaginava a futura sociedade comunista como um lugar do qual a miséria fosse banida, como se o desaparecimento da pobreza significasse também o desaparecimento de todas as grande desigualdades entre os indivíduos. Conseqüentemente, na sociedade comunista existiria somente uma única vontade e um único intento social, de modo que a produção econômica estaria ligada a um consenso universal, tornando-se despicienda a existência de um aparato estatal coercitivo⁷²⁸.

Já Max Weber formulou uma teoria diversa sobre o conflito⁷²⁹ e suas intrínsecas relações de poder, trabalhando com ênfase na distinção entre poder legítimo e ilegítimo. O primeiro diz respeito à detenção de autoridade por parte de algumas pessoas que têm o “direito” de serem obedecidas. Nestes termos, fala-se da autoridade de uma *pessoa*, de uma *instituição*, de uma *mensagem*, para significar que confiamos nelas, que acolhemos sua opinião, sua sugestão ou sua ordem, com respeito, consideração, sem hostilidade nem resistência, e que estamos dispostos a submeter-nos a ela. A autoridade é, portanto, uma relação que é preciso analisar do ponto de vista daquele (pessoa ou instituição) que emite a mensagem ou o comando e do ponto de vista de quem os recebe⁷³⁰.

Nesta análise, Weber distingue três tipos de autoridade/legitimidade de poder⁷³¹: a) carismática, que tem por base a qualidade pessoal do líder, de modo que os governados se submetem à extraordinária capacidade de uma pessoa cuja

⁷²⁷ Nesse sentido, ver MARX, Karl. *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*. Roma: Editori Riuniti, 1966.

⁷²⁸ WALLACE, Ruth A.; WOLF, Alison. *La teoria sociologica contemporanea*. Traduzione di Daniela Sandri, Giovanni Dognini e Maurizio Pisati. Bologna: il Mulino, 2001. p. 110.

⁷²⁹ Il conflitto di classe di Weber differisce da quello di Marx per un altro e più importante verso. Per Marx le classi sono definite dalla proprietà o dalla mancanza di proprietà dei mezzi di produzione, per Weber dalla loro posizione sul mercato (COLLINS, Randall. *Tre tradizioni sociologiche*. Manuale introduttivo di storia della sociologia. Bologna: Zanicheli, 1991. p. 65).

⁷³⁰ BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 1993. p. 29.

⁷³¹ Coser ressalta que Weber contrariamente a molti teorici politici, concepisce il potere in tutte le sue manifestazioni come espressione delle relazioni tra coloro che esercitano il potere e coloro che sono tenuti all'obbedienza, piuttosto che come attributo dei capi (COSER, Lewis A. *I classici del pensiero sociologico*. Traduzioni di Franca Montanari Orsello. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 177).

autoridade se legitima pela crença em seus poderes mágicos, em suas revelações, sendo cultuada como um herói; b) tradicional, cuja base de aceitação está enraizada no passado, como é, por exemplo, a autoridade de um rei ou do chefe de uma tribo que se faz respeitar muitas vezes pelo costume. Também serve de exemplo de autoridade tradicional as relações patriarcais nas quais o pai ou o marido se faz respeitar muito mais pelo hábito do que por suas próprias qualidades pessoais; c) por fim, a legitimidade legal/racional é aquela na qual o respeito se funda sobre regras formais. Os burocratas modernos obedecem ao que as regras codificadas determinam, uma vez que a sociedade aceita a lei estatutária como fonte última de autoridade⁷³². Segundo Weber, a legitimação de um núcleo de regras vem centrada num processo de racionalização da sociedade moderna⁷³³.

⁷³² Eugène Enriquez aponta outras formas de exercer o controle social garantindo a legitimidade: 1. Controle direto (físico) através da violência: “o controle é fundado sobre a opressão que assume as formas da *exploração e da repressão*. *Exploração* dos indivíduos e dos grupos totalmente submissos às leis do capitalismo selvagem, que fazem dobrar os corpos e corações, *repressão* que se exprime em todos os casos de questionamentos ou mesmo quando uma ameaça dessa ordem é percebida aos olhos dos dirigentes”. Aqui, a violência “inaugura o mundo do contra-senso, o da violência institucionalizada transformada na *lei* das relações humanas. A única civilização possível, nesse momento, é a da morte e do gozo dos carrascos que a põem em prática”; 2. O controle organizacional, desenvolvido pela máquina burocrática, “que prevalece no mundo das grandes organizações industriais e administrativas. Lidamos aí com um controle do trabalho (e do rendimento) que os indivíduos devem realizar”; 3. O controle dos resultados, vertido pela competição econômica. Trata-se de um modo de controle mais sutil. “O importante, para os grupos, organizações ou indivíduos, é o *sucesso* nos negócios e na vida, sucesso reconhecido e invejado pelos outros, indispensável, de qualquer forma, para se manter na corrida e não se tornar desacreditado pelo sistema”; 4. O controle ideológico, manifestado pela adesão. Nele, um “Estado que se crê coerente e que quer ser a expressão da vontade popular não pode deixar o campo livre à expressão florescente e divergente”; 5. O controle do amor, pela identificação total ou expressão da confiança, que possui “*dois modos* de funcionamento do discurso amoroso: o *fascínio* (próximo da hipnose e cujo caráter fundamental na forma de ação das multidões foi visto por Freud) e a *sedução*”; 6. O controle pela saturação, assim reconhecida pela repetição indefinidamente que se utiliza de um só meio: “a monopolização da expressão do discurso social e a censura generalizada, que privam todas as classes de seus próprios deveres e meios de expressão; 7. O controle pela dissuasão, que acontece através da instalação de um aparelho de intervenção, cujo objetivo primordial é mostrar sua força para não ter que usá-la. Por isso, “os defensores da dissuasão nuclear nos dizem, dia após dia, que o aumento de arsenal militar e o equilíbrio do terror constituem o único meio de escapar da terceira guerra mundial”. Porém, “a dissuasão, atualmente, não só regula as relações internacionais, como também as relações sociais internas” (ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado. Psicanálise do vínculo social*. Tradução de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 283 et seq.).

⁷³³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999.

No entanto, alguns sociólogos contemporâneos acrescentam um quarto tipo de autoridade: aquela baseada no conhecimento especializado (conhecida também como *autoridade profissional*). A autoridade dos médicos é um exemplo. Até certo ponto tradicional, está se tornando cada vez mais racional-legal à medida que corpos legislativos assumem de forma crescente a regulamentação legal de decisões médicas que variam do aborto à retirada de aparelhagem mantenedora da vida. Além disso, contudo, tornando-se a prática da medicina cada vez mais complexa e longe da compreensão de muitos pacientes, a posse de conhecimentos especializados torna-se, por mérito próprio, uma

Nesse contexto, a definição weberiana da conexão social não é mais dada pela relação indivíduo-sociedade, mas pela relação entre racionalidade e forma de ação. O coroamento desse processo de racionalização – secularização vem simbolizado pela imagem da “jaula de aço”, introduzida nas últimas páginas da *Ética protestante e o espírito do capitalismo*⁷³⁴. Em resumo, de um lado se tem a angústia da “jaula de aço” e, de outro, a inquietude pelo emergir de formas de ação emotivo-passionais que comprometem a solidariedade e os requisitos legitimantes do “mundo administrado”. Nasce a oscilação entre “carisma” e “disciplina”, o que exprime a dificuldade em responder ao quesito de qual seja a força capaz de contrapor-se à entropia do processo inovativo produzida pela automatização burocrática das funções estatais. Assim, Weber completa a formalização da imagem “maquinal” (hobbesiana) do poder reproduzindo ao extremo aquele dilema entre ocasião e norma, *inventio* e disciplina, direção política e máquina burocrática-administrativa, que acompanha desde as origens o moderno conceito de política⁷³⁵.

Enquanto detentor de poder/autoridade⁷³⁶ política, fundado em regras formais/racionais, o Estado monopoliza não só a força, mas principalmente a força legítima. Dentro de um Estado pode existir violência criminal, mas esse não é um grande problema porque tal violência é ilegítima e poderá/deverá ser massacrada pela força legítima estatal. Nesses termos, a legitimidade é causada por condições sociais e existe ou não de acordo com as transformações desenvolvidas no decorrer da história. Não se pode perder de vista que o Estado se tornou legítimo também

base para a autoridade (JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia. Guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 24).

⁷³⁴ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de Irene Szmerecányi e Tamás Szmerecsányi. São Paulo: Pioneira/UnB, 1981.

⁷³⁵ MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora Universidade do Estado Paulista, 1995. p. 187-189.

⁷³⁶ L'*auctoritas* derivante dalle convenzioni politiche costituisce nello stesso tempo la fonte e l'effetto della legalità, a essa subordinata e contemporaneamente sovra ordinata; modello alto di autoregolazione, la legalità moderna (sistema di 'astratta e generale statuizione') rimette ogni possibile controversia che la legge non abbia già indirizzato a un'ultima decisione del giudice 'terzo', affinché non ci sia spazio per violenze, ma soltanto violenze, private. Ed è terzo per definizione il giudice perché trova l'imparzialità della sua decisione legislativa – o almeno così dovrebbe essere – sulla base di un'aspettativa normativa che la legge stessa costituisce, salvo, cognitivamente, a vedere se si realizzi imparzialità nel caso concreto. E tuttavia si potrà dire che il giudice sarà imparziale quando, cognitivamente, lo sarà stato (RESTA, Eligio. Giudicare, conciliare, mediare. In: SCARPARRO, Fulvio. *Il coraggio di mediare*. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie. Milano: Angelo Guerini, 2005. p. 39).

devido à construção de coalisões de combate às guerras. O combate ao inimigo tornou-se, assim, o elemento crucial de legitimidade estatal⁷³⁷.

Por conseguinte, a teoria weberiana da política define o Estado como uma organização que reivindica o monopólio sobre o uso legítimo da força dentro de um determinado território, sendo que sua legitimidade também sofre influências do prestígio internacional que possui. Através da força, o Estado pretende manter a coesão social. Discutindo a visão social-racionalista weberiana e questionando o meio através do qual as sociedades humanas se mantêm coesas, Dahrendorf aponta para a posição de uma ampla e meritória escola de pensamento que sustenta que a ordem social resulta de um acordo generalizado em torno de valores, um *consensus omnium* ou *volonté générale*, que tem mais peso do que qualquer diferença possível ou efetiva de opinião ou interesse. Ressalta, porém, que outra escola de pensamento, igualmente ampla e meritória, é de opinião que coesão e ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção, na dominação por alguns e sujeição de outros. Certamente, um enfoque não exclui totalmente o outro. O utópico (como o autor chama os que insistem na coesão por consenso) não nega a existência de divergência de interesse, tampouco o racionalista (o que acredita na coesão por coerção e dominação) ignora a existência de acordos em torno de valores de que depende o próprio estabelecimento da força⁷³⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, Dahrendorf aponta para duas (meta-)teorias que podem e devem ser identificadas na sociologia contemporânea. Uma delas, a *teoria da integração da sociedade*, concebe a estrutura social em termos de um sistema funcionalmente integrado, mantido em equilíbrio por certos processos padronizados e repetitivos. Já a *teoria da coerção da sociedade*⁷³⁹ vê a estrutura

⁷³⁷ COLLINS, Randall. *Teorie Sociologiche*. Traduzione di Umbreto Livini. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 163-164.

⁷³⁸ O Sociólogo Utópico não postula que a ordem é *baseada* em um consenso geral em torno de valores, mas sim que ela *pode ser concebida em termos* de tal consenso, e que, se ela for concebida nestes termos, são possíveis certas proposições que resistem ao teste de observação específica. De maneira analógica, para o Sociólogo Racionalista, o pressuposto da natureza coercitiva da ordem social é um princípio heurístico, e não um juízo fatural (DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Tradução de José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 145).

⁷³⁹ Abordando os conflitos sociais, Dahrendorf rompe com o marxismo até então dominante ao afirmar que os conflitos não tinham como base a propriedade, mas o poder e a sua distribuição. In tale visione, l'essenza nella possibilità di chi lo detiene di imporre sanzioni e ordini e di ottenere l'obbedienza di chi non ha potere alcuno. In ogni caso, la gente prova avversione verso la sottomissione; per questo Dahrendorf sostiene che esiste un conflitto di interesse inevitabile e un

social como uma forma de organização mantida coesa por força de coerção e que se estende constantemente para além dela mesma, no sentido de produzir dentro de si forças que a mantêm em um processo contínuo de mudanças. Salienta, então, que uma decisão que aceite uma dessas teorias e rejeite a outra não é necessária nem desejada⁷⁴⁰.

Nessa perspectiva, a teoria coercitiva da sociedade pode ser reduzida a um pequeno número de componentes básicos, embora estas premissas impliquem simplificações e exagero na consideração da questão: a) a primeira delas propõe que toda sociedade encontra-se sujeita a processos de mudança; a mudança social é ubíqua; b) toda sociedade exhibe a cada momento dissensão e conflito; o conflito social é ubíquo; c) todo elemento em uma sociedade contribui de certa forma para sua desintegração e mudança; d) toda sociedade é baseada na coerção de alguns de seus membros por outros⁷⁴¹.

Do ponto de vista da teoria coercitiva, não é a cooperação voluntária ou o consenso geral, mas a coerção imposta que faz com que organizações sociais tenham coesão. Em termos institucionais, isto quer dizer que em toda organização social é outorgado a alguns o direito de controlar outros com vistas a assegurar uma coerção efetiva; em outras palavras, há uma distribuição diferenciada de poder e autoridade. Assim, uma das principais diferenças entre a teoria sobre o conflito social marxista e aquela defendida por Dahrendorf reside justamente na premissa de que a distribuição diferenciada de autoridade torna-se fator determinante de conflitos sociais sistemáticos de tipo equivalente ao conflito de classes no sentido tradicional do termo. A origem estrutural de tais conflitos está no modo que foram arranjados os papéis sociais a que se conferiram expectativas de dominação ou de sujeição.

Do mesmo modo como a diferenciação de papéis gera conflitos, ela também é relevante do ponto de vista do exercício da autoridade. A identificação dos papéis de

impeto da parte di chi non ha potere a combattere contro chi lo detiene, i primi per ottenerlo, gli altri per difenderlo. Il potere è una persistente fonte di attrito (WALLACE, Ruth A.; WOLF, Alison. *La teoria sociologica contemporanea*. Traduzione di Daniela Sandri, Giovanni Dognini e Maurizio Pisati. Bologna: il Mulino, 2001. p. 134).

Também nesse sentido: COLLINS, Randall. *Teorie Sociologiche*. Traduzione di Umbreto Livini. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 154 et seq.

⁷⁴⁰ DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Tradução de José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 146.

⁷⁴¹ É importante ressaltar que o consenso e o dissenso serão assuntos tratados no próximo capítulo.

autoridade com diferentes atribuições é a primeira tarefa da análise de conflitos, tanto conceitual quanto empiricamente, todos os passos seguintes da análise partem da pesquisa de distribuições de poder e autoridade. A diferença importante entre estes últimos consiste no fato de que enquanto o poder está essencialmente ligado à personalidade de indivíduos, a autoridade é sempre associada com posições ou papéis sociais⁷⁴². Seria possível explicar a diferença de uma outra forma dizendo – como faz Marx Weber – que enquanto o poder é uma relação meramente factual, a autoridade é uma relação legítima de dominação e sujeição. Nesse sentido, a autoridade pode ser descrita como poder legítimo⁷⁴³.

Assim, a autoridade, enquanto poder legítimo⁷⁴⁴, pode dar vazão a conflitos de grupos, principalmente porque: (1) as relações de autoridade são sempre de superioridade e subordinação; (2) onde existem relações de autoridade, há a expectativa social de que o elemento superior exerça controle, mediante ordens, admoestações e proibições, sobre o comportamento do elemento subordinado; (3) tais expectativas vinculam-se a posições sociais relativamente permanentes, e não ao caráter de indivíduos específicos; sendo que são, nestes termos, legítimas; (4) autoridade, diferentemente de poder, nunca é uma relação de controle generalizado sobre outrem; (5) como a autoridade é uma relação legítima, a desobediência de seus comandos pode provocar sanções, e é, na verdade, uma das funções do

⁷⁴² A autoridade sempre manteve estreita relação com o poder. Assim, o primeiro modo de entendê-la como uma espécie de poder seria definindo-a como uma relação de poder estabilizado e institucionalizado em que os súditos prestam uma obediência incondicional. [...] A obediência baseia-se unicamente no critério fundamental da recepção de uma ordem ou sinal emitido por alguém. [...] Praticamente todas as relações de poder mais duráveis e importantes são, em maior ou menor grau, relações de autoridade: o poder dos pais sobre os filhos na família, o do mestre sobre os alunos na escola, o poder do chefe de uma igreja sobre os fiéis, o poder do governo sobre os cidadãos de um Estado [...] (STOPPINO, Mario. *Autoridade*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1).

⁷⁴³ DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Tradução de José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 151 et seq.

⁷⁴⁴ Como poder legítimo, a autoridade pressupõe um juízo de valor positivo em sua relação com o poder. Portanto, a expressão “poder legítimo” deve ser entendida tendo em vista que é assim considerada por parte de indivíduos ou grupos que participam da mesma relação. Em segundo lugar, devemos ter presente que uma avaliação positiva do poder pode dizer respeito aos seus diversos aspectos: conteúdo das ordens, o modo ou o processo como são transmitidas ou a própria fonte de onde provêm as ordens (comando). O juízo de valor que funda a crença na legitimidade é mencionado em último lugar: ele diz respeito à fonte do poder que pode ser identificada em vários níveis e estabelece, por isso, a titularidade da autoridade (STOPPINO, Mario. *Le forme del potere*. Napoli: Guida, 1974).

sistema legal (e, naturalmente, dos costumes e normas quase-legais) apoiar o exercício efetivo da autoridade legítima⁷⁴⁵.

Conseqüentemente, para tratar os conflitos nascidos da sociedade, o Estado, enquanto detentor do monopólio da força legítima, utiliza-se do Poder Judiciário. O juiz deve, então, decidir os litígios porque o sistema social não suportaria a perpetuação do conflito. A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz.

5.4 A (re)solução⁷⁴⁶ judicial de conflitos: o tratamento dos sintomas sem erradicar a doença

Em Hobbes, é possível discutir o contrato de sujeição firmado pelos homens entre si (fugindo do estado de natureza e da guerra de todos contra todos), criador do poder supremo de um governante. Esse contrato social consiste numa “transferência mútua de prerrogativas” e vem baseado nas leis da natureza, que primeiramente determinam a busca pela paz, possibilitando que se contrate para obtê-la. Essa contratação garantiria segurança aos homens que estariam obrigados a cumprir os pactos que tivessem celebrado. Segundo Hobbes, nela reside a fonte e a origem da justiça, determinando que justo é o cumprimento do pacto e injusto seu descumprimento.

Porém, não se pode perder de vista que o pacto assim vigente entre as criaturas era artificial, e que, para se tornar duradouro, foi preciso um poder comum que as mantivesse em respeito e dirigisse as suas ações para o benefício de todos. Nesse contexto, a determinação era conferir toda a força e poder a um homem, ou a

⁷⁴⁵ DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Tradução de José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 153.

⁷⁴⁶ A expressão “(re)solução” é aqui utilizada como meio de fazer o “contraponto” entre a busca pela “solução” dos conflitos feita pelo Judiciário e a matriz teórica discutida na presente tese que aponta para o “tratamento” dos conflitos. Vide nota de rodapé 01.

uma assembléia que pudesse reduzir todas as vontades humanas, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Estava criada a República⁷⁴⁷, que poderia assumir três formas distintas: Monarquia, Democracia e Aristocracia.

Conseqüentemente, o contrato social que fez nascer a República e com ela a Democracia determinou o surgimento de regras de racionalização das disputas, objetivando cessar a violência e o caos. Surgiu como meio de garantir segurança e certeza aos homens, protegendo-os dos demais. Pretendeu, assim, evitar a discórdia original e a transgressão, perdendo, no entanto, a capacidade de, ao invés de recalcar a luta de todos contra todos, superá-la através da deliberação consensuada entre homens livres e autônomos.

Assim, o que os membros de uma unidade política esperam do poder é que ele assegure, como proclamava Hobbes, sua proteção contra as diversas ameaças que possam sacudir a sociedade. Mais exatamente, esperam não estar expostos à luta, ou seja, à violência arbitrária de uns contra os outros e ao temor permanente próprio do estado natural. O mínimo que se pode ganhar com a política é transformar a luta indistinta em combate regulamentado. Uma das maneiras de cumprir o papel de proteção consiste precisamente na transformação, dentro da sociedade, da luta indistinta e confusa em combate graças à regulamentação dos conflitos por convenções ou leis. Desse modo, o Estado tende a eliminar, na medida do possível, o combate, substituindo-o pela competição regrada pelo Direito, fora de toda a violência⁷⁴⁸.

O Estado toma para si o monopólio da violência legítima, alçando-se no direito de decidir litígios e chamando à possibilidade de aplacar a violência através de um sistema diverso do religioso e do sacrificial⁷⁴⁹, denominado Sistema Judiciário. Este último se diferencia dos primeiros porque não é ao culpado que se voltam os olhos,

⁷⁴⁷ Uma instituição que, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi criada por todos, de modo que ela pode usar a força de recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 148).

⁷⁴⁸ FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995. p. 69-70.

⁷⁴⁹ Sobre o assunto, é de grande importância a obra de René Girard, na qual ele demonstra como o sacrifício possibilitava o distanciamento da violência, interpretando-o como violência substitutiva, reconhecendo em seu âmago uma verdadeira operação de transferência coletiva que se efetua às expensas da vítima e que investe as tensões internas, os rancores, a rivalidade, todas as agressões no seio da comunidade (GIRARD, René. *La violencia e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005).

mas à vítima não vingada, sendo preciso dar a ela uma satisfação meticulosamente calculada, que apagará os seus desejos de vingança sem acendê-los novamente. Não se trata de legislar a propósito do bem ou do mal, não se trata de fazer respeitar uma justiça abstrata, se trata de preservar a segurança do grupo afastando a vingança, de preferência com uma reconciliação baseada na composição ou em qualquer outra que resulte possível, mediante um encontro predisposto de modo tal que a violência não volte a ocorrer. Tal encontro se desenvolverá em campo fechado, de forma regulada entre adversários bem determinados⁷⁵⁰.

Para que se entenda melhor esse processo, é importante distinguir entre situação polêmica e estado agonal. A primeira é refletida na violência aberta e direta. É uma situação conflitiva ou que corre o risco de chegar a sê-lo, pouco importando o grau de violência. A característica essencial da situação polêmica é que os opositores se enfrentam como inimigos⁷⁵¹, o que quer dizer que se dão, mutuamente, o direito de se suprimir fisicamente. Já o estado agonal consiste naquela situação que logrou desativar os conflitos e substituí-los por outra forma de rivalidade, conhecida pelo nome de competição, de competência ou de concurso. Nestes termos, se assimila ao jogo. A característica essencial é que os rivais não se comportam como inimigos, e sim como adversários⁷⁵², o que quer dizer que de antemão a violência e a intenção hostil estão excluídas, ainda que permaneça a possibilidade de vencer ou de cair frente ao outro competidor⁷⁵³.

⁷⁵⁰ GIRARD, Renè. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005. p. 39.

⁷⁵¹ Eligio Resta define "inimigo" como aquele "che indica uno stato di inimicizia, diversa dal non essere amico, che si colloca, o è collocato fuori non si sa da cosa, ma sempre all'esterno di un interno: da un gruppo, da una comunità, da uno Stato, da una nazione. Egli è sempre fuori da qualcosa che blinda i suoi confini più o meno immaginari giustificandoli con qualche cogente necessità imposta da una geografia, da una politica o da una cultura, se non da un semplice stato d'animo. Il nemico quando viene *identificato*, serve persino a rafforzare i confini di un *inside*, di un territorio qualsiasi e di qualsiasi natura che conserverà sempre la caratteristica di un *Nomos der Erde* segnato dall'appropriazione di una terra (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 97).

⁷⁵² Giovanni Cossi diferencia adversário de inimigo salientando: L'avversario è infatti colui senza il quale, nel conflitto, io non esisto: solo dove lui è, anch'io posso veramente essere. Con lui ci si *confronta*. L'avversario mi permette infatti non solo di misurarmi con lui, ma anche con me stesso: mi fa scoprire i miei limiti le mie possibilità. L'avversario è come me: ha i miei stessi timore e le mie stesse speranze; imparando a conoscerlo, scoprendo la sua forza e le sue ragioni, i suoi punti deboli e le sue incongruenze, imparo a conoscere anche i miei. Perciò gli devo rispetto. Il nemico è invece colui che mi impedisce di esistere: dove lui è, io non posso essere. Con lui si combatte; fino alla resa, o all'annientamento (COSI, Giovanni. *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9. p. 23).

⁷⁵³ FREUND, Julien. *Sociologia del conflitto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D. L., 1995. p. 66-76.

No estado agonal, os meios de jogar são definidos de antemão, sendo que ambos os competidores renunciam ao ataque da integridade física recíproca. Os meios de definir tais regras circulam desde o estabelecimento de instituições até a criação do Direito. Tais regras servem para impor condutas e proibições aos rivais, bem como determinar as condições de vitória. Em resumo, o estado agonal é o fundador de uma ordem reconhecida por todos, que não está na vontade discricionária do vencedor, como ocorre ao acabar um conflito violento. No entanto, a estabilidade do estado agonal é precária, podendo sofrer abalos. Na tentativa de manter a ordem a qualquer custo, muitas vezes se lança mão do uso abusivo da coerção, fazendo da mesma um instrumento de opressão.

Nestes termos, o estado agonal objetiva a submissão da vida à regulamentação e ao Direito⁷⁵⁴. É conhecido como o “estado dos juízes”, pois busca no procedimento judicial a solução de rivalidades e de divergências políticas. Contudo, as dúvidas nascem da incerteza de que a instauração do estado agonal seja sempre desejável, temendo que ele possa determinar um conservadorismo social ao impor regras de flexibilidade e plasticidade rígidas que não atendam à complexidade social na qual estão inseridas⁷⁵⁵.

No momento em que o Sistema Judiciário (ou estado agonal, como quer Freund) passa a reinar absoluto como único meio de impor regras de tratamento de conflitos, dissimula - e ao mesmo tempo revela – a mesma vingança avistada nos sacrifícios religiosos, diferenciando-se somente pelo fato de que a vingança judicial não será seguida de outra, rompendo, assim, a cadeia vingativa⁷⁵⁶. Desse modo, o Poder Judiciário racionaliza a vingança, a subdivide e limita como melhor lhe parece e a manipula sem perigo; buscando uma técnica eficaz de prevenção da violência. Essa racionalização da vingança se apóia sobre a independência da autoridade judiciária que recebeu tal encargo, atribuição que ninguém discute. Assim, o

⁷⁵⁴ Il dominio, la repressione dei conflitti con la forza o con la minaccia del ricorso alla forza, è un grande male politico che ogni cittadino dovrebbe sentire come tale, anche se non condivide la posizione di altri cittadini che riconoscono a esso una particolare priorità rispetto ai grandi mali (HAMPSHIRE, Stuart. *Non c'è giustizia senza conflitto*. Democrazia come confronto di idee. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000. p. 64).

⁷⁵⁵ Ibidem, p. 75-76.

⁷⁵⁶ Por isso, segundo Eligio Resta, é confiado ao mecanismo judiciário não o exercício da virtude, mas a difícil tarefa de *dizer* a última palavra sobre os conflitos e, graças a isso, minimizar a violência, evitando o seu perpetuar. Depurada da retórica mais ou menos justificada, esta é a função que o sistema legal atribui ao juiz: interromper o conflito e decidir (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 38).

Judiciário não depende de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se inclinam diante de suas decisões⁷⁵⁷.

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

Por conseguinte, a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz⁷⁵⁸. Da mesma forma, como o cidadão de outrora que esperava pelo Leviatã para que ele fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão⁷⁵⁹.

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

⁷⁵⁷ GIRARD, Renè. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005. p. 40-41.

⁷⁵⁸ La nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare prevalentemente al diritto statale e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie la gestione dei conflitti sociali. Non importa se di civil o di common law, se accusatori o inquisitori, i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire un livello accettabile di ordine e sicurezza, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, se non addirittura totalitari (COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: Cedam, 2004. n. 9. p. 21).

⁷⁵⁹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 74-75.

ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.

Essa transferência de responsabilidades quanto à gestão do conflito se direciona ao juiz que o traduz na linguagem dele⁷⁶⁰. Desse modo, partindo do processo de racionalização weberiana, o Estado, ao deter a forma de poder legal, detém, também, o monopólio legítimo da decisão vinculante. Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, “não importa qual, mas a última”. O lugar do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada, uma vez que ele não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura “distância de segurança” das razões de um e do outro. Ele vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra. Entretanto, um Sistema Judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes muitas vezes discricionários e pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a aguda diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz⁷⁶¹.

Assim, observa-se uma oferta monopolista de justiça incorporada ao *sistema da jurisdição*, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente. Atualmente, chamamos essa conflitualidade crescente de explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos “remédios” e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente, que é constantemente “traduzida” na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais⁷⁶².

A explosão de litigiosidade se dá quanto à quantidade e à qualidade das lides que batem às portas do Poder Judiciário, especialmente observando a existência de

⁷⁶⁰ Isso se dá, segundo Maurice Blanchot, porque o juiz tem o direito de ser único *maître du langage*. A expressão *maître du langage* é decisiva e densa, como pode ser aquela de um pensador como Maurice Blanchot, que trabalhou de maneira muito convincente sobre o poder da escrita e sobre a idéia de comunidade. A conexão entre linguagem e comunidade não é, obviamente, imprevista, mas encontrar ligações e mediações através do juiz abre caminhos insuspeitos por meio dos quais se descobre que a linguagem da comunidade não corresponde nunca à comunidade de linguagem (BLANCHOT, Maurice. *Pour l'amitié*. Paris: Fourbis, 1996).

⁷⁶¹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 65-66.

⁷⁶² Dunque il compito del giudice, fuori da ogni retorica, è quello di assumere decisioni sulla base di decisioni e di permettere decisioni sulla base delle stesse decisioni. Paradossalmente, però, in un sistema ad altissima complessità, più si decide e più aumenta il bisogno di decisione dato il carattere di rete interrelata dei sistemi di comunicazione (Ibidem, p. 40).

uma cultura do conflito. Em face de tal fato, a direção da política do Direito deve ser no sentido de uma “jurisdição mínima”, contra uma jurisdição ineficaz.

Quando se litiga judicialmente, ao juiz pede-se que “decida”, que diga a última palavra com base na lei, e não que desenvolva a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados fazer. Mas o resultado, sabe-se, é paradoxal: incorpora-se no interior das competências judiciárias cada gênero de linguagem “funcional”, embocando, obviamente, em uma estrada errada. Os sintomas da inadequação de tais condições são percebidos de modo incisivo⁷⁶³.

No entanto, por que não cabe ao Poder Judiciário “eliminar” e sim “decidir” conflitos sociais? O fato de que o Judiciário tem como “função fundamental” a decisão de conflitos não quer dizer que a sua função seja a eliminação de conflitos. Assim, o conflito social representa um antagonismo estrutural entre elementos de uma relação social que, embora antagônicos, são estruturalmente vinculados – aliás, o “vínculo” é condição *sine qua non* do conflito. Portanto, se os elementos não são estruturalmente ligados, também não podem ser conflituosos ou divergentes. Nesse contexto, as funções (competências) do Poder Judiciário fixam-se nos limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos, ultrapassando os próprios limites estruturais das relações sociais. Não compete ao Poder Judiciário eliminar vínculos existentes entre os elementos – ou unidades – da relação social, a ele caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente este vínculo; podendo, inclusive, dar-lhe uma nova dimensão jurídica (no sentido jurisprudencial), mas não lhe “compete” dissolvê-lo (no sentido de eliminá-lo), isto porque estaria suprimindo a sua própria fonte ou impedindo o seu meio ambiente de fornecer-lhe determinados *inputs* (demandas)⁷⁶⁴.

Pormenorizando, é possível afirmar que a vida social gera as suas próprias relações. Se em qualquer uma destas relações sociais nascer um conflito e uma decisão sobre o mesmo for demandada ao Judiciário, este poderá dar uma sentença sobre aquele tipo especial de relação social. Por conseguinte, não é pelo fato do Judiciário decidir a respeito de divórcio ou separação, de uma ação de despejo ou

⁷⁶³ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 69.

⁷⁶⁴ BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 103.

homologar um dissídio coletivo entre patrões e empregados, que deixarão de existir vínculos familiares ou trabalhistas, convergentes ou divergentes⁷⁶⁵.

Conseqüentemente, o Judiciário funcionaliza (no sentido de que institucionaliza) ou processa conflitos sociais, mas suas decisões não eliminam relações sociais. Na verdade, ele decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com novas características, se manifestem ou que continue existindo a própria relação social enquanto relação social. O ato do Poder Judiciário interrompe apenas aquela relação conflitiva, mas não impede o desenvolvimento de outras tantas. Não cabe ao Judiciário eliminar o próprio manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado. Assim, ele funcionaliza os conflitos sociais, mas não a própria vida. O que se espera é que decida os conflitos que absorve, dados os graves riscos para a sua funcionalidade e para a própria sociedade⁷⁶⁶.

Não se pode perder de vista que os modos por meio dos quais um sistema social regula os conflitos que nascem no interior da sociedade são, de fato, muito diversos, mudam no tempo e no espaço, não são nada eternos⁷⁶⁷. Refugiam-se nos singulares sistemas sociais; dão eles próprios, por sua vez, complexos sistemas sociais. Somente em parte dependem do modo pelo qual se conflitam; às vezes ocorre o contrário, o modo pelo qual se briga e se conflita depende do modo pelo qual existem saídas para o conflito, os remédios (leis) são, então, dispostos cultural e socialmente⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell'avversario. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati perseguiti, il modo tipicamente competitivo d'intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: no esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso (COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, n. 9. 2004. p. 26).

⁷⁶⁶ BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. p. 104.

⁷⁶⁷ La cultura modela la forma en que los individuos entienden sus respectivos mundos sociales, clasifican la gente, evalúan las posibles acciones u sancionan ciertas respuestas y no otras. Los conflictos reflejan prioridades culturales pero también un matiz político, puesto que su control sobre la definición de acciones y actores legítimos favorece a cierta gente y grupos (ROSS, Marc Howard. *La cultura del conflicto*. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995. p. 254).

⁷⁶⁸ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 70.

A lei substitui a violência privada ou sacrificial, determinando posições e tornando-se exigível e coercível. A ordem e a segurança dependem, assim, não só da validade da solução adotada como do consenso entre as partes e, principalmente, da eficácia do seu aparato de coerção. Contudo, os contendentes podem não estar satisfeitos e as raízes do conflito não estarem extirpadas, mas a paz do Direito funcionará repousando sobre a sua capacidade impositiva. Como certos remédios, o Direito parece capaz de tratar, sobretudo, os sintomas e não as causas de um mal-estar⁷⁶⁹.

O circuito *conflito/remédio* é aquele no qual mais empenhado se torna o reequilíbrio ecológico. Os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficácia decorrente da falta de recursos; requerem-se aumentos consistentes destes pensando que, assim, os conflitos podem ser diminuídos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma incidência direta sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos⁷⁷⁰.

É claro que a regulação dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os “remédios” a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, o remédio age apenas sobre a ferida, não atacando a causa. É justamente nesse contexto que se faz necessário reportar ao problema do vínculo social exposto em Freud⁷⁷¹, definido pelo jogo das competições e rivalidades geradoras do conflito. Esses podem ser inter-individuais e/ou sociais (aqui encontramos os litígios étnicos, culturais, econômicos, bélicos, dentre outros), e, ao mesmo tempo em que rompem, reafirmam o vínculo social, merecendo regulação e decisão.

Desse modo, conforme Simmel⁷⁷², existe um conflito “comunitário” entre os litigantes, pois aquilo que separa, justificando o litígio, é também o que os une, uma vez que compartilham a lide. Não se pode, então, deixar de pensar nas palavras de

⁷⁶⁹ COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, n. 9. 2004. p. 25.

⁷⁷⁰ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 70-72.

⁷⁷¹ FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

⁷⁷² SIMMEL, G. *Sull'intimità*. Roma: Armando Editore, 1996.

Freud⁷⁷³, o qual aponta para a intensa competição entre irmãos, mas também confirma a união dos mesmos na empreitada de matar o pai. Esse conflito entre “irmãos” acontece nas mais diversas formas relacionais e pode, hoje, ser especificado em um jogo de palavras que envolve antônimos como paz-guerra, centro-periferia, norte-sul, desenvolvimento-subdesenvolvimento.

Na busca de tratamento da grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha poderão vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. É por isso que quem frequenta as salas dos tribunais reconhecerá, muitas vezes, no rosto neutro das partes, verdadeiros e próprios duelantes⁷⁷⁴ que estão ali a demonstrar com a sua presença e com seu comportamento processual - do qual muitas vezes também outros são cúmplices - que a verdadeira razão do conflito judiciário não é um direito controverso, mas é simplesmente a “contraparte”, como se diz na linguagem do processo. Cada motivo é supérfluo: as causas em matéria de separação e divórcio⁷⁷⁵, que não terminam nunca, mesmo quando são concluídas, são seu emblema mais evidente, tanto é verdade que, melancolicamente, a teoria sugere que somos adultos quando “litigamos bem”⁷⁷⁶.

Todavia, tratar o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que “quando se vai ao juiz se perde a face”⁷⁷⁷, uma vez que, imbuído

⁷⁷³ FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 1745-1851.

⁷⁷⁴ Nel duello nessuna delle parti può godere di un vantaggio iniquo: la sola ineguaglianza dev'essere quella tra il temperamento e l'abilità dei contendenti. Com'è ovvio, il duello presenta un esempio molto chiaro di istituto preposto alla risoluzione dei conflitti, governato da regole e rituali tradizionali oltre che da un ideale di equità procedurale (HAMPSHIRE, Stuart. *Non c'è giustizia senza conflitto. Democrazia come confronto di idee*. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000. p. 24).

⁷⁷⁵ O tratamento de conflitos na área de direito de família sempre foi alvo de estudos e debates. Sobre o tema, é importante a leitura de GORVEIN, Nilda S. *Divorcio y mediación – construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar*. 2. ed. República Argentina: Córdoba; HAYNES, John M. *Fundamentos de la mediación familiar como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia Ediciones, 1993; MARTÍN, Nuria Belloso. *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y león*. [s. l.]: Junta de castilla y león. 2006; ORTEMBERG, Osvaldo D. *Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos*. Buenos Aires: Biblos, 1996; YANIERI, Alcira Ana. *Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas*. Buenos Aires: Júris, 1994.

⁷⁷⁶ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 78-79.

⁷⁷⁷ É nesse contexto que Eligio Resta recorda o estudioso norueguês Eckhoff, que, no ensaio *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution*. *Acta Sociologica*, 1996. p. 158, avançava a hipótese de que nas culturas religiosas de tipo conciliatório, como o confucionismo, havia escassa propensão privada e baixa atenção pública à lide judiciária. Não é que ali não houvessem

do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força⁷⁷⁸. O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. “Para os juízes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto⁷⁷⁹”. Nestes termos, os juízes crêem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente, metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como o justo no litígio que vivem. A tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em comparar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes⁷⁸⁰?

Paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário, o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.

litígios, mas existe uma forte ligação entre a desvalorização do litígio e a interiorização dos preceitos religiosos. Diz que para a religião confuciana, “quando se vai ao juiz se perde a face”, quase que litigar seja pecado. Isto não ocorre nas culturas católicas nas quais, não obstante a ética do perdão e a proibição do ressentimento, recorre-se cada vez mais frequentemente ao juiz (RESTA, Eligio. // *diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 80).

Sobre o assunto, Warat acrescenta: “a noção de rosto foi trabalhada entre nós por Levinas, que revela o que não se pode conhecer do outro, o inacessível, ao qual podemos nos aproximar por intelecção sensível, não por interpretações racionais. O acesso ao rosto não é perceptivo, não é intencional, dá-se longe do conhecimento. É uma aproximação do outro a partir de nosso próprio corpo, e não a partir de lugares de saber, lugares de conhecimento ou modelos de significado. O rosto é o que eu chamo de reserva selvagem ou reserva de sensibilidade. [...] O rosto pode também ser entendido como a força moral do outro. A resistência do outro não nos faz violência, não se abre negativamente; tem uma estrutura ética positiva. É o limite à onipotência do ser.” (WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1. p. 145).

⁷⁷⁸ FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

⁷⁷⁹ Esse assunto foi um dos objetos de análise do terceiro capítulo.

⁷⁸⁰ WARAT, op. cit., p. 151.

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno⁷⁸¹, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Existem outros mecanismos de tratamento das demandas, podendo-se citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Tratam-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem diferentes, porém não estranhos ao Judiciário, operando na busca da “face” perdida dos litigantes numa relação de cooperação pactuada e convencionada, definindo uma “*justiça de proximidade* e, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios⁷⁸²”.

Na busca por uma justiça mais próxima - não em termos geográficos, econômicos ou sociais, mas em termos que signifiquem autonomização e responsabilização do cidadão pelas decisões dela vertidas – a mediação pode surgir como um “um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo”. Essa verdade⁷⁸³ deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus” na tentativa de “descoberta da verdade que é só imaginária”⁷⁸⁴. A ciência e o pensamento linear cartesiano têm como pressuposto evitar a dúvida, apontando o certo, o verdadeiro, o indubitável. Desse modo, as verdades científicas impossibilitam a indagação e o risco.

⁷⁸¹ O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais e propõe um espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade não é apenas um lugar “comum”, em cujo interior pode-se pensar o seu reconhecimento e tutela. Assim, ser homem e ter humanidade são coisas diferentes: ser homem não significa que se possua o sentimento singular de humanidade. O direito fraterno propõe uma auto-responsabilização (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. XI a XIII da introdução).

⁷⁸² RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 82-83.

⁷⁸³ A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário, na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 146).

⁷⁸⁴ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1. p. 18.

A procura da verdade, nos termos da ciência mecanicista⁷⁸⁵, é, por si mesma, violenta. Traduz-se numa forma de manipulação do mundo e dos outros. Ninguém pode prever o real, ninguém sabe o que vai acontecer; por isso, as verdades como momentos previsíveis do saber da ciência são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares comuns de medo, com as quais pretendemos dotar “de sentido o sentido da existência”⁷⁸⁶.

É por isso que precisam ser pensados outros mecanismos de tratamento dos litígios, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que trabalhe com a concepção de auto-regulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição.

5.5 Entre o tradicional e o inovador: o tratamento de conflitos e as práticas de ADR

O contexto cultural contemporâneo fomentou e, principalmente, determinou o surgimento de outras práticas de tratamento de conflitos de modo responsável – por indivíduos, organizações e comunidades –, possibilitando o diálogo e promovendo uma mudança de paradigmas⁷⁸⁷. Essas práticas se conduzem em caminho diverso

⁷⁸⁵ Dove c'è intersecazione tra vero e possibile, il metodo scientifico, si sa non da oggi, perde il riferimento e si auto-descrive come qualcosa di diverso, ad esempio, come mercato delle idee definito dall'immediatezza degli scopi e, nel migliore dei casi, “deciso” e regolato dall'autorità della comunità scientifica. La delega operata dal diritto alla verità scientifica ha funzionato fin quando le intersecazione non erano forti e dove il modello “positivistico” era in grado di placare le indecisioni. Il modello tecnocratico che ne derivava finiva per ribadire che *scienze speaks truth to power*, essendone essa l'unica detentrica e la sola legittima portavoce: il diritto visi rimetteva neutralizzando la propria debolezza insita nell'infinito delle Humanities, dove, peraltro, era più facile occultare le background ideologies (RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: *Politica del Diritto*. Bologna: Il Mulino. Anno XXXV, n. 3, settembre, 2004. p. 397).

⁷⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3. p. 117-18.

⁷⁸⁷ Cabe ressaltar que o terceiro capítulo já discutiu o paradigma da atual cultura jurídica, fazendo-lhe uma crítica e apontando as suas deficiências. Aqui, o que se pretende abordar é um novo paradigma no tratamento de conflitos, não necessariamente atrelado ao Estado e ao Poder Judiciário. Naquele momento, a palavra paradigma foi utilizada (segundo Thomas Kuhn) como uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, determinando os problemas a serem utilizados e o

daquele até então privilegiado pela cultura jurídica que funcionava em torno de uma lógica determinista binária, na qual as opções estavam limitadas a “ganhar” ou “perder”. Essas práticas passam a observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando as opções de “ganhar conjuntamente”, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado.

Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR)⁷⁸⁸, cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial⁷⁸⁹. Conceitualmente, trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos através do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e a maneira como cada uma percebe as relações entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas⁷⁹⁰. As práticas de ADR possuem inúmeros pontos positivos, dentre os quais aliviar o congestionamento do Judiciário, diminuindo os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso à justiça; incentivando o desenvolvimento da comunidade no tratamento de conflitos e

tipo de solução admitida. Tratava-se de um paradigma científico que poderia conduzir à certeza e ao previsível, que trabalhavam com marcos universais unificadores e com visões inclusivas, sem espaço e conhecimento para lidar com o espontâneo e o inesperado. Agora, quando se discute um “novo paradigma” ou uma “mudança de paradigmas”, o enfoque que se pretende dar é aquele que atende à noção de complexidade social, partindo do pressuposto de que o tempo possui papel inovador e criativo desde que se possa observar o caos como fonte unificadora, a aleatoriedade, a complexidade e a novidade como oportunidades de construir nosso lugar ativamente e o conhecimento como um processo construtivo gerador. Assim, pode-se resumir dizendo que a estratégia é trabalhar coparticipativamente na complexidade e na incerteza (Vide MORIN, Edgar. *Epistemología de la complejidad*. In: SCHINITMAN, Dora Fried. *Nuevos paradigmas. Cultura e subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1994. p. 421-442; PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, I. *La nouvelle alliance: Métamorphose de la science*. Paris: Gallimard, 1979; BRUNER, Jerome. *Realidad mental y mundos posibles*. Barcelona: Gedisa, 1988; SCHINITMAN, Dora Fried, *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In: SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999. p. 17-27).

⁷⁸⁸ Contudo, a quase totalidade dos autores reconhece a impropriedade da expressão “alternativa de resolução de disputas”. Alternativa a quê? Presumivelmente se faz referência ao mecanismo judicial de resolução de disputas. Então, a palavra alternativa, que tem suas raízes no latim (*alter* = “o outro”), e que significa a sucessão de duas coisas mutuamente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo. Que outro? A ADR tem sido usada para designar vários mecanismos de resolução de disputas, afora o Judiciário, o que por si só revelaria impobridade da expressão (SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 81).

⁷⁸⁹ Sobre o tema, vide VILAR, Sílvia Barona. *Solución extrajudicial de conflictos alternativa dispute resolución (ADR) y derecho procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

⁷⁹⁰ NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. *Systematic analysis in dispute resolution*. New York: Quorum Book, 1991. p. 8 et seq.

disputas⁷⁹¹; sendo que, principalmente, elas possibilitam um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos, no qual reside a sua importância.

Essas estratégias (que fogem do código binário ganhar/perder) permitem aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas – mesmo que na diferença -, incrementar diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades que possam/queiram comprometer-se responsabilmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão. Os acordos/arranjos alcançados através dessas metodologias apresentam resultados efetivos que permitem considerar – e em muitos casos resolver – disputas e diferenças, permitindo aos participantes elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. É nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível⁷⁹².

Porém, antes de escolher o método de solução/administração/resolução/tratamento⁷⁹³ dos conflitos, é preciso diferenciá-los, objetivando uma escolha apropriada. Quando alguém faz referência à solução de um conflito, entende-se que ele será extinto, não importando como esse processo ocorrerá: de forma legítima ou ilegítima, legal ou ilegal. O objetivo é pôr fim ao conflito criando um estado de uniformidade de propósitos ou meios que significará a

⁷⁹¹ No entanto, existem algumas críticas quanto às formas alternativas de resolução de disputas, tais como: a) *o comum desequilíbrio de poder entre as partes*, pois a maioria dos conflitos envolve pessoas com posições econômicas diferentes, o que acaba por influenciar a parte com menos poder a acordar por falta de recursos; b) *o problema da representação* que, muito embora estes mecanismos pressuponham indivíduos agindo por si mesmos, por vezes, os advogados ou representantes das pessoas jurídicas, grupos ou organizações então constituídos, firmam acordos que não são os que melhor atenderiam aos interesses de seus clientes, subordinados, membros, etc; c) *a falta de fundamento para a atuação judicial posterior*, a qual, segundo os críticos, faz crer que a resolução alternativa minimiza o juízo a um remédio e erroneamente supõe que o acordo realizado pelas partes agirá como um substituto da sentença, pondo fim ao processo. Assim, quando as mesmas solicitarem alguma modificação ou decisão, o juiz estará limitado pelos pactos de decisões já firmadas; d) *a justiça deve prevalecer antes que a paz*, afirmam os críticos. Considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional à mera resolução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça (Ver a respeito, BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre, *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992. p. 16-17 e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 109).

⁷⁹² SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999. p. 17-27.

⁷⁹³ Conforme a introdução, a opção foi por fazer referência sempre ao “tratamento” de conflitos por considerar esse termo mais adequado. Porém, aqui se pretende diferenciar “tratar” de solucionar, administrar, etc. Por isso a utilização de tais palavras.

sua morte⁷⁹⁴. A mãe conclama a decidir com quem fica o controle remoto da televisão ao designá-lo para um dos filhos ou retirá-lo de circulação, dá uma solução para o conflito, ainda que ele continue latente entre os irmãos. A sentença judicial, de outro lado, promove, em tese, o equilíbrio de poder e determina um ganhador ou um perdedor, e também soluciona o conflito⁷⁹⁵, mesmo que a “solução” seja passageira e possa vir a dar origem, posteriormente, a uma nova demanda judicial. Os métodos de solução vão desde a simples desistência da disputa, numa extremidade, até a violência, na outra. O objetivo, todavia, desses meios é comum: não é o resultado positivo ou negativo do conflito, mas, sobretudo, seu fim⁷⁹⁶.

A administração do conflito, por sua vez, somente realinha ou converge os propósitos ou meios para submeter as forças opostas a um acomodamento. Ocupa-se em neutralizar os choques e minimizar os danos que a situação pode provocar. Uma empresa, através de seu administrador, pode protelar, mediante novos compromissos ou estabelecimento de alguma compensação, o pagamento a seus credores. A administração do conflito não exige identidade de propósitos, métodos ou processos voltados para um resultado positivo do conflito, nem atenta para o alinhamento de interesses e forças. Demanda atos que, simplesmente, permitam a continuidade do relacionamento das partes, sem interferir ou atuar no litígio propriamente dito⁷⁹⁷.

Já a resolução⁷⁹⁸ trabalha com a manipulação das relações sociais por meio de técnicas de interação, objetivando restaurar essas relações em nível de legitimidade. Não determina necessariamente mudanças de valores ou modelos sociais, nem significa uma solução permanente. Diferente da administração ou da solução de conflitos, que podem ou não perdurar até que outros fatores desencadeiem um novo

⁷⁹⁴ FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Washington: San Francisco: Londo: Jessey Bass Publishers, 1984. p. 25.

⁷⁹⁵ Le parole del giudice, che dice il diritto, sono quelle definitive, sono le ultime parole tra le parole dei contendenti. Non c'è altra virtù nel processo giudiziario che dire l'ultima parola ingannando la cattiva infinità delle liti (RESTA, Eligio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004. p. 370).

⁷⁹⁶ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 51.

⁷⁹⁷ Ibidem, p. 52.

⁷⁹⁸ De todas as expressões anteriormente vistas (solução, administração, gestão, etc), “resolução” é aquela que mais se aproxima – conceitualmente – de “tratamento”, meio escolhido no presente trabalho para designar as estratégias propostas para lidar com a realidade conflitiva atual. A escolha se deu com base em Norberto Bobbio e José Luis Bolzan de Moraes. Nesse sentido, ver nota de rodapé 01.

conflito⁷⁹⁹. Nestes termos, a resolução não se limita a aliviar as tensões e contemporizar os problemas, ela não só dissolve o litígio, e com ele as suas relações, mas, principalmente, reestrutura o momento conflituoso em bases próprias⁸⁰⁰.

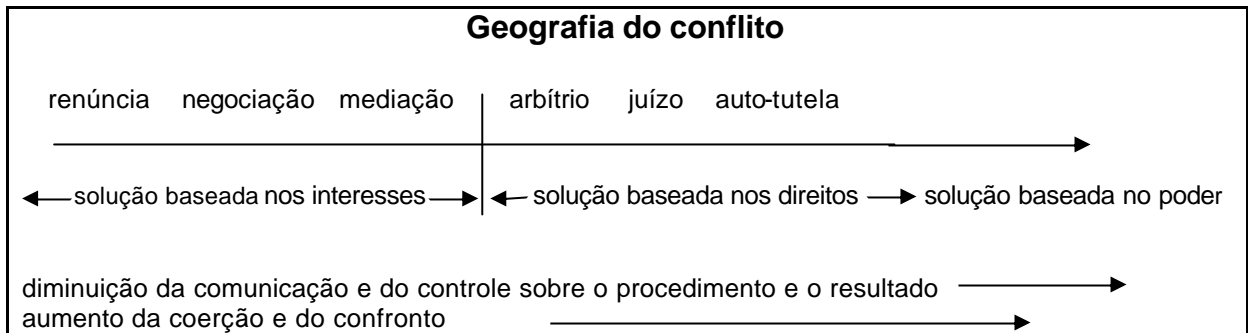
O Poder Judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (dificilmente de tratamento), porém não o único e com certeza não é o mais democrático. Giovanni Cosi sintetiza os principais modos de gestão conflitual no contexto de uma sociedade através de um esquema que chama de “geografia do conflito”. Da esquerda para a direita, numa perspectiva de diminuição do controle direto sobre a gestão do conflito e de seus resultados, observa-se o aumento da dureza do confronto, sendo que as partes podem: renunciar unilateralmente⁸⁰¹; manter aberta a comunicação e iniciar autonomamente uma negociação bilateral; tentar uma conciliação/mediação com a assistência de um terceiro neutro; submeter-se à decisão de um árbitro designado por elas; submeter-se à sentença de um juiz imposto pelo ordenamento; ou, finalmente, confrontar-se mediante força física para verificar quem detém o maior poder⁸⁰².

⁷⁹⁹ HAYNES, J. M.; GRETCHEN, L. *Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations*. San Francisco: Jossey Bass, 1989. p. 237.

⁸⁰⁰ Porém, no presente contexto preferimos utilizar a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, uma vez que, conforme o já exposto na introdução, entende-se que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Conseqüentemente, parte-se do pressuposto que a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, buscando uma resposta satisfativa.

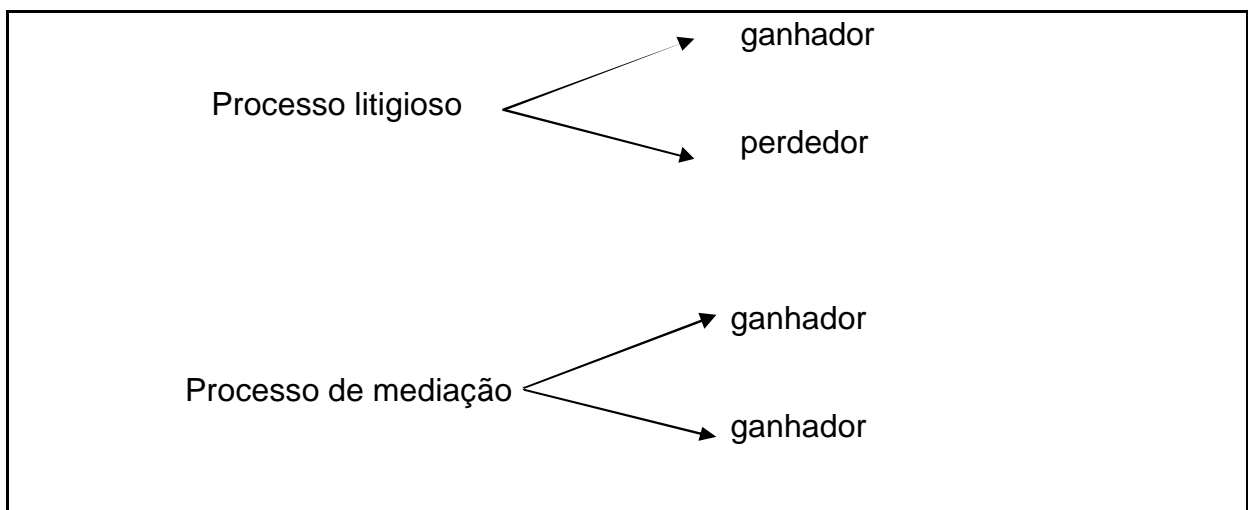
⁸⁰¹ A desistência das questões é a primeira maneira de resolução dos conflitos, tratando-se, principalmente, de uma forma de evitá-lo. É o modo mais simples e, de certa forma, o menos dispendioso. Implica na aceitação das questões de acordo com o ponto de vista do opositor, sem qualquer discussão com relação à veracidade dos fatos, sua legalidade ou quanto à precisão dos dados que envolvem o conflito. Ela possibilita a continuidade do relacionamento e as partes têm absoluto controle sobre o resultado do conflito (SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 54).

⁸⁰² COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione*. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003. p. 11.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 11

Contudo, para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo⁸⁰³. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.



Fonte: BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 51.

⁸⁰³ Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le valutazioni che lo qualificano come “utile” o “inutile”, “positivo” o “negativo”, e simili (COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 10).

Tratando-se de procedimentos informais, particulares e muitas vezes confidenciais, os métodos de tratamento de conflitos estabelecem uma ordem consensuada contrária àquela solução imposta pelo Poder Judiciário e que, na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio. Na ordem consensuada, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado. É um procedimento autônomo, uma vez que estipulam suas regras, e informal, no sentido que não seguem prescrições ou modelos prontos (ao menos aparentemente). Já na ordem imposta, as partes possuem um controle limitado sobre o procedimento e o seu êxito. As regras procedimentais são impostas e impera a formalidade⁸⁰⁴.

Métodos de tratamento de conflitos

<p>Ordem consensuada: as partes decidem que seja o seu acordo a pôr fim ao conflito Características: autonomia, informalidade Exemplos: negociação, mediação, conciliação</p> <p>Ordem imposta: as partes delegam a uma terceira pessoa a decisão do conflito Características: heteronomia, formalidade Exemplos: arbítrio, juízo, legislação</p>

Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 18.

Assim, a ordem consensuada utiliza mais de uma estratégia no tratamento de conflitos, baseando-se, principalmente, na sua diferenciação para estabelecer a mais adequada. Destas estratégias, a negociação aparece como um procedimento muito comum na vida do ser humano, utilizado desde a tenra infância, quando a criança negocia um brinquedo. Ela acontece a qualquer tempo e lugar, e antes de ser “um fato jurídico”, é um acontecimento natural⁸⁰⁵.

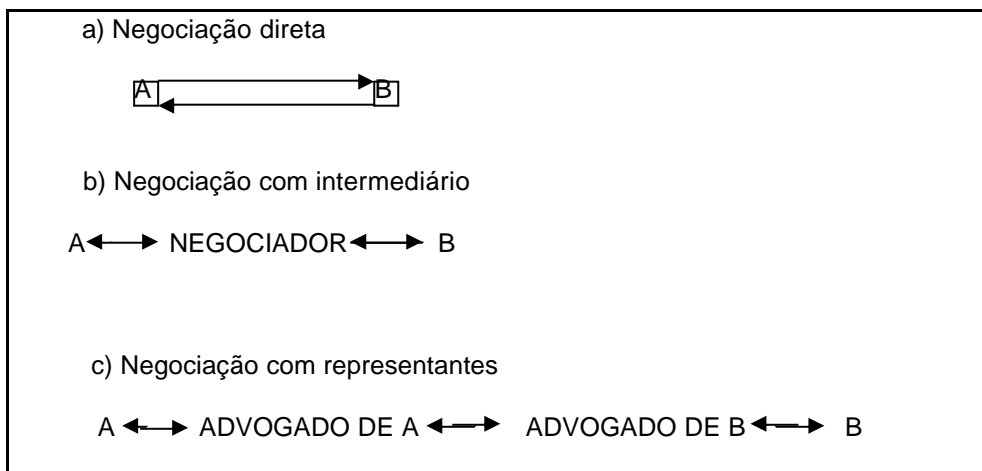
Na negociação, as partes chegam ao tratamento do conflito satisfatoriamente por meio do método da autocomposição. Nela não se desencadeia a participação de

⁸⁰⁴ COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 18-19.

⁸⁰⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

terceiros, tratando-se de um processo no qual os envolvidos entabulam conversações no sentido de encontrar formas de satisfazer os seus interesses⁸⁰⁶.

Já a negociação direta é o modo mais completo e complexo, requerendo um grande investimento pessoal quanto ao envolvimento direto das partes e sua responsabilidade pelo resultado. Além disso, implica um engajamento conjunto no processo e comprometimento com as decisões. É um processo informal e, por isso, são considerados todos os fatores (psicológicos, socioculturais, legais, etc) que envolvem o conflito e eventualmente emergem na negociação. O processo de negociação direta possui cinco estágios: 1) identificação do problema; 2) comunicação a pessoas envolvidas no problema; 3) desenvolvimento e apresentação de possíveis soluções; 4) decisão alternativa; 5) ação de resolução (verificação do procedimento final a ser acatado e posterior ação de cumprimento da decisão)⁸⁰⁷.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 23.

A negociação pode ocorrer de forma direta⁸⁰⁸, conforme esquema a), de uma maneira considerada cotidiana, no qual as partes mantêm aberta a comunicação e

⁸⁰⁶ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 108.

⁸⁰⁷ Ibidem, p. 53.

⁸⁰⁸ Sobre o assunto, Warat salienta que a mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida. E, se não assistida, nunca poderia ser nomeada mediação. O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais. Isso exige, sempre, a presença de um terceiro que cumpra as funções de escuta e implicação (WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 57-58).

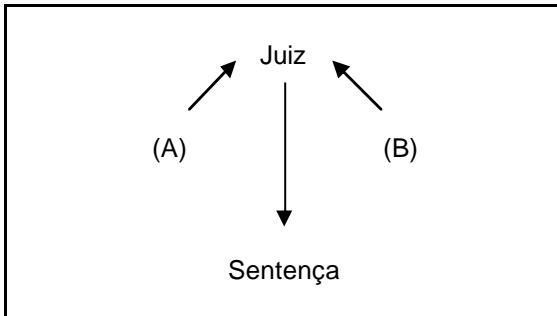
administram os seus conflitos de modo autônomo e informal; todavia, a negociação pode se dar também com o auxílio de negociador. Segundo o esquema b), pode dar-se uma relação mais complexa, normalmente quando as partes já não possuem condições de entabular a comunicação direta, sem o auxílio de um intermediador que fará o trabalho de porta voz de ambas, levando e trazendo as propostas; por fim, a negociação pode ocorrer de acordo com o esquema c), no qual pode-se avistar a típica representação de um conflito administrado por advogados. Nele, a situação se torna ainda mais complexa: a parte A fala ao seu advogado que escreve ao advogado da parte B, que fala com B, e vice-versa. Essa técnica é lenta e custosa e, principalmente, representa uma probabilidade maior de envolver-se na estrutura decisional típica da nossa sociedade: o processo.

A representação nada mais é do que a delegação de poder para promover a negociação. Consiste no ato de transferir a terceiros o poder de atuar em prol dos interesses envolvidos no conflito. Nela, a parte perde o controle das decisões, porque a negociação como representante também é um processo dinâmico e criativo. No seu desenrolar surgem muitos fatores não previstos. A dificuldade da representação se resume no fato de que, por mais poder que seja delegado, este será sempre limitado.

O julgamento é o modo tradicional de tratamento de conflitos. Como instituição, os tribunais têm desempenhado esse papel, sendo que o Direito e as leis têm sido os instrumentos norteadores das questões conflituosas. O tratamento se dá mediante um processo judicial no qual o terceiro interventor tem poder de decisão.

O tratamento de conflitos através do processo junto ao Poder Judiciário aponta para a presença de uma terceira pessoa: o juiz, que, mesmo não sendo escolhido pelas partes, julga o processo, pondo fim (aparentemente) ao litígio. As partes não se comunicam entre si e nem com o juiz. Este, sim, se comunica com as partes, colhe informações que lhe parecem necessárias para formar sua convicção e, finalmente, julgar. O produto do processo judicial é a sentença, que define um vencedor e um perdedor. Os envolvidos A e B são postos entre parênteses porque nessa fase do conflito a sua presença é considerada quase supérflua: o papel principal é desenvolvido pelos advogados e pelo juiz, que debatem o problema em

termos técnicos. O procedimento é formal e heterônomo; a sentença foge ao controle das partes⁸⁰⁹.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 24.

Nesse contexto, o juiz é capaz de, mas também é obrigado a, “resolver” todos os conflitos, e não somente aqueles que são previstos por uma deliberação legal específica. A proibição do *non liquet* é, então, algo mais do que uma previsão processual; além de ser diretiva da ação para o juiz, é também o princípio-chave da legalidade moderna, mas aqui também é o problema, o qual funciona como cláusula de fechamento sistêmico. A legalidade assume, desta maneira, um caráter onicompreensivo e um pouco totalizante. Aquele princípio indica competência, mas também exercício obrigatório de uma função resolutive: o juiz deve, contudo, decidir os conflitos em cada caso, porque o sistema social não suportaria a má infinidade das lides⁸¹⁰.

Ninguém nega o valor do processo judiciário no caminho da legalidade moderna, todavia, disso inferir a perenidade do “monopólio estatal da jurisdição” e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito, obviamente, é algo que não se cogita⁸¹¹.

⁸⁰⁹ COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 25.

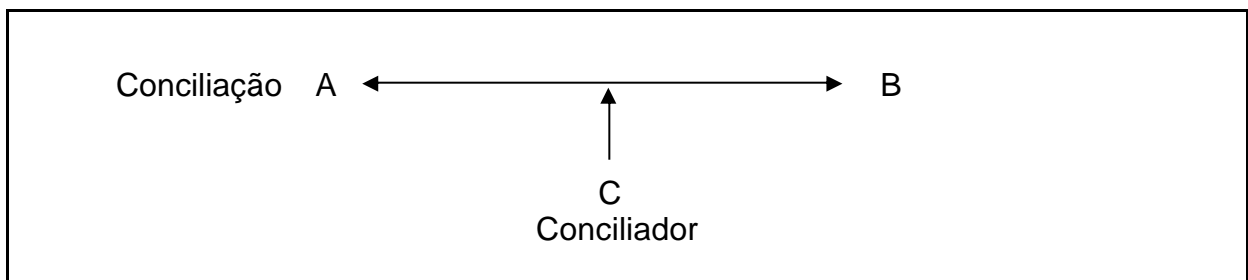
“O Modelo Conflitual caracteriza-se pela oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos e a atuação de um terceiro encarregado de “dizer” (declarar) a quem pertence o Direito – é o modelo tradicional triádico de Jurisdição” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 113-114).

⁸¹⁰ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 81.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 81.

Dentro do procedimento Judiciário, ou fora dele, a conciliação é também uma forma de tratamento de conflitos. No Brasil, ela é exercida por força de lei, conforme os arts. 125, IV⁸¹² e 447⁸¹³ do CPC, que prevêm sempre a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais. Por outro lado, o conciliador privado nasce com a lei 9.958/00. Esse conciliador é eleito pelos trabalhadores das empresas para compor comissões intersindicais de conciliação; neste caso, escolhidos por sindicatos dos trabalhadores e patronais.

Mas a diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, se resolve o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo⁸¹⁴.



Fonte: ALMEIDA, Tânia. *Mediação Transformativa*. Palestra do 22º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar. Gramado: 1996.

A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão sem ter um papel ativo⁸¹⁵. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação

⁸¹² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

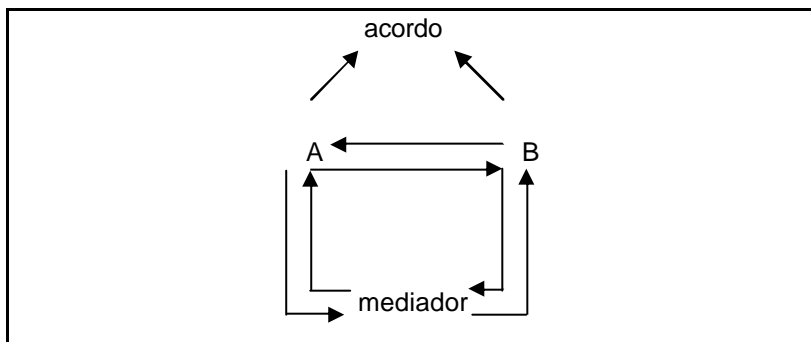
⁸¹³ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para fins em que a lei consente à transação.

⁸¹⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 38.

⁸¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 135.

pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este apresenta total satisfação dos mediados.

A mediação⁸¹⁶, como ética da alteridade⁸¹⁷, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio⁸¹⁸.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 26.

Na mediação, a autocomposição está referida na tomada das decisões. Fala-se de autocomposição na medida em que as mesmas partes envolvidas no conflito assumem o risco da decisão que corre por conta dos árbitros, da mesma forma que esse risco é assumido pelos magistrados no momento em que se decidem, judicialmente, os litígios⁸¹⁹.

⁸¹⁶ É importante dizer que a mediação será objeto de análise mais profunda no próximo capítulo.

⁸¹⁷ Sobre alteridade, Warat escreve que “falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo e a nós mesmos... Enfim, é a alteridade, a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro... nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgando aos modos de dizer do direito, no litígio” (WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 62).

⁸¹⁸ Ibidem, p. 54.

⁸¹⁹ Ibidem, p. 59.

O acordo resultante da mediação pode ou não ter força executiva. Se ele não for escrito e posteriormente levado à homologação judicial (art. 475, “n”, inciso III e IV⁸²⁰ CPC) ou reduzido a termo, assinado pelas partes e por duas testemunhas, caracterizando, assim, um título executivo extrajudicial (art. 585, II⁸²¹ CPC), ele não possuirá força executiva.

Já na arbitragem, as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências. Ao contrário da negociação e da mediação, nelas as partes não possuem o poder de decisão que se encontra com o árbitro. No Brasil, a lei 9.307/96⁸²² estabeleceu que as pessoas capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, podendo os envolvidos escolherem um árbitro de sua confiança para decidi-lo⁸²³.

O árbitro é o juiz de fato e de Direito e a decisão arbitral não é sujeita à homologação ou passível de recurso ao Poder Judiciário. O cumprimento da decisão é obrigatório. O árbitro deve ser um técnico ou um especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. A ele se atribui o poder do juiz e sua decisão é soberana.

⁸²⁰ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

...

III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV - a sentença arbitral;

⁸²¹ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

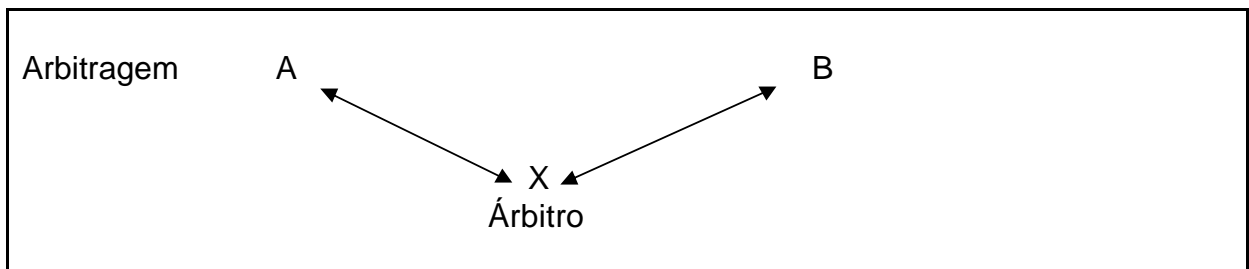
...

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados transatores.

⁸²² A lei brasileira de arbitragem pode ser melhor analisada em: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996; MOREIRA TEIXEIRA, Paulo César. *A nova arbitragem cometários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997; MUJALLI, Walter Brasil. *Juízo arbitral a nova lei de arbitragem cometários e legislação*. São Paulo: Led, 1997; PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem cometários à lei 9.307, de 23-09-98 revogações dos artigos 1.037 a 1.048 do código de processo civil*. Leme: Led, 1997; TEIXEIRA, Elza Spanó. *Comentários e práticas forense da arbitragem lei nº 9.307, de 23.09.96*. Leme: Led, 1997; KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem conceito e pressupostos de validade de acordo com a lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997.

⁸²³ Sobre a arbitragem, é importante a leitura de CAIVANO, Roque J. *Arbitraje su éficácia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, [s. d.]; CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998; FIUZA, César Augusto de Castro. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995; LERA, Sílvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamblona: Aranzadi, 1998; LIMA, Cláudio Viana de. *Arbitragem a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994; RODRÍGUES-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991; ROSSANI GARCEZ. *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997; STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTR, 1996; ZUDDAS, Goffredo. *L'arbitraggio*. Napoli: Jovene Editore Napoli, 1992.

Assim, na arbitragem, a autocomposição não incide devido à presença de um terceiro que decide. A autocomposição relativa pode estar presente na arbitragem nos momentos em que o árbitro convoca as partes para uma conciliação, ou solicita-lhes a colaboração conjunta na reconstrução do relato que precisa ouvir para tomar a decisão arbitral. Porém, em nenhuma circunstância, as partes, na arbitragem, se autocompõem para decidir o conflito⁸²⁴.



Fonte: ALMEIDA, Tânia. *Mediação Transformativa*. Palestra do 22º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar. Gramado: 1996.

Concluindo, verifica-se uma grande afluência de práticas de tratamento de conflitos cuja proposta difere daquela oferecida pelo Judiciário. As práticas de ADR têm como escopo entender os sujeitos enquanto co-construtores de suas realidades, transitando por um caminho entre o existente e o possível. A proposta consiste em passar de uma visão do conhecimento hegemônico como reflexo do mundo, a uma visão diferenciada na qual o conhecimento e as práticas sociais elaborem uma realidade não mais unidimensional, mas multidisciplinar. Essa nova realidade atravessa fronteiras, trabalha com a diferença (enriquecendo-se com ela), envolve-se no conflito, dissolve-o, literalmente “suja as mãos”⁸²⁵ para fins de alcançar um tratamento qualitativamente adequado, restabelecendo a comunicação perdida entre os conflitantes.

⁸²⁴ WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 58-59.

⁸²⁵ Essa expressão é cunhada por Eligio Resta ao fazer referência ao trabalho desenvolvido pelo mediador, dizendo que a ele cabe “sporcare le mani”, sujar as mãos, afirmando que não se pode tratar conflitos à distância, sendo necessário envolver-se (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005).

6 A INSTITUIÇÃO DO CONSENSO NA COMPLEXIDADE SOCIAL CONTEMPORÂNEA: A MEDIAÇÃO COMO PRÁTICA COMUNICATIVA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS

É o próprio modelo conflitual de jurisdição – caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repropõem em pauta a idéia do consenso como instrumento para a solução de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo: a jurisconstrução⁸²⁶.

Todas as relações (complexas e multifacetadas) da sociedade atual experimentam conflitos em determinado momento. Porém, o conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional. Conforme já afirmava Simmel⁸²⁷, ele é um fato da vida que existe quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos incompatíveis entre si. No entanto, se o conflito vai além do comportamento competitivo, delineando-se a intenção de infligir dano físico ou psicológico ao oponente, assume uma dinâmica negativa que deixa de conduzir ao crescimento, deflagrando a necessidade de procedimentos eficientes para tratá-lo. Tais procedimentos podem ser judiciais e extra-judiciais, incluídos nesses últimos algumas práticas de ADR visitadas no capítulo anterior.

Dessas práticas de tratamento de controvérsias, uma, em especial, baseará o presente capítulo: a mediação. Considerada como uma arte, “a arte de compartilhar”⁸²⁸, sua análise terá como fio condutor o restabelecimento da comunicação entre as partes, sem a imposição de regras, auxiliando-as a chegar a um reconhecimento recíproco que produza uma nova percepção do conflito. Nestes termos, ainda que

⁸²⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 126-127.

⁸²⁷ Sobre o tema vide capítulo anterior.

⁸²⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 40.

no primeiro momento o instituto da mediação seja conceituado e sejam discutidos os seus objetivos principais, não é intenção fazer digressões sobre suas características e a formação do mediador. Deixa-se, pois, de apontar modelos de como “fazer” ou “não fazer mediação”, primeiramente porque se entende que qualquer “engessamento” na rotina das práticas de mediação não é condizente com sua proposta inicial, que é justamente a informalidade, o acolhimento da diferença e da diversidade. Por outro lado, entende-se que as discussões quanto a um “roteiro” de atividades a serem seguidas na mediação e por seus praticantes encontram-se esgotadas, existindo um acervo considerável de livros e artigos a respeito. Conseqüentemente, a proposta é discutir a mediação tomando por base seu referencial teórico enquanto meio de restabelecimento da comunicação rompida, objetivando alcançar um consenso entre as partes.

A mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de trabalho é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos, reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

Justamente por não trabalhar com uma matriz cuja base principal seja a formalidade e a ordem (aqui considerada como regramento estatal imposto), a mediação é alvo de duras críticas, sendo apontada como meio de fomentar o desequilíbrio entre os conflitantes, abrindo as portas para a coerção e a manipulação por parte do mais forte. Nesse sentido, um dos pontos de debate no presente capítulo são as críticas tecidas em torno da mediação (enquanto prática informal de tratamento de conflitos) e da figura do mediador (enquanto “meio” que auxilia as partes estando “entre” elas e não “supra”).

O que se propõe é pensar a mediação não apenas como meio de acesso à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário. Pretende-se “discutir mediação” enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a

reapropriação do problema, organizando o “tempo” e as “práticas” do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo⁸²⁹ os caminhos possíveis. Nesse interregno, o “tempo do processo” e o “tempo da mediação” serão discutidos numa perspectiva que considere as práticas diferenciadas de cada um e principalmente o fato de que “cada mediação é diferente e pede não somente tempo, mas um tempo próprio, diferente de uma outra mediação, com seu ritmo próprio. É justamente a arte do mediador de saber compor com o tempo, de fazer com que a mediação tenha êxito graças ao tempo⁸³⁰”.

Possuidora de uma cadência temporal própria, colocando-se “entre” as partes e agindo como instrumento de justiça social, a mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), possibilitando o entendimento mútuo e o consenso. O consenso⁸³¹ tem por base o fato de que toda sociedade suscetível de consistência e de duração supõe, de maneira contínua, a influência preponderante de um sistema prévio de opiniões comuns, próprio para conter o impulso impetuoso das divergências individuais. Sem esse sistema de opiniões prévias comuns, a tendência social é cair na anarquia, pela multiplicidade e pelo desencontro de opiniões. Assim, não se pode perder de vista que a noção de

⁸²⁹ O termo “jurisconstrução” é um neologismo jurídico criado por José Luis Bolzan de Moraes e que será objeto de maiores aprofundamentos no final do presente capítulo. Vide BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁸³⁰ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 148.

⁸³¹ Porém, para que se fale de consenso - obtido a partir das práticas comunicativas advindas da mediação -, é importante que ele seja diferenciado dos conceitos de obediência e de consentimento. Assim, a obediência consiste na aceitação ou reconhecimento de um mando, independentemente de seus motivos determinantes ou justificados. Para sua caracterização, se faz necessário dois critérios: a aceitação externa e formal do mando. Ela constitui um pressuposto do político. Para a essência do político, pouco interessa se essa obediência é consentida ou forçada, se é dirigida a um regime democrático ou obtida por um regime autocrático. Já o consentimento é um conceito mais complexo que se aplica aos planos distintos do fundamento do poder e do seu funcionamento. No plano do fundamento, o consentimento proporciona a justificação do mando ou da obrigação política; no plano do funcionamento, o consentimento opera como uma forma de participação ou de influência da comunidade no poder. No primeiro plano, o consentimento é uma força de obediência. O consentimento-aceitação é um sinal de legitimidade do poder como autoridade. A comunidade aceita espontaneamente o poder-autoridade, visando determinados fins básicos, porque essa estruturação e esses fins traduzem os valores mínimos fundamentais nela dominantes. Por fim, a noção de consensus é a condição da legitimidade, portanto do consentimento, no que concerne tanto ao fundamento do Poder, quanto ao seu funcionamento. Consensus, já vimos, é o acordo entre os membros da Comunidade, sobre as bases da ordem desejável (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002. p. 67-71).

consenso⁸³² não se limita à concordância sobre crenças, valores, normas e objetivos, devendo ser usada amplamente para representar interdependência ou interconexão das partes de um contexto social.

Ao discutir o consenso almejado pela prática da mediação, o que se objetiva é investigar os meios através dos quais se pode acessar a um consenso mínimo quanto: a) às práticas de mediação enquanto teses consensuais de tratamento de conflitos; b) aos limites e possibilidades relacionadas a uma esfera autônoma do agir comunicativo interpessoal; c) à estruturação de possibilidades de entendimento mútuo como meio de encontrar outras respostas ao poder estatal (jurisdição). É nesse contexto que o texto se apropriará da teoria habermasiana: como meio de explicitar as teses consensuais acerca da origem das sociedades, uma vez que, para esse pensador, a sociedade existe porque resulta de um possível entendimento entre os sujeitos através da linguagem, já que toda a comunicação objetiva a busca de acordo⁸³³.

Assim, trabalhar com a teoria da ação comunicativa significa buscar uma substituição da razão prática pela razão comunicativa, indo além de uma subjetividade solipsista que objetive a colonização do mundo da vida superada pelo “desassujeitamento” e que ultrapasse a perspectivas do processo tradicional/estatal, alcançando uma outra perspectiva mediante novos procedimentos que possibilitem um salto em termos de autonomização das partes.

Além disso, a discussão se centrará na heterogenidade e diferença dentro da realidade jurídica, indicando eficientes canais de comunicação e mediação entre o

⁸³² A imprecisão do termo consenso é apontada por Horowitz, que demonstrou seu uso pelos defensores da teoria sociológica em vários sentidos diferentes, entre os quais se pode citar: a) ajustamento da dissensão social; b) acordo entre o papel de um comportamento e o papel dele esperado; c) crenças comuns, que ultrapassam as fronteiras dos grupos; e d) uma visão comum concernente à identidade ou congruência de desinteresses (HOROWITZ, I. L. Consensus, conflict and cooperation: a sociological inventory. In: *Social Forces*, n. 41, dez. 1962). Para a construção do presente texto, interessa mais a concepção de consenso enquanto meio de ajustamento da dissensão social, não obstante os demais aspectos serem mencionados.

⁸³³ Importa ressaltar que não serão abordados assuntos polêmicos, tais como os antagonismos entre procedimentalismo e hermenêutica, ou entre o nível hermenêutico e o nível aponfântico, especialmente apontados por Lênio Luiz Streck na obra “Verdade e Consenso”. A discussão ali entabulada, acalorada e rica, merece uma discussão muito mais profunda, que não poderá ser realizada em um item isolado. Assim, em função das limitações de tempo e espaço e, principalmente, em função dos recortes que dimensionam o contexto do presente trabalho, a opção foi em não se embrenhar por tais caminhos. Vide STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2006.

Direito e a sociedade; libertando-se das tentações de estabelecer dogmaticamente os critérios de decisão que se deve seguir na prática jurídica; oferecendo ao Direito um procedimento que consiga dar conta da complexidade social, criando outras possibilidades para o tratamento dos conflitos.

Nessa mesma esteira, o consenso político será visitado a partir do contratualismo clássico, que pressupõe a concordância unânime em torno do contrato social, o qual constitui como seu primeiro efeito o próprio corpo político. Nestes termos, a análise se conduzirá por pontos específicos que dizem respeito ao consenso “induzido” da visão hobbesiana como meio de ajustar a dissensão social partindo do Estado como detentor do monopólio da violência legal, em cujo cenário ocorre a conseqüente “participação normatizada” do cidadão. Paralelamente, serão abordadas as práticas da mediação como estratégia para alcançar o consenso entre os atores sociais através da sua “participação consensualizada”.

6.1 A mediação enquanto arte “de estar no meio”: o compromisso com a alteridade

É possível dizer que as duas últimas décadas do século passado foram as da mediação. Especialmente entre os anos de 1980 a 1990, se pode vislumbrar a sua explosão: em todos os lugares falava-se de mediação. O que ocorreu foi a banalização do termo, utilizando-o para todo propósito, a torto e a direito. Todavia, a função “mediação” não se exprime somente nas relações interpessoais, mas naquelas que cada um pode ter com as instituições e, entre outras, com as administrações destas últimas. Assim, não há somente o emprego – bastante intempestivo – do termo “mediação”; existe uma preocupação cada vez mais expressa de achar meios para responder ao problema real: uma enorme dificuldade de se comunicar; dificuldade esta paradoxal numa época em que a mídia conhece um extremo desenvolvimento. Entretanto, a multiplicação de mídias não é sinônimo de real “mediação”. O emprego múltiplo desta palavra – e de seu conteúdo –

testemunha, no final das contas, a necessidade imperiosa, hoje, de situar a mediação na nossa sociedade, de inseri-la, e profundamente⁸³⁴.

Nesse contexto, no qual a necessidade de comunicação se demonstra constante, permeado por partes que não conseguem restabelecer o liame perdido, rompido pelo litígio (cuja conseqüência é a necessidade de uma comunicação “mediada”), surge a mediação como uma outra forma de tratamento de conflitos que possa responder a tal demanda. O termo “mediação” procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras⁸³⁵.

Outras três palavras provenientes do prefixo *med* possuem sua importância apontada por Elígio Resta⁸³⁶. O autor explica que entre dois valores extremos, mas opostos e conflitantes, a relação escalonada oferece resultados diversos: a *média*, a *moda* e a *mediana*. Nesse contexto, a *média* pressupõe a separação e a divisibilidade, porém, exclui a conjunção, como recorda a notória descisão do juízo salomônico. A *média* resolve o conflito, porém, o faz cortando, interrompendo cada comunicação e excluindo passado e futuro: é o que faz o juízo quando decide com base numa escolha fria e contábil.

A *moda*, que dentro da escala numericamente exprimível indica simplesmente o valor mais utilizado, também aponta as preferências mais expressas, aproxima, certamente, a maior parte, mas exclui as minorias; tem, justamente, uma característica de princípio majoritário. Já a posição da *mediana* é aquela mais significativa para a experiência de mediação. Enquanto a *média* separa, a *mediana*, une, constituindo, um lugar de partida do qual é possível que a comunicação recomece; enquanto a primeira decide, a segunda conserva espaços argumentativos, para que cada outra possibilidade se realize. A mediação é, pois, isto, e essa é sua diferença a respeito do juízo; ela não deve concluir nem decidir

⁸³⁴ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Éliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 27-28.

⁸³⁵ Todas essas palavras possuem como prefixo *med*, cujos exemplos são: a) *medeor*: cuidar, tratar, curar; b) *meditor*: meditar, pensar em, considerar; c) *modestus*: moderado, mensurado, comedido, razoável; d) *modero*: manter dentro da medida, regular, guiar; e) *modus*: medida, tamanho, maneira; f) *modius*: medida de capacidade; g) *medhyo*: médio; h) *medius*: que está ao centro (Vide ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997).

⁸³⁶ RESTA, Elígio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 91 et seq.

nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação.

Por conseguinte, a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a idéia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito⁸³⁷. Trata-se de uma “gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro” através de uma “técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão⁸³⁸”.

Dentre as várias propostas de definição da expressão “mediação”, aquela construída por Bonafé-Schmidt se sobressai quando propõe considerá-la uma “justice douce”, cujo processo, na maioria das vezes, é informal, através do qual uma terceira pessoa tenta, mediante a organização de trocas entre as partes, confrontar as opiniões, procurando o tratamento para o conflito que as opõe⁸³⁹.

O tratamento do conflito através da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no Direito do trabalho, no Direito familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento.

Nesse contexto, a mediação é considerada atualmente como maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito

⁸³⁷ HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993. p. 11.

⁸³⁸ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 191. Nessa mesma linha: SUARES, Marines. *Mediación*. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1997; GOTTHEIL, J.; SCHIFFRIN, A. *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

⁸³⁹ BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. Una, tante mediazioni dei conflitti. In: PISAPIA, G.V.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997. p. 17. Do mesmo autor é importante a leitura de BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. p. 161.

de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal⁸⁴⁰. Diz-se dela uma forma consensuada de tratamento do litígio, uma vez que o terceiro mediador⁸⁴¹ tem “um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitáveis com relação às questões em disputa”. Por isso, não se pode perder de vista a importância desta prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se superam qualitativa e quantitativamente.

Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se encontra no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. Porém, a mediação suscita um paradoxo composto pelo fato de dizer ao juiz que não desenvolva o papel que disseram ser o seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para propô-la. Conseqüentemente, o que se pede é que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar⁸⁴².

Se comparada à decisão judicial, à composição consensuada entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade interior.

⁸⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1. p. 5.

⁸⁴¹ “O mediador exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 145). Luis Alberto Warat afirma que a função do mediador é “provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti)”. Esse é o papel do mestre, e também o papel do mediador (WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 13).

⁸⁴² RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 83-84.

Contextualmente, enquanto em juízo tudo se movimenta em torno do magistrado (autoridade que tem poder de decidir e de dizer quem ganha e quem perde o processo), na mediação, os conflitantes tomam em suas mãos o tratamento do litígio. A figura do mediador não possui papel central; via de regra, possui papel secundário, poder de decisão limitado ou não-oficial; ele não pode unilateralmente obrigar as partes a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediá-las ou reconciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso a melhor solução⁸⁴³.

É nessa linha que a mediação, como ética da alteridade⁸⁴⁴, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos⁸⁴⁵.

⁸⁴³ A conduta do mediador deve se pautar por um procedimento ético que leva a um resultado saudável para as partes. Bolzan de Moraes anota os princípios estabelecidos pelo *Modelo-padrão de conduta para mediadores*: **autodeterminação**, que leva ao reconhecimento, pelo mediador, que as partes devem chegar ao resultado final; **imparcialidade**, afirmando ao mediador a possibilidade de somente mediar as questões nas quais puder manter-se idôneo; **conflito de interesses** configurada qualquer possibilidade de caracterização de conflito entre os interesses do mediador e das partes, seja de ordem material, seja de ordem ideológica, deverão elas ser alertadas; **competência**, assim entendendo a qualificação técnica a respeito do tema a ser mediado; **confidencialidade**, sendo-lhe defesa a divulgação de quaisquer informações que lhe sejam de conhecimento em razão da atividade; **qualidade do processo**, assim entendendo o bom orquestramento dos atos necessários, preservando a isonomia de tratamento, diligência e ordem; **anúncios ou solicitações** a seriedade e veracidade de afirmações não deve prevalecer apenas no curso do processo de mediação, mas antes dele, quando de sua escolha; **custos**, sejam eles quanto às despesas necessárias para o andamento do estudo a ser produzido, seja dos honorários de mediação. De outra forma, buscar a definição dos melhores e menos onerosos caminhos às partes; e, por fim, **a obrigatoriedade de desenvolvimento de práticas de mediação**, muito embora evidente, há que se registrar a necessidade de o mediador envidar esforços no sentido de realmente aplicar seus conhecimentos para fins de obter o resultado frutífero para ambas as partes (grifos do autor) (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 159-163, passim).

⁸⁴⁴ Sobre o tema vide BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 8. ed. São Paulo: Centauro, 2004.

⁸⁴⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca*: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 55.

Paralelamente à ética da alteridade, deve-se pensar a outridade no sentido de “captar o outro”: é necessário “captar a alteridade ética do outro e a honestidade que trata de se instalar em sua outridade”. Mas quem é o outro? Como se relacionar com ele? As respostas dadas na modernidade eram totalitárias, reducionistas, manipuladoras, eurocêntricas, egocêntricas, etnocêntricas. Respostas que procuram dissolver o outro em sua alteridade, para terminar devorado pelos modelos hegemônicos que pertenciam à cultura referencial colocada em posição de domínio. Modelos de egos coletivos ou egos-padrões. Ego logocêntrico, que considera a alteridade como duplicação da subjetividade de cada um, que, por sua vez, se imagina coincidente com a razão universal. Nossa subjetividade como medida de tudo alheio a nós. É a violência de reduzir o outro a nós. A nova visão da outridade pretende mostrar que é possível ascender partindo da responsabilidade, que é algo inclusive anterior à nossa liberdade, à nossa autonomia⁸⁴⁶.

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social⁸⁴⁷. Para chegar a esse fim, existem duas formas básicas de mediação: mandatária e voluntária. A mandatária é aquela que decorre de determinação legal ou da vontade previamente definida contratualmente pelas partes. Voluntária é aquela definida pelas partes, em comum acordo, quando da existência do impasse. Não pode ser imposta a nenhuma delas⁸⁴⁸.

Existem, ainda, dois tipos de mediação, um que busca a institucionalização da mediação; outro que a vê como possibilidade autônoma. Desse modo, temos a mediação institucional, que cumpre um trabalho específico a serviço, ao mesmo tempo, de sua instituição e dos clientes desta. Nestes termos, a própria justiça quis instituir mediadores que atenuassem o congestionamento dos tribunais, tentando que tal ou qual litígio não chegasse justamente a esses tribunais, sendo prévia e

⁸⁴⁶ WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 145.

⁸⁴⁷ TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

⁸⁴⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 164.

amigavelmente regulado, sob o controle de um mediador. Ao lado dos mediadores institucionais, há os mediadores cidadãos. Sua origem é totalmente diferente. Eles não são fabricados pelas instituições, são mediadores “naturais”, que nascem nos grupos sociais; são como que secretados por eles para as necessidades da comunicação. Eles não têm poder como tal, não são juízes que vão sentenciar, nem árbitros aos quais se delega a conclusão de uma contenda; eles não têm mais do que a autoridade moral. Se alguém se dirige a eles é porque considera que são, não gurus que decidem, mas, ao contrário, sábios que sugerem. Eles abrem uma via nova em relação ao impasse em que alguém se perdeu, a um dilema do qual se quer sair, envolvendo a si mesmo ou aos outros⁸⁴⁹.

Além de possuírem origens diferentes, os mediadores institucionais e cidadãos também possuem condutas/maneiras de agir diferentes. Primeiramente, os mediadores institucionais são essencialmente especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder. Já os mediadores cidadãos são os cidadãos entre os cidadãos. E se aos primeiros, porque aparecem como que exprimindo um poder, pede-se trazerem respostas a problemas, outra será a posição relativa aos mediadores cidadãos. Dirige-se a estes de igual para igual, pede-se que sejam verdadeiramente uma terceira pessoa: alguém que não será de modo algum o árbitro que sentencia, alguém que não fará recair o peso de seu poder, alguém que não levará antes uma ajuda e assistência material e técnica. O que se pedirá aos mediadores cidadãos? Deve ser, por sua presença, sua acolhida, sua escuta, alguém que permitirá avançar no tratamento do problema – no qual você não vê a decisão a tomar – que existe com outro, na família, na empresa, no bairro. Assim, os mediadores cidadãos destinam-se a encontrar pessoas, primeiramente. Eles não resolvem conflitos: encontram pessoas que estão dentro de uma situação de conflito. Os mediadores cidadãos não vêm trazer uma solução externa, mas estimulam a liberdade, a coragem, a vontade própria. Ser mediador cidadão é uma arte que, como todas as artes, não termina jamais de refinar-se⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Éliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 28-31.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 34-35.

Um texto que reflete bem o trabalho dos mediadores voluntários/cidadãos é datado da década de 70 e resulta de uma pesquisa realizada numa favela brasileira que o autor, Boaventura de Sousa Santos, chama de Pasárgada. A pesquisa foi publicada na forma de livro em 1988 e, não obstante já se terem passado algumas décadas desde sua elaboração, é rica fonte de consulta quando o objetivo é

Independentemente se feita por um mediador institucional ou cidadão, a privacidade é uma das características da mediação, uma vez que o processo é desenvolvido em ambiente secreto e somente será divulgado se esta for a vontade das partes. O mediador é compromissado a zelar para que assim se desenvolvam os trabalhos e da mesma forma deve agir. Essa característica somente será desconsiderada quando o interesse público se sobrepôr ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou ainda por uma atitude de política pública. A economia financeira e de tempo também se sobressai como marco importante, pois, ao contrário dos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através da mediação tendem a ser resolvidos em tempo menor, o que acarreta uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais se alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução⁸⁵¹.

O procedimento de mediação se caracteriza, ainda, pela oralidade, uma vez que trata-se de um processo informal⁸⁵² no qual as partes têm a oportunidade de

entender e analisar essa forma inoficial de gestão de conflitos. Na pesquisa realizada por Boaventura de Sousa Santos, ele observou que a proliferação dos bairros marginais nos grandes centros urbanos dos países do chamado terceiro mundo constitui uma das características mais salientes do processo de reprodução social do operariado industrial (e do exército de reserva) no capitalismo periférico. A luta pela legalização do espaço, pela melhoria de condições habitacionais e pela segurança faz com que a comunidade se una em torno de tais objetivos. O trabalho desenvolvido em prol da satisfação das necessidades da favela é feito por associações de bairros que, com o passar do tempo, assumem funções diferenciadas daquelas previstas nos estatutos, como a de arbitrar conflitos entre os vizinhos. O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Pasárgada ainda apresenta um “*modelo decisório: mediação versus adjudicação*”, pois se assenta na mediação, ao contrário do modelo de adjudicação, que se encontra expressamente orientado para a “contabilização plena dos méritos relativos das posições no litígio e que, por essa via, maximiza o potencial de persuasão do discurso e o conseqüente potencial de adesão à decisão”. A partir do relato e discussão sobre a resolução dos litígios, comparando, pode-se concluir que atualmente o Direito oficial apresenta um elevado grau de institucionalização da função jurídica, que se tornou especializada, autônoma, burocrática e sistematizada, apontando tarefas rigidamente definidas e hierarquizadas. Tais características trazem como conseqüências a padronização e a impessoalização de procedimentos, a falta de celeridade e, por último, a ineficácia na aplicação da lei em determinados litígios. Utilizando o estudo realizado em Pasárgada e verificando a negociação e a aplicação de leis inoficiais na solução dos conflitos, sempre feitas através de um mediador representado na figura do presidente da associação de bairros, pode-se verificar que a conseqüência de não ser alcançado pelo Estado é a criação do direito inoficial, uma vez que “enquanto se está à margem da justiça oficial tudo é negociável” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988).

⁸⁵¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 147-149.

⁸⁵² Em função de apresentar “exigências processuais mínimas, a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades

debater os problemas que lhes envolvem, visando encontrar possibilidades. O fato é que essa oralidade serve também para reaproximar os conflitantes, visto que o instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca o tratamento das pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. O consenso tem como ponto de partida a autonomia das decisões, que uma vez tomadas pelas partes não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo Judiciário. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas. Entretanto, se produzirem uma decisão totalmente injusta ou imoral, é porque alguma falha ocorreu ao longo do procedimento de mediação. Não compete ao mediador oferecer a solução do conflito, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do seu tratamento.

Para que seja exitoso o procedimento de mediação, é necessário que exista equilíbrio das relações entre as partes: não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á harmonia através do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se de um método conciliatório⁸⁵³.

Mas, não obstante as vantagens oferecidas pela mediação, ela não possui só adeptos. Muitas críticas são tecidas especialmente quanto a um dos seus aspectos principais: a informalidade que, segundo os críticos, gera a insegurança e a incerteza jurídica. Sobre o assunto, se debaterá adiante.

básicas em relação à disputa. A mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e a atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões" (COOLEY, John; LUBET, Steven W. *A advocacia de arbitragem*. Tradução de René Locan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 29). Vide também SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁸⁵³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 149-151.

6.2 As críticas à mediação: a falta de segurança e certeza para lidar com a “(des)ordem” conflitiva

Se a mediação é um instrumento que permite o restabelecimento da comunicação entre os litigantes, por que suscita tanta resistência quanto à sua utilização e se torna alvo de críticas dos operadores do Direito e da justiça? Pode-se responder a tal pergunta elencando alguns motivos dessa resistência: a) primeiramente, porque é um instrumento relativamente novo⁸⁵⁴ de tratamento de conflitos; b) em segundo lugar, porque se trata de uma técnica não disciplinada legalmente em alguns países⁸⁵⁵; c) por último - e esse é o ponto de maior importância -, a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador - figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão -, soa na mente dos juristas como um resquício de justiça privada. Percebe-se, neste último caso, que a mediação é vista como “una zona d’ombra”⁸⁵⁶ na qual se aninha o perigo através de formas paternalistas de controle social, exercitadas sem as tutelas que a justiça formal oferece⁸⁵⁷.

Nesse contexto, a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o Direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtraiu. No entanto, opor a mediação ao

⁸⁵⁴ Ainda que existam diversos autores que afirmem a existência da mediação desde os primórdios da civilização, trata-se de um instituto novo enquanto instrumento de tratamento de conflitos reconhecido pelo mundo do Direito como eficiente. Nesse contexto, Moore afirma que a mediação já era prática para tratar os litígios bíblicos, especialmente nas comunidades judaicas. Posteriormente, seu uso se difundiu entre várias culturas, dentre elas a islâmica, a hindu, a chinesa, a japonesa. Todavia, o próprio autor ressalta que foi nos últimos 25 anos que a mediação se expandiu exponencialmente no mundo, ganhando espaço e tornando-se reconhecida como meio de tratamento de litígios alternativo às práticas judiciais (MOORE, Christopher W. *O Processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 32-34).

⁸⁵⁵ O Brasil é um exemplo. Possuímos dois projetos de lei que pretendem disciplinar a mediação (Projeto de Lei nº 94 de 2002 – nº 4.827 de 1998 da casa de origem - e Projeto de Lei n. 4.945 de 2005), mas que ainda não foram votados.

⁸⁵⁶ Para debater essa concepção da mediação como uma zona de sombra do direito, é importante a leitura de PUPOLIZIO, Ivan. *Una comunità all’ombra del diritto*. La mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell’esperienza italiana. Milano: Giuffrè, 2005.

⁸⁵⁷ COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 62 .

Direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor (e mais útil) considerá-los com instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade⁸⁵⁸.

No concernente à necessidade de legislação específica sobre a mediação, ao discutir a experiência francesa no campo da mediação penal, Jacques Faget elabora considerações que podem ser aproveitadas em qualquer contexto no qual a mediação esteja inserida. Segundo o autor, é oportuna a aprovação de uma legislação que coloque a mediação em um quadro ético e jurídico, tornando-a adequada às exigências do sistema social, frente aos possíveis riscos e abusos que possibilitaria enquanto instrumento privado de controle jurídico⁸⁵⁹.

Porém, nem todos aqueles que se ocupam da mediação concordam com a tão aclamada necessidade de juridificação através da criação de legislação específica que a regulamente determinando seus objetivos, formas e possibilidades. O temor nasce da possibilidade de perda de seu caráter não decisionista e nem autoritário de tratamento de conflitos⁸⁶⁰. O que não se pretende é ver cristalizadas as suas principais características que lhe permitem conservar a fluidez possibilitadora de adequação a situações diversas.

Paralelamente, torna-se importante observar com particular atenção a relação entre prática e teoria da mediação⁸⁶¹, uma vez que fazer mediação e pensar na mediação parecem duas atividades heterogêneas que respondem a ritmos, critérios e exigências diferentes. Em parte, essa crença foi induzida de uma imagem simplificada da mediação, exibida como uma prática que não tem necessidade de

⁸⁵⁸ Michele Taruffo escreve sobre o tema traçando um paralelo entre a “cultura do direito” e a “cultura da mediação”, tecendo críticas à segunda, especialmente quanto à inexistência de previsão e certeza em suas técnicas de tratamento dos conflitos. Assim, “tutto questo non deve però far pensare che la cultura dei diritti sia in fase di estinzione, per essere sostituita da una vera e propria cultura della mediazione, e che quindi l’ordinamento si vada complessivamente adeguando a questa sorta di mutazione culturale. La vera ragione della proliferazione, soprattutto legislativa, della mediazione, é culturalmente assai meno qualificata e risiede nella conclamata incapacità del legislatore di provvedere forme decorose di tutela giurisdizionale dei diritti. (TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004, n. 9).

⁸⁵⁹ FAGET, Jacques. Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale. In: CARIO, R. *La médiation pénale*. Paris: L’Harmattan, 1997. p. 37 et seq.

⁸⁶⁰ CASTELLI, S. *La mediazione*. Milano: Raffaello Cortina, 1996. p. 30 et seq.

⁸⁶¹ Ainda que a prática da mediação não seja o objeto principal da presente tese, cujas atenções estão voltadas muito mais para a teoria da mediação, tal discussão se mostra importante uma vez que dela pode-se examinar uma das principais resistências à sua utilização como meio de tratamento de conflitos.

uma teoria para funcionar adequadamente: mais do que o êxito de um projeto político, de um programa rigorosamente definido nos seus aspectos teóricos, a mediação “tem as características de uma prática em busca de uma teoria que a justificasse⁸⁶²”. Os seus defensores, de fato, afirmavam que a mediação não tinha necessidade de uma legitimação teórica, apenas precisava demonstrar sua eficácia no campo social⁸⁶³.

Ocorre que a rápida aceitação social da mediação enquanto técnica não correspondeu às expectativas de dispensabilidade teórica, de modo que, atualmente, as maiores dificuldades e resistências não são de natureza exclusivamente técnica, mas ideológica. Duvida-se que mediação e Direito possam conviver lado a lado, pacificamente, pois possuem valores que interagem desestruturando-se mutuamente⁸⁶⁴.

É por isso que o risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos. A alteridade da mediação quanto ao Direito nasce dos fins e dos princípios que a inspiram, de uma modalidade diversa de entendimento das relações interpessoais. Nestes termos, mediação e Direito propõem dois modelos diversos na forma, na estrutura decisional e, principalmente, nos princípios inspiradores⁸⁶⁵.

A comparação quanto à forma e ao conteúdo das regras seguidas judicialmente na gestão e tratamento de conflitos e na mediação evidenciam o porquê da última ser chamada de justiça doce⁸⁶⁶. Em função de tais características, para muitos a mediação não pode ser considerada como justiça porque é privada de critérios de igualdade – o que pode ser entendido como falta de garantias de

⁸⁶² COSI, Giovanni. *La responsabilità del giurista*. Torino: Giappichelli, 1998. p. 343.

⁸⁶³ COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 66.

⁸⁶⁴ Assim, “law aims to resolve disputes on the basis of rules, whereas alternative disputes resolution mechanism turn to nonlegal values” (EDWARDS, H. T. Alternative dispute resolution: panacea or anatema? In: *Harvard law review*. 1986. v. 99. p. 668-684, passim).

⁸⁶⁵ COSI; FODDAI, op. cit., p. 68-69.

⁸⁶⁶ BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992.

isonomia no tratamento de todos aqueles que a ela recorrem –, de certeza⁸⁶⁷ e de respeito aos direitos, uma vez que se baseia em princípios éticos, como ouvir e compreender.

A falta de certeza dos procedimentos de ADR – dentre eles a mediação – é uma das principais críticas⁸⁶⁸. A argumentação possui dois pontos principais: 1) o primeiro diz respeito à diferenciação entre segurança e certeza jurídicas⁸⁶⁹. Quando o nascimento da segurança jurídica se acompanha da possibilidade de um conhecimento certo das normas por parte dos destinatários, estes podem manejar a informação sobre o que é proibido, determinado ou permitido. Isso permite organizar a sua conduta programando as expectativas de sua atuação jurídica futura segundo modelos razoáveis de previsibilidade. Estes são os elementos que constituem a certeza jurídica. 2) O segundo critério diz respeito ao papel atribuído à certeza e à segurança jurídicas que se encontra vinculado à realização de certos bens dos seus destinatários. Em resumo, a certeza como percepção de previsibilidade das ações dos outros permite organizar a conduta presente dos destinatários, assim como estabelecer projetos de vida futura sob um plano de liberdade e justiça.⁸⁷⁰

A tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade são apontados como uma falha nos procedimentos de mediação, se comparada ao tratamento judicial dos conflitos, uma vez que, na segunda hipótese, a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a prevaricação de uma parte sobre a outra. Essa afirmativa divide-se em dois pontos principais: a) a assimetria do

⁸⁶⁷ A importância da “certeza jurídica” na legislação e nos procedimentos judiciais foi analisada no terceiro capítulo. No entanto, é importante retomar o conteúdo desse critério para fins de clarear a discussão agora entabulada.

⁸⁶⁸ [...] manca tanto una formulazione di criteri di valutazione e di decisione, quanto la possibilità di qualsiasi tipo di controllo diffuso degli organi che gestiscono questi metodi. Questi concedono un valore assoluto alla decisione ad hoc, basata sulla situazione specifica, senza fare riferimento a dei criteri generali. Una conseguenza di ciò è che molte soluzioni vengono applicate seguendo la logica del “caso per caso”, senza che si possa individuare nessuna certezza o almeno previsione sul risultato delle controversie, né alcuna uniformità di criteri per risolverle [...]. (TARUFFO, Michele. *Aspetti della giustizia civile: frammentazione e privatizzazione*. In: *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 3, 1999. p. 73-74).

⁸⁶⁹ Assim, a) conceito de segurança jurídica é ligado à coincidência de uma regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico. Essas duas “regularidades” se constituem a partir da promulgação das leis e da criação das instituições; b) já o conceito de certeza depende do conceito de segurança jurídica; a certeza torna-se o seu aspecto subjetivo (LUÑO, Perez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 23-27).

⁸⁷⁰ SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

poder, segundo a qual o fato de confiar o tratamento do conflito a uma figura portadora de autoridade pode depender da presença de uma assimetria de poder na relação⁸⁷¹. A parte em desvantagem sabe que, se a resolução depende da autonomia, é possível que o acordo final requeira grandes concessões suas. Contudo, mediante a intervenção de uma autoridade que estabeleça a solução, a princípio, existe a confiança de não ocorrer pressões para que estas concessões aconteçam; b) a preservação das relações futuras⁸⁷², uma vez que se uma das partes impõe sua posição ao outro, provavelmente prejudica a sua relação futura⁸⁷³.

Nesse mesmo contexto, o tratamento de conflitos baseado na certeza busca soluções objetivas e não posicionamentos que expressem preferências, crenças ou desejos das partes envolvidas. Em resumo, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da “solução”. O processo termina com uma “solução” para o conflito, na qual o juiz diz a última palavra, não importa se justa, se correta, se aplicável ao caso, mas a última⁸⁷⁴. Na mediação não é assim, o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro. Ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado de seu conflito. Nestes termos, a mediação

⁸⁷¹ Nesse sentido, o modo de assegurar uma adequada proteção à parte mais fraca dos conflitos é um problema ressaltado por Michele Taruffo, quando argumenta: “[...] nonché il problema di ammettere o di escludere la presenza dei difensori, di una parte o di entrambi le parti. In ogni caso, sembra necessario che vi sia un procedimento ‘visibile’, guidato da regole predefinite, nel quale tutte le parti abbiano modo di far valere le loro pretese in modo adeguato. [...] informalità del procedimento non può significare disparità ed arbitrio. (TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9).

⁸⁷² Um tanto quanto paradoxal esta afirmação, uma vez que a mediação também pretende manter e proteger o relacionamento futuro entre as partes, justamente por isso um dos seus objetivos é manter um canal aberto de comunicação entre elas.

⁸⁷³ SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

⁸⁷⁴ Segundo Eligio Resta, “bela é a expressão de Blanchot: ‘o valor ‘soberano’ da palavra!’. A palavra reina soberana no mundo da contabilidade jurídica. É sua expressão e seu veículo. Nela, sedimentam-se a validade e o vigor. A gramática dela é a gramática de um poder, que “diz o direito”, ou melhor, “diz a última palavra”. A sua validade está toda em ser a última palavra. Certamente que outras linguagens reivindicarão esta definitividade; o farão a religião, a filosofia, a ética, até a literatura, de maneira mais sóbria, talvez menos prepotente e mais cintilante. Cada uma delas produzirá juízes; de resto, na linguagem comum, diz-se “cuspir sentenças”, que indicam o vício inveterado de cada um de nós julgar.[...] De um ponto de vista frio do sistema social, tudo isso é um dos mecanismos para interromper a maldosa infinidade da violência e ferir a própria capacidade de conviver com ela. Somos obviamente distantes do exercício de artes ou de práticas da virtude, da prudência (RESTA, Eligio. *Il diritto Fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 64).

corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação: são sempre os jogadores que controlam a partida⁸⁷⁵.

De fato, o que a mediação propõe é um modelo de justiça que foge da determinação rigorosa das regras jurídicas, abrindo-se à participação e à liberdade de decisão entre as partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou. Contudo, esse modelo diferenciado que propõe uma outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário (cujo modelo de jurisdição se encontra esgotado), mas também a autonomia das partes, possui, na falta de previsibilidade (baseada nas regras e nos procedimentos), uma causa de vantagem e outra de desvantagem. A vantagem fundamental é a não submissão a uma *lex previa*, o que permitirá um grau maior de atenção ao caso concreto, favorecendo a identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito.

Porém, a desvantagem advém da falta de previsibilidade no processo de criação do acordo, uma vez que, quando duas partes interagem apelando a uma determinada norma, essa funciona como ponto focal em torno do qual gravitam as suas pretensões. Ao contrário, a falta deste ponto focal permite ampliar o conjunto de possíveis tratamentos do conflito. Entretanto, esse aumento de opções permite o distanciamento entre as pretensões de cada parte. Assim, quanto mais estratégias é possível imaginar, mais provável é que aquilo que cada parte pretenda se distancie consideravelmente daquilo que quer a outra. Essa desvantagem pode ser reparada pela figura do mediador dotado de recursos necessários para conduzir os envolvidos a um ponto comum de análise do conflito. E isso só é possível quando se aceita a proposta de um mediador estratégico⁸⁷⁶.

Nesse sentido, existem duas posições extremas: a) de um lado, se encontra a proposta de um mediador que restrinja o seu próprio campo de ação à facilitação da comunicação entre os atores do conflito. Nesse caso, o papel do mediador vem substancialmente assimilado àquele do moderador de um debate; b) em

⁸⁷⁵ SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

⁸⁷⁶ Ibidem.

contraposição a essa proposta, observa-se o papel desenvolvido por um mediador mais estratégico⁸⁷⁷, que deverá ter em mente uma possível via para o tratamento do conflito⁸⁷⁸.

Diante das duas propostas de mediadores, é possível resumir dizendo que o mediador estratégico é aquele que aponta as possíveis formas de tratar o conflito, conduzindo as partes à escolha de uma delas. É aquele cuja certeza e previsibilidade são mais presentes, de modo a corresponder as expectativas baseadas na regularidade de comportamento. De fato, um dos temores é que a falta de previsibilidade possa condicionar, inicialmente, o alcance do acordo no momento em que quanto menores são as informações a respeito dos potenciais comportamentos dos atores, maiores serão as variáveis que esses mesmos autores pretenderão incluir para fazer frente a cada eventualidade⁸⁷⁹.

Ao criticar a mediação como meio de tratamento de conflitos, argumentando também em torno da falta de certeza e de previsão legal, Michele Taruffo salienta dois temas aos quais dá especial atenção. O primeiro deles está ligado à figura do mediador que, segundo o autor, deveria apresentar ao menos duas ordens de características: uma adequada preparação profissional, que inclua não só competências jurídicas, mas também um específico conhecimento das técnicas de mediação; o segundo diz respeito à independência e imparcialidade quanto às partes e ao objeto do litígio, uma vez que, não observados tais critérios, poderia favorecer um dos lados em detrimento do outro, alcançando um tratamento não satisfativo do conflito⁸⁸⁰.

Ainda, a falta de previsibilidade no procedimento de mediação institui uma segunda problemática constituída na inexistência de expectativas *ex ante*, baseadas sobre uma regra que resolva o conflito e faz com que as previsões sobre como se

⁸⁷⁷ Vide CALCATERRA, R. *Mediación estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002.

⁸⁷⁸ SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

⁸⁷⁹ Una dimostrazione dell'applicazione di questa regola è, per esempio, che la formalizzazione dei vincoli commerciali tra imprese che cominciano una collaborazione richiede una maggiore quantità di considerazioni rispetto al caso in cui il rapporto è già assestato. Ciò avviene anche nelle situazioni in cui la previsione di ciò che farà l'altro abbia una connotazione negativa: se conosco l'errore posso darmi da fare per eliminarlo. La maggiore complessità di questa situazione può compromettere la realizzazione degli accordi (Ibidem).

⁸⁸⁰ TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

comportará o outro sejam ligadas à história dessa pessoa⁸⁸¹. A questão se torna problemática porque uma vez aceito que a relação conflitual se manifeste nas histórias dos atores e que as suas previsões são funcionais a tais histórias, é muito provável que cada uma faça previsões não compartilhadas e até mesmo opostas⁸⁸².

O desencontro de posicionamentos vertidos de uma situação conflituosa, a figura do mediador enquanto terceiro intermediário do conflito, a inexistência de previsibilidade e certeza jurídicas são vistos como limitadores da mediação. Essa visão nasce da necessidade de ordem⁸⁸³ estabelecida pelas prerrogativas de um sistema jurisdicional cuja racionalidade vê na autoridade estatal o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio. O que se observa é a necessidade de limitar a violência e a desordem através do monopólio dessa própria violência por parte do Estado.

É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes. A mediação oferece tudo isso, a sua especificidade e a sua função essencial é justamente acolher a desordem⁸⁸⁴. De que modo? O conflito é a manifestação mais representativa da desordem (independentemente se individual ou coletivamente), para que possam tratá-lo, as partes devem estar conscientes do caráter excepcional

⁸⁸¹ CALCATERRA, R. *Mediação estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002. p. 183 et seq.

⁸⁸² Essa visão é traduzida por Michele Taruffo quando argumenta que a mediação possui tradicionalmente uma idéia que se assemelha a uma *black box*, na qual ninguém sabe ou deve saber que coisa acontece, e na qual o mediador e as partes fazem aquilo que querem sem seguir nenhuma “regola del gioco”. Esse é um dos argumentos nos quais se fundam as críticas.

⁸⁸³ “Ordem é ordem”. É impossível que o caráter definitivo e indiscutível atrelado à ordem seja a causa da pouca reflexão a seu respeito. Aceita-se a ordem como algo que sempre existiu; ela parece tão natural quanto imprescindível. Desde pequeno, o homem acostuma-se às ordens; nelas consiste, em boa parte, tudo aquilo a que se chama educação; e mesmo a totalidade da vida adulta encontra-se impregnada dela, seja na esfera do trabalho, da vida ou da fé. Pouquíssimas vezes o homem se perguntou o que, de fato, é a ordem: se ela é tão simples quanto parece; se, a despeito da prontidão e facilidade com a qual produz o efeito esperado, ela não deixaria outras marcas mais profundas e talvez até hostis, naquele que obedece a elas (CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 303).

⁸⁸⁴ [...] la scommessa del diritto del XXI secolo sta proprio nel rinunciare a imporre un ordine dato ed accettare il disordine come elemento che caratterizza la convivenza umana; o, meglio, si tratta di concepire un ordine fondato sulla ricerca costante del consenso, sui bisogni sociali e individuali espressi (ancorché manipolati) piuttosto che su astratte concezioni del mondo. (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione*. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 194).

do encontro que emerge da mediação. No curso do procedimento de mediação, a cólera, as diferenças (não reconhecidas ou não aceitas), os desejos obstaculizados e a violência têm o direito de existir. Os mediadores se encontram em frente a um perseguido e a um perseguidor (e vice-versa). Somente uma rigorosa representação do conflito pode acolher a desordem e representar cada momento do drama, deixando o seu espaço e o seu tempo⁸⁸⁵.

A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais e nos integramos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000. p. 56-57.

Sobre o tema: o programa de mediação e sensibilidade pretende que o mediador ajude as partes a desdramatizar seus conflitos, que os transformem para que só restem os sentimentos que acrescentem algo de bom à sua vitalidade interior. Esse programa não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional; ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente, vivendo-a. Falo da mediação como de uma cultura, um determinante de uma forma de vida (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3. p. 33).

⁸⁸⁶ Ibidem, p. 66.

Por isso, a mediação é, essencialmente, um procedimento democrático⁸⁸⁷, porque rompe, dissolve, os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada. É democrática porque acolhe a desordem – e, por conseguinte, o conflito – como possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um Direito inclusivo. A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de “resolução adversária de disputas jurídicas modernas”, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.

A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. Essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma sistemática processual que faça novas abordagens lingüístico-temporais.

⁸⁸⁷ Todavia, críticas existem também quanto aos aspectos democráticos da mediação, que são apontados como meios de possibilitar a dominação sobre os mais fracos, não servindo para restaurar as relações comunitárias, pelo contrário, destruindo-as em razão de sua inspiração essencialmente individualista. Assim, primeiramente concebida para deixar de lado a burocracia judiciária da justiça formal, ela seria substituída por uma nova corporação de profissionais da justiça informal. Porém, não se pode confundir o formalismo e a exigência de formas. O primeiro é estéril, a segunda se constitui em garantias para os pleiteantes “como a checagem dos instrumentos de vôo garante a segurança dos passageiros nos aviões”. Ademais, os ritos constituem um comportamento simbólico que se bem utilizados podem introduzir o conflito em um procedimento que visa desarmá-lo, tratá-lo, restaurando a continuidade da troca social (ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Antropologia Juiídica da modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003. p. 143-145).

6.3 O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”: a(s) verdade(s) conflitiva(s) e o seu tratamento

Parece dispiciendo apontar as diferenças entre a sistemática processual proposta pelo modelo tradicional de jurisdição e aquela das práticas de ADR, especialmente observadas na mediação. No entanto, algumas devem ser analisadas com especial atenção. Essas características diferenciadoras dizem respeito, dentre outras, à linguagem utilizada pelo mediador, à busca pela verdade e à discussão do tempo enquanto recurso de satisfação da tutela jurisdicional (processualmente falando) e de busca da paz social (quando sua utilização se dá através da mediação).

Nesse sentido, o primeiro pressuposto que se deve levar em consideração é o fato de que o campo da mediação coexiste em separado ao campo do juízo⁸⁸⁸, objetivando que entre ambos haja autonomia⁸⁸⁹. Porém, essa autonomia é relativa e não absoluta: de fato, por um lado é necessário que os sistemas de justiça e de mediação “conversem”, tendo em vista que não são mundos completamente desconexos entre si, mas, por outro lado, é importante que cada um fale a sua linguagem⁸⁹⁰. Falar a sua linguagem significa ter em mente que ao juiz cabe exercer o poder de “decidir”⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ O campo do juízo ou “campo judicial”, segundo Pierre Bourdieu, é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate judicialmente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm em comum o conhecer e reconhecer as regras do jogo jurídico, ou seja, as leis escritas e não escritas (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 229).

⁸⁸⁹ “Questo vale, innanzitutto, fisicamente, in quanto il servizio di mediazione deve essere collocato in un luogo separato dalla sede del Tribunale; ma vale, più in generale, nel senso che tra giustizia e mediazione bisogna che ci sia autonomia.” (RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno, p. 96).

⁸⁹⁰ Reside aqui, segundo Marco Bouchard e Giovanni Mierolo, a chamada “ambivalência da mediação” que resulta da exigência do Sistema Judiciário se tornar mais flexível, recuperando um contexto colateral de informalidade das relações humanas e da sua real consistência emotiva. Nessa perspectiva, o Sistema Judiciário propõe a recuperação do consenso dos interessados ao estabelecer o seu destino processual (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 197).

⁸⁹¹ Por isso, adverte Eligio Resta, é necessário que o juiz seja menos arrogante e decida os conflitos com uma certa prudência (RESTA, op. cit., p. 98).

De fato, transformar conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre conflitantes iguais está inscrito na própria existência de um grupo juridicamente “especializado”, dentre os quais se pode citar o juiz, o perito, o advogado e o promotor. Este grupo especializado se encarrega de organizar, segundo formas codificadas, a manifestação pública dos conflitos, substituindo a visão vulgar dos fatos por uma visão científica⁸⁹² e dando-lhes tratamento socialmente reconhecido como imparcial e legítimo, uma vez definido segundo regras formais e coerentes. Assim, a representação que descreve um tribunal como um espaço separado e delimitado em que o conflito se converte em diálogo de peritos e o processo, como um procedimento ordenado com vistas à verdade, é uma boa evocação de uma das dimensões do efeito simbólico⁸⁹³ do ato jurídico como aplicação prática, livre e racional de uma norma universal e cientificamente fundamentada.

Enquanto procedimento que busca a verdade dos fatos, o processo não oferece uma comunicação bilateral uma vez que as relações processuais são todas indiretas, veiculadas à representação dos profissionais e endereçadas a um terceiro dotado de poder de decisão. O processo pesquisa, sempre com detalhamento, as formas mais neutras na aquisição da consciência do fato, desconfiando, de modo muito acentuado, da potencial parcialidade de todos os sujeitos que participam de sua reconstrução histórica. O juiz deve garantir a absoluta serenidade valorativa que coincide com a inexistência de pré-juízos, de modo que qualquer valoração que tenha expresso antes de assumir as vestes de julgador o expõe a uma contaminação irremediável. Conseqüentemente, o processo tende a perder a

⁸⁹² “O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar um ‘justiciável’, quer dizer, um cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc, nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões de mundo” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 226).

⁸⁹³ Sobre o simbolismo do Direito, meio através do qual ele transmite o seu poder, Norbert Rouland escreve: “o Direito não chega até a solicitar as cores para tornar-se mais imperativo? Preta é a roupa dos magistrados e dos auxiliares de justiça, escura a das forças de polícia. Cores que fazem eco ao uniforme do árbitro e à batina do padre. Todas essas personagens estão aí para lembrar a regra e, se preciso, forçar a sua observação. O fúnebre não está longe. Mas também o vermelho, a cor de que gosta o poder (pensemos nos púrpuras imperial e cardinalício, nos diversos tapetes vermelhos): os magistrados das altas jurisdições se revestem dele; ele colore a capa da maior parte dos códigos franceses; deu seu nome aos sinais de trânsito que prescrevem parar. Ora, a história das cores mostra que o vermelho foi a cor utilizada mais antigamente pelos homens. [...] Cor suprema, em geral símbolo do combate, evoca também a ameaça da pena, que pode suprimir a vida. O direito se impõe até à nossa rotina (ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia Jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003. p. 6-7).

conotação participativa, assumindo um procedimento de elevado conteúdo técnico, burocrático, e formalista⁸⁹⁴. Porém, a linguagem do juiz, traduzida no processo, é aquela de quem deve decidir quando o conflito não pode ser sanado de outro modo.

Isso se dá porque nem todas as relações são mediáveis⁸⁹⁵. Onde os termos pertencem a planos diversos e falta um espaço físico e geométrico comum, faltará, também, a possibilidade de relação: conseqüentemente, é impossível alcançar a mediação⁸⁹⁶. As relações nascidas nesse/desse espaço comum entre os conflitantes é a diferença característica entre o procedimento de mediação e o processo judiciário uma vez que “lo scambio (il contraddittorio) non si sviluppa tra le ‘parti del processo’ ma tra le ‘parti del fatto’⁸⁹⁷”. Significa que, enquanto no processo as partes reagem conforme o papel que lhes foi determinado pelo código ritual do judiciário⁸⁹⁸, no curso da mediação elas participam de uma experiência relacional que as toma como protagonistas diretos e não representados por um advogado. Essa postura proposta pela mediação oferece aos indivíduos um espaço para diferenciar-se através do procedimento de construção e reconstrução de regras e de contextos, sobretudo através de procedimentos de responsabilização⁸⁹⁹.

De fato, o espaço da *mediação* está, antes de tudo, *no* meio, entre dois extremos. Coincide com sua relação e com sua existência. Compartilham as distâncias e os avizinhamentos. Antes de ser “meio” era, no mundo antigo, *mesotes*: espaço e virtude ao mesmo tempo. Era um estar no meio e, então, um assumir o problema, não distante de recusar o *idios* (do qual *idiota*), que fecha os indivíduos no egoísmo vulgar do seu ponto de vista *privado*; privado justamente no sentido de carente de alguma coisa. Indica, sobretudo, um espaço comum, participativo, que pertence também aos extremos entre os quais se define, mesmo os mais

⁸⁹⁴ BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 196-197.

⁸⁹⁵ Nesse sentido já argumentava Eligio Resta: “può mediare chi può mediare e si può mediare tutto quello che si può mediare”. (RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternalo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 91).

⁸⁹⁶ MASSA, T. Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma. In: *Questione giustizia*, 1999. n. 4. p. 708.

⁸⁹⁷ BOUCHARD; MIEROLO, op. cit., p. 196.

⁸⁹⁸ Vide GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

⁸⁹⁹ CERETTI, Adolfo. Progetto per un ufficio di mediazione penale. In: GIANVITTORIO, P.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997. p. 95.

antagônicos e conflitantes; virtude distante da abstração de um *terzieta*⁹⁰⁰ e de uma imparcialidade somente imaginárias⁹⁰¹.

A tão aclamada imparcialidade do mediador deve ser revista levando em consideração que o conflito é, normalmente, a consequência de um desequilíbrio, de uma desigualdade. Nesses termos, o mediador tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes. Assim, se o mediador se arroga poderes de reequilibrar as desigualdades, de reforçar as posições mais frágeis, de conter e redimensionar as pretensões do mais forte, “o requisito da imparcialidade se dissolve no reconhecimento de uma autoridade discricional, *se non di un vero e proprio arbitrio*”⁹⁰². O risco talvez seja a degeneração da função de mediador quando exercida por pessoa pouco capacitada que desenvolva sua função com prevaricação. No entanto, o verdadeiro antídoto reside no princípio do consenso que liga o mediador às partes e, na falta de atributos jurídicos, se legitima por aqueles que lhes vêm reconhecidos pelas próprias partes.

Essa imparcialidade imaginária acontece quando se esquece que o mediador possui um papel que é estar no meio, compartilhar, e até mesmo “sporcarsi le mani”⁹⁰³. São muito comuns as repetições de que o mediador é imparcial na relação com as partes e é neutro no desenvolvimento da mediação. Com isso, ele se confunde com o juiz, mas sem os seus poderes e as suas prerrogativas; tornando-se um mínimo e, ainda mais, de formato reduzido. É um erro freqüente e quase ritual que faz perder o sentido real da mediação, que é totalmente oposta a esta invocação da qualidade de ser terceiro: o mediador que se coloca como tal deixa de ser mediador e assume uma posição estranha, *super partes*, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado para reativar a capacidade comunicativa. Um mediador que faz os interesses de um ou de outro promover a falência da mediação e perde a sua

⁹⁰⁰ Em italiano, “terzietà” significa a qualidade de ser o terceiro, isto é, imparcial.

⁹⁰¹ RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternalo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 88-89.

⁹⁰² BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 213.

⁹⁰³ Em português, “sujar as mãos”. Eligio Resta não admite a atribuição de uma postura neutra e imparcial ao mediador que o coloque na mesma posição do magistrado, reiterando que, para mediar é preciso estar no “meio do conflito” e não “sobre ele”, “sujando as mãos” (RESTA, op. cit., p. 89 et seq.).

identidade. A mediação é outra; é um ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro e equidistante⁹⁰⁴ no qual resida a grande utopia do moderno, que é ter a qualidade de terceiro⁹⁰⁵.

Assim, enquanto o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o “*nec utrum, nem um, nem outro, nem isto nem aquilo*”, justamente neutro, o mediador deve ser “*isto e aquilo*”, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim⁹⁰⁶. Enquanto as partes litigam e só vêem seu próprio ponto de vista, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daqui, atuando com o objetivo das partes retomarem a *comunicação*, exatamente o *múnus* comum a ambas. O mediador torna-se meio para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar *entre* os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu *meio*⁹⁰⁷.

Todavia, não obstante o mediador e o juiz possuem papéis diferenciados, não obstante o processo judicial e o procedimento de mediação portarem características e rituais diversos e autônomos, não se pode ignorar que processo e mediação se combinam em uma relação complexa de formalidade/informalidade que não permite apresentar a mediação como uma simples alternativa à justiça tradicional, nem também como um procedimento que reivindica uma total autonomia, mas como um lugar de exercício da interdisciplinaridade e da interpenetração de diferentes modalidades de regulação social. Assim, a mediação, longe de fazer concorrência ao processo judiciário, contribui para salvar o Direito⁹⁰⁸.

A ritualidade diferenciada entre a mediação e o processo se dá principalmente em duas linhas: a primeira diz respeito ao fato de que o processo sempre trabalha

⁹⁰⁴ Por isso, a “equidistância” atribuída à figura do mediador deve ser vista como uma características que envolve imparcialidade, neutralidade e inexistência de poder, levando em consideração, porém, que “il mediatore non può essere assolutamente asettico, in quanto la sua presenza non è passiva, ma egli svolge un ruolo attivo dando il proprio aiuto affinché le parti giungano al riconoscimento di obiettivi comuni” (PELLEGRINI, Stefania. *Il processo civile e la civile giustizia*. Padova: CEDAM, 2005. p. 93).

⁹⁰⁵ RESTA, Eligio. *Il diritto Fraternalo*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 89.

⁹⁰⁶ “Ancora una volta la distanza tra il mediatore e il giudice sta tutta nella differenza che intercorre tra la separazione e il legame. Il giudice separa mentre il mediatore fallisce il giudice recupera appieno – di fronte alla persistenza del conflitto – la sua funzione di risolutore delle controversie. I questa prospettiva, il giudice no pregiudica i diritti e gli interessi con una preposizione ma è destinato a pregiudicare almeno quelli accampati da una delle parti. Il mediatore soccorre il legame, riequilibra il rapporto che vive sullo sfondo del conflitto ma non pregiudica né pregiudica, né interessi né diritti” (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 214).

⁹⁰⁷ RESTA, op. cit., p. 90.

⁹⁰⁸ GARAPON, Antoine. Droit, mediation et service public. In: *Informations sociales*, n. 22. 1992. p. 47.

com a lógica de ganhador/perdedor⁹⁰⁹. Num segundo momento, a ritualidade do processo tem por objetivo (além de dizer quem ganha e quem perde a demanda) investigar a “verdade real dos fatos”, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador.

Nesse sentido, o processo, enquanto busca da verdade, produz/reproduz a violência⁹¹⁰. A verdade não pode ser imposta por uma decisão, tampouco pode ser descoberta pela violência⁹¹¹. A procura da verdade, nos termos que a ciência mecanicista coloca, é por si mesma violenta, tornando-se uma forma de manipulação do mundo e dos outros. E não importa que tentemos distinguir entre verdade como correspondência fática e verdade como interpretação, ambas são manipuladas. Ninguém sabe o que vai acontecer. Ninguém pode prever o real, ele é imprevisível. As verdades, como momentos predizíveis do saber da ciência, são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares de medo; e com as quais pretendemos dotar de sentido o sem sentido da existência⁹¹².

À discussão sobre a verdade, Elígio Resta associa um outro fator determinante: o tempo⁹¹³, salientando que se alcança a verdade processual “per stanchezza⁹¹⁴”. Explica sua afirmação dizendo que, com a passagem dos dias (muitas vezes vãos) e em função da pressa com a qual estamos habituados a viver, o tempo se torna um recurso escasso se comparado com a exigência necessária para a pesquisa que a verdade exigiria. Nestes termos, afirma o autor que não é a verdade que define e

⁹⁰⁹ O quinto capítulo discute a cultura do conflito e a lógica vencedor/perdedor expostos no procedimento judicial.

⁹¹⁰ Nestes termos, Clastres afirma que o Estado impede a guerra, mas, paradoxalmente, a guerra impede o Estado. Como? A guerra permite a cada comunidade continuar unida em torno de seus valores e prevenir o processo fatal de divisão social. O Estado, ao contrário é o produtor dessa divisão social que conduz à especialização do poder político que ele maximiza. Assim, é lógico que o Estado seja contra a guerra, tornando-se um falso pacificador: extingue uma violência dirigida para o exterior pela guerra em proveito de uma outra, interna, que põe em movimento as engrenagens da dominação e da exploração no interior das sociedades (CLASTRES, P. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Le Seuil, 1980. p. 171-207, passim).

⁹¹¹ Aqui se faz menção ao monopólio da coerção assumido pelo Estado que, na tentativa de extirpar a vingança através da institucionalização do poder, disciplina a violência mediante a sua racionalização, conforme definição de Max Weber referida no quinto capítulo.

⁹¹² WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 17-18.

⁹¹³ O tempo foi objeto de discussão no quarto capítulo, de modo que aqui somente será utilizado como conceito paralelo capaz de demonstrar uma das diferenças entre o procedimento de mediação e o processo jurisdicional.

⁹¹⁴ “Por cansaço”.

condiciona o tempo, mas o tempo que define a verdade. Alcançamos, assim, a verdade por inflação de tempo ou, ao contrário, por uma irreduzível escassez. As questões de maior longevidade são seguidamente resolvidas não porque se junte as provas e as demonstrações definitivas, mas porque, simplesmente, não existe mais tempo: “non abbiamo tempo!”⁹¹⁵.

Diverso do processo e do seu tempo⁹¹⁶ (cujas expectativas são alcançar a verdade), a mediação é um procedimento de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade. “O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade, que me reconstitui como singularidade em devir”. Do tempo “do devir fazer da singularidade, do tempo que aproxima os conflitantes do que realmente sentem, conduzindo-os rumo ao centro recalcado dos próprios afetos”⁹¹⁷.

No espaço informal da mediação, a memória e os sentimentos dos conflitantes não se encontram bloqueados. O espaço mediativo não tem por objetivo reconstruir uma verdade, pois se reconstituem várias verdades possíveis. Assim, elas se modificam à medida que os atores se exprimem: as verdades se acomodam, se ajustam. De fato, na mediação, o objetivo não pode ser a verdade, uma vez que as verdades podem ser diversas. Uma mediação alcançada não traduz um acordo sobre a verdade efetivamente correspondente à exata dinâmica dos fatos. Em outros termos, o importante é que as partes concentrem-se sobre uma reconstrução dos fatos que as satisfaça. Este é o ponto central: não está dito que devam reconstruir exatamente a verdade, o importante é que tenham reconstruído a verdade que as contente, momentaneamente, provisoriamente, no tempo de um aperto de mão. Não se reconstróem amizades em uma sala de mediação, os mediadores não são os

⁹¹⁵ RESTA, Eligio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004. p. 33.

⁹¹⁶ Nesses termos, Garapon diferencia o tempo processual e o tempo da arbitragem “pelo facto de pressupor a intervenção soberana da idade. Essa soberania manifesta-se mediante a criação, graças à intercessão do símbolo, de um tempo não linear, de um tempo extraordinário próximo da criação, oposto ao tempo ordinário, que aproxima implacavelmente os homens da sua morte. Tal como qualquer ritual, o processo inverte o curso do tempo. Luta assim contra a finitude devido à sua capacidade para produzir um tempo original, isto é, um tempo que ainda não foi esbatido pelos anos, um tempo indeterminado. O tempo original é o tempo da criação”. (GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 63).

⁹¹⁷ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2. p. 30-31.

dramaturgos do conflito. Porém, podem oferecer uma contribuição importante para uma comunicação temporal melhorada⁹¹⁸.

Aqui se pode entabular as diferenças entre o “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”. O primeiro é um tempo dilatado, que se detém na espera sempre de um outro juiz, que faz parte da lógica paradoxal da dupla ligação que deseja sempre a palavra definitiva, mas que permanece na espera de controles posteriores⁹¹⁹. É o tempo da necessidade, uma vez que, na realidade, já aconteceu tudo, tornando-se prioridade, nesse momento, evitar o pior. Já na mediação se trabalha com a necessidade de encontrar um outro tempo, já que a temporalidade conflitiva precisa do exercício de prudência e de paciência nos quais não se decide o tempo do alto, mas da possibilidade de dois conflitantes de encontrar um tempo diferenciado.

É por isso que não se admite tempo fixado para a mediação⁹²⁰. Quem poderá dizer qual é o tempo necessário para (re)estabelecer a comunicação? Aliás, qual é exatamente o tempo da mediação? “Onde se coloca a possibilidade, para as duas partes, de uma tomada de consciência lenta, progressiva, carnal, se podemos dizer, do conjunto de seu problema?” Sem essa consciência, não se tem mais do que um caso abstrato a resolver sem nenhum processo de responsabilização pessoal daqueles que estão presentes. E vai-se reduzir os mediadores a ser como certos médicos que devem “agir no ato”? Pode-se compreender, então, que isto é estritamente contraditório com a verdadeira mediação. Nestes termos, para aqueles que afirmam: “a lentidão atual da justiça é inacreditável”, nasce o remédio milagroso: a mediação. Urgência, urgência! O termo “urgência” “ganha hoje o conjunto do campo social”, e os problemas de fundo perdem-se na urgência⁹²¹.

Assim, o tempo se torna uma metáfora na qual vêm envolvidas muitas coisas, dentre elas, e sobretudo, a identidade das pessoas. Esse tempo se mistura sob uma

⁹¹⁸ BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 226.

⁹¹⁹ Nesse sentido, ver ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

⁹²⁰ No entanto, os projetos de lei sobre mediação que tramitam no Brasil prevêem um prazo de 60 dias para a realização da mediação prévia e o mesmo prazo para que o requerido retome o processo judicial no caso da mediação ocorrer no curso do mesmo.

⁹²¹ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 149 et seq.

alternativa, que é decisiva, entre a realidade e a possibilidade⁹²². Em função do rito, o processo introduz um corte cerimonial no tempo. De fato, todo ritual é um ato de instituição. Cada processo – tal como qualquer rito de instituição – investe um ator social num novo papel positivo ou negativo e redefine estatutos, perfilando um papel a que são inerentes obrigações e direitos. Posto isto, percebe-se melhor a alquimia pela qual o ritual transforma a linha – necessariamente arbitrária – demarcada pelo Direito em separação tida como justa pelo grupo social. A legitimidade, que tanta preocupação gera nos tempos que correm, deve preocupar-se primeiro com essa base ritual. Ao assinalar, por força de um rito de instituição, um *antes* e um *depois*, o ritual judiciário estabelece um marco essencial. Esse marco, esse rito judiciário, associado ao Direito organizam o mundo. O Direito multiplica a realidade, atribuindo-lhe categorias, nomeando coisas e seres, objetivando agir sobre eles. “Substitui o carácter informe da vida pela coerência da sua linguagem actuante, que depura a realidade das suas contradições e da sua opacidade, de forma a ordená-la segundo categorias simples e operacionais”. Os bens são móveis ou imóveis; as ações judiciais são patrimoniais ou extrapatrimoniais, as sentenças são declarativas, constitutivas, as partes são divididas em autor e réu, e assim por diante. O ritual judiciário, o “tempo da jurisdição”, separa um interior de um exterior, um “antes” de um “depois”, a intenção do ato, o desejo da vontade manifesta, os fatos sociais da cientificidade do veredito⁹²³.

À mediação não cabe efetuar cortes temporais ou buscar verdades “reais” e únicas. Desenvolve seu papel no sentido tão somente de pôr em contato os conflitantes, facilitando a comunicação direta entre eles sem, necessariamente (ainda que possível), a intervenção de terceiros (como os advogados) no tratamento do conflito. Por conseguinte, a mediação trabalha com um novo paradigma no qual os conflitos são entendidos como acontecimentos que fazem parte de eventos comunicativos e, como tal, tratáveis se restabelecida/mantida a comunicação. Essa comunicação se define, então, mediante procedimentos verbais e não-verbais de fluxo constante que permitem conhecer, reconhecer e estimular formas de operar através das quais as partes possam criar, manter, negociar, mediar e transformar

⁹²² RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno. p. 101.

⁹²³ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 70-71.

suas realidades sociais. Nesse contexto, a mediação enquanto meio facilitador/agregador de comunicação será objeto de análise no próximo item.

6.4 A mediação como estratégia do “agir comunicativo”: a formação do consenso através de posturas ilocucionárias

A mediação é uma maneira de instaurar a comunicação rompida entre as partes em função da posição antagônica instituída pelo litígio. Tratando-se de um intercâmbio comunicativo no qual os conflitantes estipulam o que compete a cada um no tratamento do conflito em questão, a mediação facilita a expressão do dissenso definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um consenso comunicativo.

De fato, o principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações calorosas e aconchegantes, sociedades isentas de conflito ou uma ordem de mundo harmoniosa. Ao invés disso, considerando-se a natureza endêmica do conflito, talvez o seu principal desafio seja encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. Objetivando investigar como acontecem essas interações e como a mediação delas se apropria para restabelecer a comunicação entre as partes gerando consenso, é que a teoria habermasia será visitada⁹²⁴. A presente escolha se dá diante do fato de que, para Habermas, mais do que uma construção conceitual e compreensiva, se faz necessário o levantamento de dados empíricos para que se proceda na reconstrução da realidade. Daí a opinião de que sua teoria é sociológica⁹²⁵, porque a sociologia seria a única ciência a manter ainda conexões globais, trocando conhecimentos de forma efetiva com outras ciências e mostrando-se sensível a problemas de outra ordem que não os de descrição da sociedade.

⁹²⁴ Importante salientar que o referencial teórico adotado será HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 1 e v. 2.

⁹²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 2001. v. 1. p. 18.

Em resumo, a teoria da ação comunicativa não é uma metateoria, e sim o princípio de uma teoria da sociedade⁹²⁶ que dá fundamento a uma crítica social, possibilitando estudos interdisciplinares. Buscando uma racionalidade⁹²⁷ que pudesse dar conta da complexidade social, Habermas conduz a teoria da ação comunicativa partindo de uma sociedade articulada em dois níveis: os paradigmas do mundo da vida⁹²⁸ e o sistema.

O “mundo da vida” habermasiano é o “pano de fundo” no qual os atores sociais atuam e que analiticamente é diferenciado: a) podendo ser avistado primeiramente como um mundo objetivo - enquanto conjunto de todas as entidades sobre as quais se possa produzir enunciados verdadeiros⁹²⁹; b) o mundo social - como conjunto de todas as relações interpessoais legitimamente reguladas; c) e, por fim, o mundo subjetivo – visto como totalidade das vivências do falante, as quais este tem um acesso privilegiado⁹³⁰.

É nesse mundo da vida compartilhado que os sujeitos capazes de linguagem e ação devem poder “se relacionar com algo” no mundo objetivo, quando quiserem se entender entre si “sobre algo” na comunicação, ou conseguirem “algo” nas relações práticas. Para que possam se relacionar com algo (pessoas e objetos), devem - cada um por si, mas em concordância com todos os outros - partir de um

⁹²⁶ “la teoría de la acción comunicativa no es una metateoría, sino el principio de una teoría de la sociedad que se esfuerza por dar razón de los cánones críticos de que hace uso” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 2001. v. 1. p. 9).

⁹²⁷ Juan Carlos Velascos Arroyo salienta que a noção de racionalidade não vem apresentada com um conceito empírico ou descritivo, mas prescritivo. Opera através da deliberação, da argumentação e da crítica (ARROYO, Juan Carlos Velascos. *La teoría discursiva del derecho*. Madrid: Boletim Oficial del Estado, 2000).

⁹²⁸ É importante ressaltar que o mundo da vida, segundo a concepção habermasiana, não corresponde apenas àquilo que faz parte do contexto do sujeito da comunicação. Assim “el mundo de la vida acumula el trabajo de interpretación realizado por las generaciones pasadas; es el contrapeso conservador eontra el riesgo de disentiimiento que comporta todo proceso de entendimiento que esté em curso” (HABERMAS. Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 1. p. 104).

⁹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p. 39-40: “A ‘objetividade’ do mundo significa que este mundo é ‘dado’ para nós como um mundo ‘idêntico para todos’. De mais a mais, é a prática lingüística - sobretudo o uso dos termos singulares - que nos obriga à suposição pragmática de um mundo objetivo comum. O sistema de referência construído sobre a linguagem natural assegura a qualquer falante a antecipação formal de possíveis objetos de referência. Sobre essa suposição formal do mundo, a comunicação sobre algo no mundo converge com a intervenção prática no mundo. Para falantes e atores, é o mesmo mundo objetivo sobre o qual se entendem e no qual podem intervir. Para a garantia performativa dos referentes semânticos, é importante que os falantes possam se colocar como agentes em contato com os objetos das relações práticas e possam retomar tais contatos”.

⁹³⁰ Idem. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999. v. 1. p. 144.

pressuposto pragmático. Supõem “o mundo” como a totalidade dos objetos existentes independentemente, que podem ser julgados ou tratados⁹³¹.

Nesses termos, os contextos do mundo da vida e as práticas lingüísticas nas quais os sujeitos socializados “desde sempre” se encontram, revelam a perspectiva das tradições e costumes instituidores de significados. Os pertencentes a uma comunidade de linguagem local experimentam tudo o que ocorre no mundo à luz de uma pré-compreensão “gramatical” habitual, não com os objetos neutros. Assim, a relação retrospectiva da objetividade do mundo com a intersubjetividade do entendimento entre participantes da comunicação, suposta no agir e no falar, esclarece as mediações lingüísticas dos referentes mundanos. Os fatos, que *afirmo* sobre um objeto, frente a outros que os podem contradizer, são *defendidos* e, em casos aplicáveis, *justificados*. A necessidade de interpretação particular resulta em que também não podemos nos abstrair do seu caráter revelador do mundo, por meio de um emprego descritivo da linguagem”⁹³².

O acesso ao conhecimento de algo passa a ser visto como uma prática social, estabilizada em consensos sociais prévios. Essa produção de sentido se dá em uma forma de vida específica, ou seja, em uma comunidade que compartilha expectativas, crenças e consensos enredados historicamente. O conjunto de atividades e de ações de fala é constituído através do consenso preliminar numa forma de vida compartilhada intersubjetivamente ou através da pré-compreensão de uma prática comum regulada através de instituições e costumes. Aprender a dominar uma linguagem, ou aprender como compreender as expressões numa linguagem, exige que nos exercitemos numa determinada forma de vida. Esta, por sua vez, regula preliminarmente o emprego dos vocábulos e das proposições numa rede de possíveis colocações de fins e de possíveis ações⁹³³.

As pessoas compartilham experiências herdadas da tradição e consensos fundados ou tradicionais, porque ainda não criticados – comungam, assim, uma forma de vida, necessitando das capacidades coordenadoras da ação presentes na linguagem. As interações cotidianas formam um pano de fundo que, ao mesmo

⁹³¹ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p. 39.

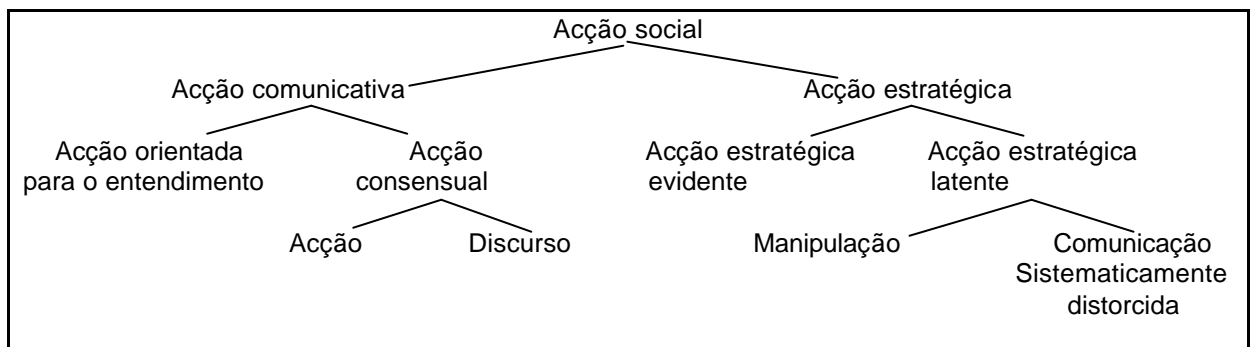
⁹³² *Ibidem*, p. 46.

⁹³³ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 112.

tempo, reproduz o conhecimento e o possibilita. Desta maneira, a consciência como condição de acesso ao mundo perde seu primado para a linguagem.

Os pressupostos de uma ação comunicativa⁹³⁴, enquanto condições de acesso ao mundo da vida e meio de formação de consensos, podem ser resumidas diante da necessidade dos participantes terem mútua capacidade de responder por seus atos, responsabilizando-se pelos mesmos; os participantes devem estar mutuamente dispostos ao entendimento e a atuar sobre um consenso, ou seja, buscando um acordo⁹³⁵.

Desse modo, a discussão estará centrada na ação comunicativa, mais concretamente na “interação consensual”, na qual os participantes partilham uma tradição e a sua orientação é normativamente integrada de forma a que partam da mesma definição da situação e não discordem relativamente a pretensões de validade que reciprocamente apresentam. O esquema que se segue localiza o caso extremo de interação consensual num sistema de diferentes tipos de ação social⁹³⁶:



Fonte: HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 10.

⁹³⁴ “A expressão ‘agir comunicativo’ indica aquelas interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado para o entendimento ultrapassa um papel coordenador da ação. Os pressupostos idealizadores imigram, por cima da comunicação lingüística, para dentro do agir orientado para o entendimento. Por isso, a teoria da linguagem, no que concerne à semântica, que esclarece o sentido das expressões lingüísticas com base nas condições do entendimento lingüístico, é o lugar no qual uma pragmática forma de herança kantiana se poderia encontrar com pesquisas do lado analítico” (HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p. 72).

⁹³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1984. p. 208-209.

⁹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 10.

Com base no esquema anterior e na validade do discurso, Habermas distingue os seguintes tipos de ação: a) ação comunicativa versus ação estratégica⁹³⁷; b) ação orientada para o entendimento versus ação consensual⁹³⁸; c) ação versus discurso⁹³⁹; d) ação manipulativa versus comunicação sistematicamente distorcida⁹⁴⁰. Nesse contexto, a ação social habermasiana assim desmembrada servirá de base teórica para a análise das interações lingüísticas comunicativas, avaliando a possibilidade de formação do consenso advinda dessas interações.

Transportando tal análise para a mediação enquanto prática consensuada de reestruturação comunicativa, os dois tipos de interação (comunicativa e estratégica) podem ser distintos um do outro, consoantes os respectivos mecanismos de coordenação de ação ou de fazer ou não uso dela como fonte de integração social. O primeiro caso refere-se à ação estratégica e, o segundo, à ação comunicativa⁹⁴¹. Neste último (no qual encontramos a mediação), a força consensual dos processos lingüísticos de se obter entendimento, ou seja, as energias vinculativas da própria

⁹³⁷ *Ação comunicativa versus ação estratégica.* Na ação comunicativa, pressupõe-se a existência de uma base de pretensões de validade mutuamente reconhecidas. Mas a situação muda quando chegamos à ação estratégica: na atitude comunicativa, é possível conseguir-se um entendimento mútuo direto em relação às pretensões de validade. Pelo contrário, na atitude estratégica apenas pode existir um entendimento mútuo indireto, via indicadores determinativos.

⁹³⁸ *Ação orientada para o entendimento versus ação consensual.* Na ação consensual, a concordância acerca das pretensões de validade implicitamente apresentadas pode ser *pressuposta* como consenso de base devido implicitamente comum das situações. A esta concordância chega-se supostamente através da ação orientada para o entendimento. Neste último caso, poderão ser utilizados elementos estratégicos na condição de servirem o objectivo de levar a um entendimento mútuo direto.

⁹³⁹ *Ação versus discurso.* Na ação comunicativa, supõe-se ingenuamente que as pretensões de validade implicitamente apresentadas podem ser justificadas (ou tornadas imediatamente plausíveis através da pergunta/resposta). No discurso, pelo contrário, as pretensões de validade levantadas relativamente às afirmações e normas são hipoteticamente colocadas entre parênteses e tematicamente examinadas. Tal como na acção comunicativa, os participantes no discurso mantêm uma atitude cooperativa.

⁹⁴⁰ *Ação manipulativa versus comunicação sistematicamente distorcida.* Enquanto que na comunicação sistematicamente distorcida pelo menos um dos participantes engana *a si próprio* sobre o fato de a base da ação consensual estar só aparentemente a ser mantida, o manipulador engana pelo menos um dos outros participantes acerca de sua estratégia, agindo *deliberadamente* de uma forma pseudoconsensual.

⁹⁴¹ "O impasse habermasiano foi provocado por uma dupla constatação: por um lado, Habermas estava convencido desde Técnica e Ciência enquanto Ideologia acerca da impossibilidade de uma racionalidade técnica alternativa, desistindo, desse modo, de explorar a via aberta por Marcuse de procurar uma racionalidade técnica não-instrumental; por outro lado, Habermas procurava escapar também do beco sem saída no qual havia se isolado o último Adorno, ao considerar certas concepções de música erudita como o único lugar no qual a racionalidade de valores persistiria. A solução habermasiana para esse duplo dilema foi propor a separação entre dois tipos de racionalidade, uma primeira, comunicativa, e uma outra, instrumental, posteriormente denominada de sistêmica. A racionalidade comunicativa seria caracterizada pela dialogicidade, isto é, pela possibilidade de alcançar um *telos* nos mundos objetivo, social e subjetivo através da comunicação com pelo menos mais um participante" (AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da Democracia*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996. p. 63).

linguagem – torna-se eficaz para a coordenação das acções. Pelo contrário, no primeiro, o efeito coordenador mantém-se dependente da influência – funcionando através de atividades não lingüísticas –, exercidas pelos agentes não só sobre a situação de ação, mas também um sobre o outro. Do ponto de vista tanto do falante como do ouvinte, o acordo não pode ser imposto a partir do exterior, seja pela intervenção direta na situação de ação ou pelo exercício indireto da influência sobre as atitudes proposicionais do oponente. Aquilo que manifestamente resulta de um cumprimento ou ameaça, sugestão ou logro, etc, não pode ser intersubjectivamente considerado um acordo, pois uma intervenção deste tipo viola as condições sob as quais as forças ilocutórias despertam convicções e originam “ligações”⁹⁴².

Para que a ação comunicativa ocorra, deve satisfazer a condições bastante rigorosas: os agentes participantes tentam adequar os seus respectivos planos cooperativamente, dentro do horizonte de um mundo da vida partilhado e com base em interpretações comuns da situação. Além disso, estão preparadas para os seus objetivos nas funções de falantes e ouvintes através do processo de obter entendimento – isto é, pelo cumprimento sem reservas de objetivos ilocutórios. Conseguir entendimento de modo lingüístico é algo que funciona de uma forma que permite aos participantes, na interação, chegar ao acordo mútuo sobre a validade pretendida para os seus atos de fala ou, se for caso disso, levar em consideração os desacordos que foram averiguados.

Assim, ação comunicativa se distingue da ação estratégica no seguinte aspecto: a bem sucedida coordenação da ação não assenta na racionalidade propositada dos respectivos planos de ação específicos, mas sim no poder racionalmente motivante do cumprimento dos feitos de se obter entendimento, isto é, numa racionalidade que se manifesta nas condições para um acordo racionalmente motivado⁹⁴³. Nem sempre os participantes do discurso têm uma postura ilocucionária, sendo a postura perlocucionária a mais comum como meio de expressão de poder.

Evidentemente, as ofertas de atos de fala apenas podem desenvolver um efeito coordenador da ação devido ao fato de a força vinculativa e de ligação de um ato de

⁹⁴² HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 110.

⁹⁴³ Ibidem, p. 111.

fala, simultaneamente compreensível e aceito por parte do ouvinte, se estender também a conseqüências da interação que advêm do conteúdo semântico de uma expressão. Quem quer que aceite uma ordem, sente-se obrigado a cumpri-la; alguém que aceita uma declaração acredita nela e passará a agir em conformidade com a mesma. Incluímos o entendimento e a aceitação dos atos de fala no grupo do sucesso ilocutório⁹⁴⁴ e classificamos como perlocutórios⁹⁴⁵ todos os objetivos e efeitos que vão mais além⁹⁴⁶.

Nestes termos, os atos ilocucionários e perlocucionários servem de balisadores para a diferenciação entre a ação comunicativa - na qual os participantes buscam fins ilocucionários e o objetivo do falante deriva do próprio significado do que diz, buscando entendimento do ouvinte a respeito do conteúdo que manifesta – e a ação estrategicamente mediada pela linguagem – quando surgem os efeitos perlocucionários que qualquer um dos participantes de uma conversa pretende provocar em seu interlocutor. A ação comunicativa se diferencia das interações estratégicas porque nela os participantes perseguem fins ilocucionários com o propósito de chegar a um acordo que sirva de base à coordenação de planos de ação⁹⁴⁷. A coordenação da ação comunicativa se dá mediante a formação do consenso e a ação estratégica através da complementaridade de tramas de interesses que também podem vir a servir de meio de coordenação da ação⁹⁴⁸.

Essa racionalidade na concepção habermasiana possui relações profundas com a forma através da qual os sujeitos capazes de linguagem e de ação fazem uso do conhecimento linguístico. Nestes termos, a atenção se volta à racionalidade imanente da prática comunicativa que remete às diversas formas de argumentação,

⁹⁴⁴ “Termo usado na teoria dos atos da fala com referência a um ato realizado pelo falante por causa de seu enunciado. São exemplos de atos ilocucionários (ou força ilocucionária) as promessas, as ordens, os pedidos” (CRYSTAL, David. *Dicionário de lingüística e fonética*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 143).

⁹⁴⁵ “Termo usado na teoria dos atos de fala para indicar um ato desempenhado quando um enunciado atinge um efeito específico no comportamento, na crença, nos sentimentos, etc, de um ouvinte. São exemplos de atos perlocucionários (ou efeitos perlocucionários) os enunciados que amedrontam, insultam, ridicularizam, convencem, etc” (Ibidem, p. 200).

⁹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 111-112.

⁹⁴⁷ Idem. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 1. p. 379.

⁹⁴⁸ Idem. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 2. p. 421.

à capacidade de prosseguir na comunicação e de gerar consensos⁹⁴⁹. Assim, reconhecer a existência de comunicação entre o mundo dos fatos e a realização do Direito, entre a vida e a validade da norma, são aspectos formadores do pensamento habermasiano que servem ao tratamento da jurisdição. Isso se dá porque a razão comunicativa se expressa na fala orientada ao entendimento⁹⁵⁰, possuindo como ponto central não o sujeito, mas o meio linguístico pelo qual se concatenam as interações e se estruturam as formas de vida, tornando possível a comunicação.

No momento em que a racionalidade comunicativa se amplia, maior é a possibilidade de coordenar ações sem o uso da coerção, resolvendo consensualmente conflitos acontecidos em decorrência de dissonâncias cognitivas. Por isso, o consenso depende do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade suscetíveis de crítica. A racionalidade dos participantes é mensurada pela capacidade de fundamentar suas manifestações ou emissões nas situações certas⁹⁵¹.

Nestes termos, a razão comunicativa oferece um fio condutor à reconstrução da trama de discursos formadores de opinião e preparadores de decisão presentes no exercício da democracia em um Estado de Direito sociointegrador, possuidor de funções de estabilização de expectativas de comportamento, o que se dá mediante a produção legal. Através da legalidade, o Estado satisfaz sua promessa de legitimidade, o que conduziria a uma concepção procedimental da racionalidade. Conseqüentemente, a reconstrução racional possibilita identificar a legitimidade da produção do Direito verificando em que maneira o princípio do discurso pode fundamentar a administração da justiça e diferentes falas de solução de controvérsias.

⁹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 2. p. 562.

⁹⁵⁰ “El término 'entendimiento' tiene el significado mínimo de que (a lo menos) dos sujetos lingüísticos e interactivamente competentes entienden idénticamente una expresión. [...] todo acto de entendimiento puede entenderse como parte de un proceso cooperativo de interpretación que tiene como finalidad la obtención de definiciones de la situación que puedan ser intersubjetivamente reconocidas. Em esse proceso los conceptos de los tres mundos actúan como un sistema de coordenadas que todos suponen común, em que los contextos de la situación pueden ser ordenados de suerte que se alcance un acuerdo acerca de qué es lo que los implicados pueden tratar em cada caso como un hecho o como norma válida o como una vivencia subjetiva” (Ibidem, p. 393).

⁹⁵¹ Ibidem, p. 33.

A ação comunicativa se dá a partir da prática do consenso, gerando compromissos, numa estrutura social complexa na qual a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, já não serve mais como elemento condutor do agir social em relações conflituosas. Nestes termos, não obstante a importância do Direito enquanto elemento de promoção/manutenção da paz social, o consenso e a inclusão social surgem como meios no tratamento de controvérsias.

Trabalhando em termos habermasianos a afirmação anterior, tem-se que: a) ação comunicativa e ação estratégica são duas variantes da interação lingüisticamente mediada; b) desde Hobbes se tem tentado repetidamente explicar a forma como as normas com pretensões de validade trans-subjetivamente vinculativas e normativas conseguem desenvolver-se a partir das posições de interesse e dos cálculos de ganho individual dos agentes que tomam decisões de forma propositada racional e que apenas se encontram por acaso; c) mais promissora do que a tentativa de renovar com meios modernos o conceito clássico de ordem instrumental, é a introdução de um meio de comunicação através do qual os fluxos de informação que orientam o comportamento são conduzidos; d) o fato de a ordem social dever supostamente produzir-se e reproduzir-se através de processo de formação de consenso poderá, à primeira vista, parecer trivial. No entanto, a improbabilidade desta idéia torna-se evidente mal nos recordemos de que todos os acordos alcançados através da comunicação dependem da assunção de posições de “sim” ou “não” relativamente às pretensões de validade criticáveis.

No caso da ação comunicativa, a dupla contingência que tem de ser absorvida por todos os processos de formação de interações assume a forma particularmente precária de um sempre presente risco de desacordo, inserido no próprio mecanismo comunicativo. Neste contexto, surgem várias opções: o simples trabalho de reparação; deixar em aberto ou desvalorizar as pretensões de validade que se revelarem controversas, que resultará numa diminuição da plataforma comum das convicções partilhadas; a transição para os discursos, onerosa em termos de tempo e esforço, com resultados incertos e efeitos perturbadores; quebra de comunicação; ou, por fim, a passagem à ação estratégica. Se considerarmos que cada acordo explícito em relação a uma oferta de atos de fala assenta numa dupla negação, mais concretamente no repúdio da sua (sempre possível) rejeição, então

os processos comunicativos que operam através das pretensões de validade criticáveis dificilmente se poderão considerar meios confiáveis através dos quais a integração social se pode processar. A motivação racional, que se baseia no fato de o ouvinte poder dizer “não”, constitui um turbilhão de problematização que faz com que a formação do consenso lingüístico aparente funcionar mais como mecanismos de perturbação, pois o risco de desacordo recebe sempre um novo incentivo com experiências⁹⁵².

Os desacordos fazem parte do meio comunicativo, surgindo das experiências que perturbam os aspectos rotineiros e tidos como adquiridos, constituindo uma fonte de contingências. Também frustram as expectativas, funcionam ao contrário dos modos habituais de percepção, originam surpresas e tornam-nos conscientes de determinados aspectos. As experiências são sempre novas, constituindo um contrapeso a tudo aquilo a que nos habituamos. É nesse aspecto que o risco de desacordo inerente à comunicação lingüística é absorvido, regulado e controlado nas práticas quotidianas. Todavia, a ação comunicativa está inserida num mundo da vida que fornece uma cobertura protetora dos riscos sob a forma de um imenso consenso de fundo. As “proezas da comunicação explícitas que são alcançadas pelos agentes comunicativos dão-se no horizonte das convicções partilhadas e não problemáticas. A inquietação que surge com a experiência e a crítica choca com – segundo parece – a grande e imperturbável rocha que se projeta das profundezas dos padrões interpretativos previamente acordados, fidelidades e competências”⁹⁵³.

Nessa perspectiva, todo ato de fala em que o falante se entende com outra pessoa sobre algo, situa a expressão lingüística em relação ao falante, ao ouvinte e ao mundo. Assim, acontece uma ação comunicativa a partir de atos ilocucionários de fala, na qual um dos aspectos é a relação interpessoal, cujo interesse é sobremaneira importante quando se pretende discutir outras formas de tratamento dos conflitos (como a mediação) enquanto meio de obter consenso através de uma interação comunicada por atos ilocucionários, diferenciando-se da ação estratégica e dos atos perlocucionários nela contidos. É justamente através dos seus atos de fala que os participantes na interação alcançam feitos de coordenação através do estabelecimento de tais relações.

⁹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 126.

⁹⁵³ Ibidem, p. 127.

Os atos de fala, vistos como processos que operam através da ação comunicativa, são o entendimento, a coordenação da ação e a socialização. Aquilo que entra na ação comunicativa a partir dos recursos do pano de fundo do mundo da vida, flui através das comportas da tematização e possibilita o domínio das situações, constitui a reserva de conhecimento preservado no seio das práticas comunicativas. Esta reserva de conhecimento solidifica-se, ao longo dos caminhos da interpretação, em paradigmas interpretativos que vão sendo transmitidos⁹⁵⁴.

No entanto, a sociedade, enquanto mundo da vida simbolicamente estruturado, não se desenvolve e reproduz apenas por intermédio da ação comunicativa⁹⁵⁵. Pelo contrário, as interações estratégicas apenas podem ocorrer no seio do horizonte dos mundos da vida já constituídos noutros locais, mas precisamente enquanto opção alternativa em caso de falha das ações comunicativas. Ocupam, retrospectivamente, de certa forma, os espaços sociais e os tempos históricos. Desse modo, podem ocorrer seqüências de ação que são integradas não por valores, normas e processos de entendimento, mas por um exercício de influência recíproco (relações de mercado ou de poder, por exemplo). Retoma-se, assim, a abordagem do tipo perlocucionário/hobbesiano (ameaça, medo, etc) que se distancia daquela proposta pela interação comunicativa buscada nos procedimentos ilocucionários de mediação (promessas, pedidos, etc).

O êxito ilocucionário de um ato de fala mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo que a pretensão de validade levantada por meio dele encontra. Pressupõe-se uma situação de comunicação na qual os envolvidos assumam os

⁹⁵⁴ Nesse sentido, Habermas ingressa com definições específicas surgidas a partir do conhecimento e que fazem parte do espaço social e do tempo histórico. Assim, “*Cultura* é aquilo que definimos como reserva de conhecimento à qual os participantes na comunicação, ao entender-se uns com os outros, vão buscar as suas interpretações. Quanto à *sociedade*, consiste nas ordens legítimas através das quais os participantes na comunicação regulam as suas filiações em grupos sociais e salvaguardam a solidariedade. Na categoria de *estruturas de personalidade*, incluímos todos os motivos e competências que permitem ao indivíduo falar e agir, assegurando desta forma a sua identidade. [...] Explicar o motivo pelo qual, na transição da acção comunicativa para a acção estratégica, este cenário muda de uma só vez para todos os indivíduos participantes no processo [...]” (HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 139).

⁹⁵⁵ Prova disso se dá diante da constatação de que “mesmo os sistemas de acção que são altamente especializados na reprodução cultural (escola), ou integração social (o direito) ou socialização (família) não operam com base em distinções rígidas. Através do código comum da linguagem quotidiana, estes sistemas desempenham também conjuntamente as outras funções, mantendo, assim, uma relação com a totalidade do mundo da vida. Em suma, podemos dizer que este, na sua qualidade de contexto do significado simbolicamente estruturado que se estende por várias funções e formas de materialização, são formadas por três componentes *entrelaçadas entre si de uma forma equiprimordial*” (Ibidem, p. 142).

papéis de falante/ouvinte. Essa distribuição de papéis é essencial para a racionalidade comunicativa corporificada em processos de entendimento mútuo.

Contudo, para que se possam entender as relações interpessoais dos sujeitos comunicativamente socializados, é preciso partir da teoria social clássica que aborda a relação entre o indivíduo e a sociedade. Os sujeitos comunicativamente socializados jamais o seriam sem a rede de ordens institucionais e de tradições da sociedade e da cultura. O mundo da vida é nem mais nem menos estruturado pelas tradições culturais e ordens institucionais do que pelas identidades que surgem dos processos de socialização. Por esta razão, não constitui uma organização à qual os indivíduos possam pertencer enquanto membros, nem uma associação em que os mesmos se juntem, nem um coletivo composto por participantes individuais. Em vez disso, as práticas comunicativas quotidianas em que o mundo da vida se centra são alimentadas por intermédio de uma interação entre reprodução cultural, integração social e socialização, que se encontra por sua vez enraizada nestas práticas⁹⁵⁶.

As ordens normativas, quer se solidifiquem em instituições ou permaneçam livres como contextos transitórios, são sempre ordens de relações interpessoais. Mais uma vez, a sociedade e o indivíduo constituem-se reciprocamente. Todos os processos de integração social de contextos de ação são simultaneamente processos de socialização para os sujeitos capazes de discurso e ação formados neste processo e que, por sua parte, e em igual medida, renovam e estabilizam a sociedade como totalidade das relações interpessoais legitimamente ordenadas. Estas normas seriam resultantes de uma ordem sancionada a partir de um agir comunicativo nascido de uma intersubjetividade lingüisticamente mediatizada.

Nestes termos, sem a pretensão de suprimir um sistema coercitivo mínimo de tratamento de conflitos, as práticas de mediação, enquanto fomentadoras/restabelecedoras da comunicação entre os conflitantes, surgem como meios democráticos de reorganização das relações conflituosas baseadas no consenso. Sobre o consenso, é o debate que segue.

⁹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 143.

6.5 O consenso emerso da participação: na mediação a consensualidade e na jurisdição a normatividade

Segundo Habermas, o consenso social é o primeiro elo na formação da vontade coletiva tornando-se base para a legitimação, seja na teoria da ação como na teoria dos sistemas. Nestes termos, para se organizar a comunidade, o faz mediante um consenso normativo previamente assegurado pela tradição, na forma de um *ethos* compartilhado⁹⁵⁷. Todavia, esse consenso não pressupõe a concordância coletiva, embora essa seja a meta final, uma vez que a formação do consenso nasce de uma “tensão explosiva entre faticidade e validade⁹⁵⁸”. O consenso significa que toda a comunicação volta-se para o entendimento, compartilhando expectativas, buscando o acordo. Nessa perspectiva, quem fala aspira à validade de sua emissão, na ânsia do reconhecimento de seus interlocutores que encontram-se forçados, racionalmente, a assumir uma postura, admitindo ou não a validade da emissão⁹⁵⁹.

Contudo, ocorrendo o dissenso, os interlocutores buscam o restabelecimento do consenso através de argumentos, em decorrência da racionalidade comunicativa. Assim, enquanto critério de racionalidade, o ato de argumentar para o livre consenso é recomendação prática para uma boa convivência. Nesse sentido, a ação ligüística se orienta para o entendimento, sendo que o consenso dele surgido se fundamenta na validade de normas e de instituições, o que lhe confere legitimidade, obtida em ambiente não repressivo e de participação efetiva⁹⁶⁰.

⁹⁵⁷ Vide HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 2. p. 499 e HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 599.

⁹⁵⁸ Idem, 2000. p. 599.

⁹⁵⁹ Un consenso no puede producirse cuando, por ejemplo, un oyente acepta la verdad de una afirmación pero pone simultáneamente en duda la veracidad del hablante o la adecuación normativa de su emisión; y lo mismo vale para el caso en que, por ejemplo, o oyente acepta la validez normativa de su emisión; y lo mismo vale para el caso en que, por ejemplo, un oyente acepta la validez normativa de un mandado, pero pone en duda la seriedad del deseo que en mandato se expresa o las presuposiciones de existencia anejas a la acción que se le ordena (y con ello la ejecutabilidad del mandato) (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 2. p. 172).

⁹⁶⁰ “Os aspectos de decisão, bem como os actos de consentimento, são antes de mais, actos de participação. Por diversas razões, o seu valor provém do laço criado entre os indivíduos e da impressão que daí deriva de cada um ter importância aos olhos dos outros a partir do momento em

A legitimidade, enquanto relação entre a ordem institucionalizada e a concepção de justiça e de Direito prevalente na sociedade, requer, dentre outras, uma condição fundamental: o consenso, sem o qual não haverá, na sociedade, uma concepção de justiça e de Direito dominante. Nestes termos, o consenso aparece como um acordo, entre membros da sociedade, quanto às bases que devem presidir uma ordem política justa e sobre as quais ela há de operar adequadamente⁹⁶¹.

Assim o consenso possui como berço três idéias essenciais - escolha, confiança e razão –, que constituem juntas o sinal de união entre os homens, de um comprometimento nascido de razões comuns e, sobretudo, de uma prática inerente à democracia moderna⁹⁶². É nestes termos que o consenso nasce como uma estratégia mais democrática de gerir os desacordos/conflitos, permitindo que uma ação/relação comum se realize⁹⁶³.

Num primeiro momento, avistam-se as situações sociais em que se elabora o consenso, cuja característica principal é a escolha. É uma convicção generalizada de que a verdade e a força da escolha dependem da existência de um consenso que

que participa. Eles têm de facto necessidade de saber que dependem da sua energia e da sua habilidade, e assim adquirirão o sentimento de que esta energia ou esta habilidade são necessárias e que a sua presença é apreciada. Quando se diz ‘estar em contato com’, ‘ter uma missão’ ou ‘estar no movimento’, está-se a exprimir esse sentimento. E a sua verdade social é traduzida com a máxima subtilidade na frase comum ‘Fazer parte de ou não fazer parte de’” (MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso. Uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 61).

⁹⁶¹ O termo consenso denota a existência de um acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar. Se se considera a extensão virtual do consenso, isto é, a variedade dos fenômenos em relação aos quais pode ou não haver acordo, e, por outro lado, a intensidade da adesão às diversas crenças, torna-se evidente que tem um sentido relativo: mais que de existência ou falta de consenso, dever-se-ia falar de graus de consenso existentes em uma determinada sociedade ou subunidades. É evidente, além disso, que se deveria atender principalmente às questões relativamente mais importantes e não a aspectos de pormenor (SANI, Giacomo. Consenso. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 240. v. 1).

⁹⁶² Neste sentido, ver MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso. Uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 7 e et seq.

⁹⁶³ É importante a leitura de George Monbiot que, na obra “A era do consenso”, analisa o anarquismo e o socialismo, concluindo que é impossível viver sem Estado. Desse modo, sugere a democracia como o “sistema *menos pior*”. Assim, “fui forçado a adotar a democracia como o meu modelo básico depois de ter examinado as alternativas, as duas ideologias – marxismo e anarquismo – que junto com o movimento pela justiça global direta ou indiretamente competem com o pacote de posições políticas geralmente conhecido como ‘democracia’” (MONBIOT, Geroge. *A era do consenso*. Um manifesto para uma nova ordem mundial. Tradução de Renato Bittencourt. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004. p. 35).

elimina o perigo de se cometerem erros. O consenso torna-se o recurso ideal para vencer a dúvida que resulta da comparação de opiniões, da troca de argumentos contra e a favor, como se ele fosse a única possibilidade de prevenir um erro de avaliação, mas também para pôr termo à divisão, às incompreensões, entre os defensores de posições diferentes. Justamente por isso ele é peça chave nas práticas de mediação, local onde se consensua quanto ao procedimento em si (mediação) e sobre os caminhos para tratar o conflito.

Numa segunda hipótese, o ato de consentir pode ser entendido como vontade de um indivíduo de se associar aos outros. O fato de aprovar o sistema de valores do grupo do qual se pretende associar significa disposição de partilhar da mesma sorte, qualquer que seja. Assim, o consentimento dado em público sanciona o envolvimento e garante aos outros o pertencimento à mesma espécie, que pode ser traduzida por uma atitude comum e por um comportamento em conformidade⁹⁶⁴. Em resumo: a convergência dos indivíduos, envolvendo-se mutuamente em matéria atinente aos seus interesses ou ideais, alimenta a sua confiança recíproca. Desse modo, tudo pode ser discutido, posto em questão mediante atos ou palavras, exceto a obrigação de chegar a conclusões comuns e esperar que ela sejam mantidas. Aqui, uma vez mais, a mediação aparece como prática cabível para alcançar o consenso, pois a decisão não é imposta, e sim consensuada entre as partes com a ajuda de um mediador que estabelece e fortalece os elos de confiança entre as mesmas.

Nesse sentido, Habermas⁹⁶⁵ já afirmava que aquilo que resulta manifestamente de uma pressão exterior não pode ser tomado em linha de conta como acordo, repousando tão-somente sobre convicções comuns. Por isso, não se faz necessário que cada indivíduo fique a perguntar a si próprio se consente ou não nas atitudes e nas escolhas da maioria. Nem que os elementos de um grupo se decidam em silêncio por uma solução antes de o terem integrado por meio de um voto. Se faz

⁹⁶⁴ Segundo Durkheim, o que faz a unidade das sociedades organizadas, como de qualquer organismo, é o *consensus* espontâneo das partes, é esta solidariedade interna que é tão indispensável como a ação reguladora dos centros superiores e que, por outro lado, é a sua condição necessária, porque eles não fazem mais do que traduzi-la numa outra linguagem e, por assim dizer, consagrá-la (DURKHEIM, Emile. *Lês formes Elémentaires de la Vie Religieuse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1979).

⁹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

necessário um encontro, um debate, ou mesmo uma expressão pública que preserve as consciências do adormecimento e lhes dê oportunidade de renovar o crédito que elas merecem. O que contribui para essa renovação é a convicção de que, exceto no caso de existirem razões de peso para supor o contrário, o estado de confiança estabelecido continuará indefinidamente.

Por fim, a ligação do consenso à prática e à cultura da razão se fundamenta no conceito de que os homens se associam e reconhecem uma forma de poder. Convencidos de que a natureza humana é a mesma em todas as latitudes e em todas as épocas, eles acreditam na harmonia entre as idéias e os objetivos. O único modo de abordar escolhas difíceis da vida em comum conforme a razão é o de se informar, reconhecer a realidade dos conflitos e procurar uma solução esclarecida no meio das posições antagônicas. Em outras palavras, descobrir aquilo que, sob uma aparente diversidade, pode reunir o seu consenso.

Todavia, a estabilização advinda do consenso é instável. O risco do dissenso⁹⁶⁶ é compensado por instituições sociais, como o Direito. As ordens sociais, ou cadeias comunicativas, estruturam-se sobre precários entendimentos, ameaçadas pelo risco do dissenso, e, por isso, com alto custo social. As alternativas vão desde a circuncisão autoritária até o debate democrático plural que desemboca no Direito, passando pela assunção de uma posição estratégica, ou *free rider*⁹⁶⁷, aquele que se aproveita de toda e qualquer situação. A motivação racional que repousa sobre o poder-dizer-não forma uma esteira de problematização à luz da qual a formação lingüística do consenso aparece mais como um mecanismo destrutivo. É que o risco

⁹⁶⁶ Referindo-se à importância do dissenso para a existência e a continuidade de uma democracia, Giulio Chiodi o qualifica como, num primeiro momento, o contrário do consenso, mas posteriormente ressalta que o “dissenso, nonostante il suo più diretto senso terminologico, non è da concepirsi come un no, ma piuttosto come un sì. Non va preso semplicemente come un opporsi e tanto meno un vuoto opporsi, bensì va considerato essenzialmente dotato di un contenuto positivo. È un sì a qualcosa di disatteso, ignorato o ostacolato, è un sì a ciò che viene proposto come correttivo o come alternativa. È in quest’ottica che dobbiamo qui parlare di dissenso. Così inteso è una sorta di altra faccia del consenso, è anch’esso un consenso, sebbene sempre un consenso contrapposto. Non deve tuttavia essere confuso, proprio per l’accezione politico-sociale che qui gli è data, col consenso CHIODI, Giulio M. Sulla crisi del dissenso. In: TREVES, Renato. *Crisi dello stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1978. p. 117).

⁹⁶⁷ “così si chiama nel linguaggio scientifico il ‘furbo’ che vuol godere dei vantaggi del bene pubblico senza contribuire ai costi. Di chi ha bisogno il *free rider*? Ha bisogno de una cosa semplicissima, del suo contrario. Il suo contrario è l’onesto; se gli economisti ci insegnano che quello del furbo è un comportamento economicamente spiegabile, non ci dicono nulla invece su come mai sopravviva, e per fortuna in maniera più generale, la razionalità del ‘pollo’, dell’onesto” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 276).

de dissenso é alimentado sempre a cada passo através de experiências que quebram a rotina do auto-evidente, constituindo uma fonte de contingências. “Elas atravessam expectativas, correm contra os modos costumeiros de percepção, desencadeiam surpresas, trazem coisas novas à consciência. Experiências são sempre *novas* experiências e constituem um contrapeso à confiança⁹⁶⁸”.

Os riscos advindos da quebra de rotina das novas experiências são atenuados pelo pano-de-fundo proporcionado pelas interações consensuais (mundo da vida) nas quais os participantes movem-se através de convicções consensuais, adquirindo recursos para a interação cotidiana. Para revelar como esses consensos⁹⁶⁹ são formados, Habermas recorre à situação problemática de consensos estáveis que se vêem problematizados. Assim, em argumentações, Habermas afirma que “la fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones”⁹⁷⁰. O comportamento do falante na argumentação demonstra sua racionalidade: retrair-se ou comportar-se dogmaticamente denota irracionalidade; a aceitação ou rechaço através de argumentos vislumbra uma ação racional⁹⁷¹. Os atores sociais demonstram no seu cotidiano diferentes formas de argumentações que servem de pistas para o descobrimento de diferentes tipos de atos de fala e ações sociais.

Esses diferentes meios de argumentação formadores do consenso não garantem nenhuma verdade ou exatidão, não podendo ser identificado como algo absoluto e sim como básico para o reconhecimento racional de valor. Justamente porque todos os argumentos são essencialmente falíveis, nenhum consenso é definitivo, e Kaufmann prefere substituir a ênfase ao consenso pelo que ele chama de princípio da convergência, de modo que a verdade ou correção de um enunciado não se dá pela existência do consenso, mas pelo fato de que muitos sujeitos têm conhecimentos convergentes sobre o mesmo tema entre si. Por isso, a teoria da

⁹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 85.

⁹⁶⁹ “O acordo comunicativo não nega a racionalidade cientificista, porém a proposta coloca como condição básica do saber uma fundamentação que transcende a projeção feita unicamente com vistas à auto-realização do indivíduo em si. O consenso torna-se, portanto, a base das proposições e normas que emergem dos acordos lingüísticos à medida que pressupõe um modelo argumentativo que interliga a comunidade real com a comunidade ideal de comunicação [...]” (PIZZI, Jovino. *Ética do Discurso: a racionalidade ético-comunicativa*. Porto Alegre: Edipucrs, 1994. p. 34).

⁹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999. v. 1. p. 37.

⁹⁷¹ *Ibidem*, p. 37.: “A la susceptibilidad de fundamentación de las emisiones o manifestaciones racionales responde, por parte de las personas que se comportan racionalmente, la disponibilidad a exponerse a la crítica y, en caso necesario, a participar formalmente en argumentaciones”.

convergência afasta o critério analítico do sujeito e do objeto. Em resumo, o meio para confirmação da meta é o consenso, porém o fundamento para a exatidão desse consenso não é o consenso ideal, e sim a convergência⁹⁷².

A última afirmativa é fundamentada, segundo Habermas, no sentido de que, uma vez libertados de suas perspectivas egocêntricas e abertas à argumentação, podem os atores buscar cooperativamente reproduzir ou mudar seu mundo, interagindo, trocando experiências e formando um pano de fundo comum⁹⁷³. Assim, o mundo dos participantes pode evoluir e ser modificado. Porém, ao interagir e trocar experiências, os atores assumem o risco de dissenso. Desse modo, se quiserem conviver, precisarão reconstruir comunicativamente, através de novos consensos, o seu mundo da vida. Essa reconstrução, que se faz necessária a partir do conflito/dissenso, pode ocorrer através da mediação enquanto meio de restabelecimento da comunicação.

Assim, o caráter relacional do homem ganha importância para o Direito na teoria habermasiana especialmente quando a preocupação é identificar critérios que acompanharão o cidadão num Estado em transformação, apontando os mecanismos que servirão para tratar os conflitos, possuindo como fundamento o consenso na convergência de uma proposta conciliadora. Geralmente, um forte consenso é preparado por uma quantidade substancial de trocas entre os membros do grupo que acentuam as reações e posições que se conjugam. E não há dúvida nenhuma que, ao reunirem-se e ao falarem em conjunto, eles põem em evidência os valores dominantes entre si e aos quais estão ligados. De algum modo, o fundamental transforma-se e aquilo que se tem em comum torna-se manifesto, da mesma

⁹⁷² KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Colombri: Temis, 1998. p. 51 et seq.

⁹⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 103: “El concepto de mundo subjetivo nos permite distinguir del mundo externo no solamente nuestro propio mundo interno, sino también los mundos subjetivos de los otros. Ego puede considerar cómo determinados hechos (aquello que él juzga como estados de cosas existentes en el mundo objetivo) o cómo determinadas expectativas normativas (aquello que él juzga como ingrediente legítimo del mundo social compartido) se presentan desde la perspectiva de alter, esto es, como ingredientes del mundo subjetivo de éste; puede además considerar que alter considera a su vez cómo aquello que él (alter) juzga como estados de cosas existentes o como normas válidas se presentan desde la perspectiva de ego, es decir, como ingrediente del mundo subjetivo de éste. Los mundos subjetivos de los implicados podrían entonces hacer de espejos donde lo objetivo, lo normativo, y lo subjetivo del otro, se reflejasen mutuamente cuantas veces quisiera. Pero los conceptos formales de mundo tienen precisamente la función de impedir que el acervo de lo común se evapore en este libre movimiento del recíproco reflejo de subjetividades; permiten adoptar en común la perspectiva de un tercero o de un no implicado”.

maneira que vemos o patriotismo, habitualmente adormecido, acordar e comandar os sentimentos e as atitudes de todos (por ocasião dos Jogos Olímpicos, por exemplo, ou se uma ameaça política acontece). Resulta de imediato uma ligação mais apertada, um consentimento mais firme, mesmo mais extremo. A maioria procura, neste caso, aproximar-se da minoria que participa, movida por uma necessidade semelhante. E basta esta convergência para que a decisão visando o consenso seja algo mais do que um compromisso⁹⁷⁴.

Todavia, a participação poderá ser consensual ou normalizada, tudo depende do modo como se desenrola. A participação consensual desenrola-se de modo a manter o equilíbrio entre os indivíduos, sem privilegiar a maioria nem prejudicar a minoria, as quais, aparentemente, podem exprimir-se fora de qualquer regra prescrita⁹⁷⁵. Ela deve prosseguir sem que ninguém possa restringi-la ou pará-la, mesmo por supostas razões objetivas, para que cada um possa daí retirar a impressão de contribuir para o consenso e para a sua renovação. A participação de todos os indivíduos é desejável de modo que eles a assimilem e a ela melhor adiram sem se deixarem aprisionar pelos interesses, juízos ou escolhas pessoais, porque se espera que eles compreendam onde residem os seus interesses, quais são as suas representações comuns e se sintam justificados uns pelos outros. O indivíduo sai, assim, da clausura do seu poder particular e acede ao poder coletivo de participar nas escolhas, na formação do consenso que ele faz e de que assume as conseqüências⁹⁷⁶.

Já na participação normalizada, o acesso dos membros do grupo à discussão e ao consenso é regulado pela hierarquia existente. Distinguem-se, assim, pela competência relativa atribuída a cada um, o grau com o qual podem implicar-se na comunicação e na conclusão de um acordo. Neste âmbito, tudo o que levanta um problema e exige uma decisão, quer se trate de um litígio ou de uma aceção a

⁹⁷⁴ MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuino. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 81-82.

⁹⁷⁵ Nesse sentido, Gramsci já escrevia que, para muitos organismos sociais, é “uma questão vital, não o consenso passivo e indireto, mas o consenso ativo e direto, portanto, a participação dos indivíduos mesmo se dá origem a uma aparência de desagregação e de desordem. Uma consciência coletiva é, com efeito, um organismo vivo, ela só se forma depois da multiplicidade se ter unificado através da atividade dos indivíduos... Numa orquestra que está a ensaiar, cada instrumento a tocar sozinho dá a impressão da mais horrível cacofonia; e, no entanto, estes ensaios são a condição da existência da orquestra como um instrumento único” (GRAMSCI, A. *Note sul Machiavelli*. Milano: Einaudi, 1953. p. 143).

⁹⁷⁶ MOSCOVICI; DOISE, op. cit., p. 76-77.

realizar, sobe da base ao topo para ser resolvido. Com este procedimento, esbatem-se, de algum modo, as diferenças, diluem-se as controvérsias, reduzindo gradualmente o ardor dos debates. Limitam-se, assim, as oportunidades de participar nas divisões ao comprimir uma ou outra alternativa inassimilável. Nestas condições, é evidente que as pessoas se sentem reticentes em formular aquilo que pensam ou desejam, como se temessem a hostilidade dos seus semelhantes. E ao não dizerem nada, elas consentem. Por maioria de razão, se têm um estatuto inferior ou se fazem parte de uma minoria, temem enunciar juízos que se opõem aos indivíduos de estatuto superior ou que pertencem àquilo que eles supõem que seja maior. Têm medo de serem considerados como adversários, ou têm a impressão de não estarem a seguir as regras corretas das comunicações, ou os procedimentos adequadamente concebidos de modo a criarem reticências à participação ou a censurarem os desacordos⁹⁷⁷.

A participação consensual se insere na dicotomia mecanismos conflituais/mecanismos consensuais utilizados para tratar os litígios. O que se observa é que, para o tratamento dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Assim, os sistemas judiciários estatais tornam-se os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas já expostas mediante uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada⁹⁷⁸. Nestes termos, cabe ao Judiciário, em havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição).

É nesses termos que a mediação se dá como prática comunicativa que gera participação consensuada, possibilitando sair da estagnação para chegar à mudança, permitindo a passagem - na tomada de decisão - de uma forma de participação normalizada/normativizada para uma forma consensual/consensualizada. Nesse sentido, as decisões visando o consenso ocorrem de modo diferente segundo a forma de participação. A participação consensuada oferece a possibilidade - a indivíduos sem nenhum privilégio em

⁹⁷⁷ MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 78.

⁹⁷⁸ Ver o capítulo terceiro que discute a jurisdição e suas crises, especialmente quanto ao positivismo jurídico e à teoria da "norma fundamental" defendida por Kelsen.

relação aos outros - de se confrontarem e se pronunciarem no decorrer de uma deliberação, sem constrangimento ou limitação de tempo. O acordo alcançado transforma o conflito na medida em que as posições se transmutam em alternativas relacionadas a um mesmo objetivo ou problema entendido de modo idêntico. Já a participação normatizada se relaciona com homens que tem trunfos específicos de acordo com a modalidade que define o conflito, orientando as deliberações de modo a favorecer uma hierarquia de opiniões correspondente à hierarquia dos indivíduos⁹⁷⁹ e obedecendo, principalmente, uma hierarquia legal em cujo topo da estrutura encontra-se a figura do juiz, que “diz o Direito”.

Na mesma linha da participação consensuada, a justiça consensual⁹⁸⁰ surge como resposta ao disfuncionamento do modelo judiciário tradicional, resgatando um modo de regulação social que, embora possa ser percebido como um instrumento de integração, apresenta-se como um procedimento geralmente informal, através do qual um terceiro busca promover a comunicação e, conseqüentemente, as trocas entre as partes, possibilitando que as mesmas se confrontem, em igualdade de posições, buscando o consenso. Essa busca pelo consenso ocorre mediante a apropriação, pelas partes, do poder de tratar seus conflitos.

A principal diferenciação que se impõe ocorre entre a estrutura dos procedimentos atinentes à justiça consensual (práticas de ADR), nos quais se verifica uma postura díade/dicotômica que pretende a construção – por parte dos envolvidos e não de um terceiro - de uma resposta à disputa e às práticas jurisdicionais convencionais, nas quais se verifica o caráter triádico em que um terceiro alheio ao conflito impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito. Nesse diapasão é que se propõe “como gênero o estereótipo

⁹⁷⁹ [...] “a participação consensual teria como efeito elevar o grau de implicação coletiva e a participação normativa de o diminuir. Concluimos, a partir daí, que uma polariza as decisões que conduzem ao consenso e que a outra as modera. A primeira faz convergir os membros do grupo para o pólo dos valores já partilhados por eles antes de tomarem parte na decisão e a segunda para o meio termo” (MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 82).

⁹⁸⁰ Dessa forma, poderíamos construir um quadro para objetivar uma demonstração do modelo de justiça consensual, como apontado anteriormente: 1. Quanto às características: aponta para uma informalização dos procedimentos, onde a troca de informações e a reconstrução do quadro geral do conflito são as feições marcantes; 2. Os problemas que estariam ligados à mesma diriam respeito ao controle social de seu funcionamento e de suas decisões, bem como o problema da profissionalização da sua prática, apontando para uma possível burocratização e encarecimento em razão do surgimento de uma nova “profissão”, a do mediador/árbitro e de uma estrutura procedimental burocratizada (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 130).

jurisconstrução, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito que reúne as partes”⁹⁸¹.

É claro que esse modelo inovador de jurisdição denominado de jurisconstrução, que tem por objetivo principal alcançar o consenso, não pretende supor que as relações sociais aconteceriam (partindo de sua instauração) de maneira sempre harmônica e livre de qualquer dissenso. Não é possível imaginar uma sociedade fundada no desaparecimento do conflito, uma vez que é ele que constitui o social, possibilitando relações democráticas. Mas, não obstante tais limites, os mecanismos consensuais de reconstrução/construção de consensos possibilitam evitar/reparar as deficiências instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, dentre outras, próprias da jurisdição estatal.

A abordagem do consenso político advindo do contratualismo constituinte do monopólio da coerção estatal será objeto de análise adiante.

6.6 Em Hobbes, o consenso induzido; na mediação, o consenso construído: nasce um novo contrato social?

O consenso atualmente é utilizado como uma espécie de talismã, muitas vezes invocado como meio de apresentar todo um programa de políticas públicas. O diretor de um hospital, um deputado, um ministro, o reitor de uma universidade, todos são autoridades que, quando questionados sobre suas intenções, afirmam que atuarão sempre “por consenso”. Mas de onde procede a idéia de consenso? Utiliza-se a sua expressão muitas vezes associada ao diálogo comunicativo⁹⁸², que se

⁹⁸¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 130.

⁹⁸² Conforme se pode ver nos itens anteriores.

torna o meio de abertura para toda e qualquer discussão e decisão. Assim, um diálogo permanente, fluído e ininterrupto é visto como meio de alcançar o consenso.

Porém, historicamente, o consenso procede do contratualismo, ou seja, da doutrina contratualista da qual se edificou a ordem social como produto de um contrato⁹⁸³. A partir do nascimento do Estado como poder organizado, que sobrevive ao príncipe, que dispõe de um exército para defender-se e de uma justiça que impõe paz entre os combatentes, a origem estatal perde seu substrato divino, apresentando-se com credenciais terrenas, dentre elas, e principalmente, a busca permanente por legitimação.

Nestes termos, a base do Estado e do poder político são a força e o consentimento organizados. Segundo Maquiavel⁹⁸⁴, um Estado é a suprema construção da inteligência e da virtude humanas, uma estrutura viva geradora de ordem porque é, em si mesma, a “ordem”. Por isso, ele é um meio, senão um fim, cuja meta principal é conservar-se. Sendo assim, o Estado nasce concebido, acima de tudo, como uma estrutura de poder, consensualmente criado.

Já a concepção hobbesiana trabalha com a idéia de uma construção jurídico-política na qual o “Estado é a máquina das máquinas”, o Leviatã que põe fim a um hipotético estado de natureza no qual os homens se encontram submersos na guerra de todos contra todos. O Estado se apresenta com uma natureza artificial, oposta à natureza humana, justamente por isso útil para garantir a sobrevivência do homem, ainda que isso custe sua liberdade e autonomia. O poder absoluto do Estado, defendido por Hobbes, advém de um contrato social cujo fundamento teórico era o consenso. Com base nesse consenso, o Estado soberano decide sem pedir permissão a ninguém⁹⁸⁵.

⁹⁸³ “La teoria del diritto moderno si era posta il problema e lo aveva risolto mettendolo sullo sfondo: era il contratto sociale, remoto, immaginario, necessario, presupposto, artificiale, quello in cui si risiedeva il consenso. Da quel momento in poi, da quell'atto di legittimazione senza storia, sarebbe stata la forma della legalità ad evitar la ‘paralisi’ del consenso. Da quel momento in poi, dal riconoscimento del carattere artificiale e convenzionale della ragione giuridica e delle sue decisioni, è possibile dire che nei giorni pari prestiamo consenso e nei giorni dispari manifestiamo dissenso” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 252-253).

⁹⁸⁴ MAQUIAVEL, Nicolo. *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: LPM, 2007.

⁹⁸⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O consenso tem importância na obra de Hobbes somente no momento constitutivo da sociedade civil, quando os homens decidem e consentem em pôr fim à sua condição natural, alienando os seus poderes a um homem ou a uma assembléia de homens investidos, doravante, no poder comum soberano. O consenso se manifesta e se exaure no momento constitutivo do Estado, tornando-se o poder dos governantes exclusivamente coercitivo, fundado sobre a força, sobre o medo comum dos súditos frente ao Leviatã⁹⁸⁶.

Entretanto, o caminho percorrido pela teoria hobbesiana não vai direto do consenso à coação, e sim num trajeto um tanto quanto acidentado, do consenso à coação e novamente ao consenso. Portanto, o consenso reencontrado após a coação não possui mais as características da espontaneidade e da liberdade próprias do consenso originário, tornando-se somente “consenso indotto”, artificialmente fabricado com a elaboração e o emprego de técnicas e estratégias apropriadas⁹⁸⁷. Conseqüentemente, esse consenso “induzido/manipulado” é também força e violência e não escandalizaria Hobbes uma vez que ele próprio não afastou o uso da força na busca de um “modo politico di costringere piú sottile e penetrante del timore⁹⁸⁸”, modo que hoje pode ser visto e representado na educação, na persuasão oculta ou na manipulação. É importante reconhecer que através da manipulação se podem obter resultados rápidos e consideráveis se comparados àqueles que se conseguiria mediante a ameaça de sanção⁹⁸⁹.

A aspiração última de Hobbes parece ser aquela de conduzir os homens ao conformismo feliz, de alcançar o superamento também do “medo comum”, “organizado”, ao “medo de um *poder comum*, o medo dos súditos diante do poder absoluto do soberano”, na qual se transformou “o medo anárquico”, o “medo recíproco”, entre os homens do estado de natureza⁹⁹⁰. Isso se interpreta da declaração hobbesiana de que não é tanto uma questão de constranger os homens

⁹⁸⁶ PASINI, D. “Paura reciproca” e “paura comune”. In: *Rivista internazionale della filosofia del diritto*. IV, serie, fascicolo 4, ottobre-dicembre, 1975. p. 686.

⁹⁸⁷ BARBA, Vincenzo. “Opinione” e “consenso” in Hobbes. In: DINI, Vittorio. *Soggetti e potere. Un dibattito su società civile e crisi della politica*. Napoli: Bibliopolis, 1984. p. 151.

⁹⁸⁸ VIOLA, F. *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 68.

⁹⁸⁹ “quando cioè l'individuo non è spinto ad adottare un certo comportamento dal timore delle sanzioni, ma è portato dai condizionamenti ideologici a desiderare entusiasticamente l'azione richiesta (BARBA, op. cit., p. 152).

⁹⁹⁰ Vide PASINI, 1975. p. 684 e BARBA, 1984. p. 152.

a obedecer às leis com o uso ou a ameaça do uso do aparato coercitivo, pelo contrário, se deve induzi-los, educá-los a amar a “obediência”⁹⁹¹. Nesse sentido, as decisões do soberano passam a ser vistas não mais como imposições, mas como autodeterminação do cidadão.

No entanto, a plena identificação entre o cidadão e o Estado para a qual Hobbes parece se inclinar é só uma meta ideal nunca perfeitamente alcançada. Trabalhando com essa lógica, ele propõe a “teoria da autorização” na tentativa de demonstrar de maneira rigorosamente lógica e científica essa identidade. Elaborando a teoria da autorização, a pretensão é de alcançar objetivos preclusos à teoria do consenso. De fato, esta última se contenta em estabelecer que cada obrigação exista mediante consenso do obrigado. Já com a teoria da autorização, se pode obter mais. É possível fazer com que o soberano receba não só o consenso dos súditos, mas a sua capacidade de consentir, a sua consciência privada. A teoria da autorização contempla, assim, o desaparecimento do conflito entre razão pública e juízo privado e do caráter coercitivo da lei que “ben si spiega nell’ottica del consenso, ma non già in quella dell’autorizzazione”, do momento que “autorizzare” significa considerar como própria a vontade do soberano⁹⁹².

Nestes termos, a teoria da autorização pode ser bem aceita pelo súdito nos conflitos com o soberano, porque faz qualquer indivíduo sonhar em ser semelhante àquele homem ou àqueles poucos homens que detêm o máximo de poder a que cada pessoa naturalmente aspira, porque satisfaz fantasticamente o insuprimível desejo humano de domínio. Por conseguinte, a teoria da autorização é um engano soberbo, um delicado engenho com o qual se quer induzir o cidadão a permanecer de fato excluído. Contudo, para que o soberano possa manter a ordem desejada da maneira mais pacífica possível, alimenta nos súditos a ilusão de poder.

⁹⁹¹ Essa concepção de obediência por educação, por persuasão, produto de um consenso induzido, é revisitada posteriormente por Max Weber, especialmente quando ele escreve “*A ética protestante e o espírito do capitalismo*” (conforme se pode avistar no quarto capítulo da tese). Especificamente nessa obra weberiana, o homem vem descrito como um ser “educado” e cujas concepções religiosas não permitem a rebelião. Assim, ele trabalha e se esforça por adequar sua vida e sua rotina aos ditames e valores morais impostos pelo Estado e, principalmente, pela ética moral protestante. No mesmo sentido, é importante a leitura de ELIAS, Norbert. *A sociedade de corte*. Tradução de Pedro Sússekind. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 e ELIAS, Norbert. *O processo civilizador. Formação do Estado e civilização*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v. 2.

⁹⁹² VIOLA, F. *Behemoth o Leviathan?* Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes. Milano: Giuffrè, 1979. p. 225.

Conseqüentemente, a teoria hobbesiana parte do pressuposto que a coerção e a violência do Estado podem assegurar a estabilidade da ordem social. Assim, lança mão do poder político delegado pelos súditos para cumprir seus objetivos. Mas como se dá o processo político de legitimação do poder? As relações advindas da sociedade política e o poder político traduzem a legitimação do último em duas hipóteses: ou o titular de mando impõe a sua vontade pela força, coagindo seus membros à aceitação (neste caso acontece a aceitação forçada), ou o titular do mando recebe a aceitação espontânea de sua vontade pelos membros da comunidade porque os últimos reconhecem o direito de mandar do primeiro (aqui a aceitação é espontânea, ou seja, do consentimento comum, que radica no reconhecimento do direito de mandar, ou seja, na legitimidade)⁹⁹³.

Ao introduzir a discussão quanto à legitimidade política, Darnstädt, numa opinião polêmica e de forte cunho contestador, afirma que o consenso nasce como idéia de “organizar a irresponsabilidade⁹⁹⁴”, pois graças a esse método de tomada de decisões, nada é responsável por nada. É um toma lá dá cá que se dilui. Na sua opinião, o problema reside no âmago da eterna questão sobre a legitimidade do poder e da busca do interesse geral. Uma das tentativas de resolução do problema foi identificar o Poder Legislativo como depositário da vontade popular e, portanto, como o garantidor de legitimidade. Mas o Estado Democrático se transforma em um Estado de partidos, o que o obriga a buscar novas “legitimidades”, chamadas a serem assumidas e incorporadas nas estruturas históricas tradicionais. Se complica, assim, o mecanismo de tomada de decisões. Justamente por isso, Darnstädt, em seus trabalhos, define o consenso como uma armadilha, um ardil.

Desse modo, a legitimidade encontra-se relacionada à conformidade entre o conjunto de valores subjacentes à ordem política e à concepção de justiça e de Direito prevalente em uma determinada sociedade. Assim, a ordem política legítima

⁹⁹³ Legitimidade, portanto, são todos aqueles atributos de que se reveste a titularidade do mando político de modo a produzir a aceitação espontânea da comunidade. Esses atributos da titularidade do mando ligam-se, principalmente, à origem deste, aos objetivos que realiza e ao modo como é exercido. Esses atributos constituem juízos de valor sobre a justiça, a regularidade e a correção de que se reveste o mandato no meio em que ele opera, qual seja a ordem política (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 55-56).

⁹⁹⁴ Vide DARNSTÄDT, Thomas. *La trampa del consenso*. Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner. Traducción de Francisco Sosa Wagner e Juan Martinez de Luco Zelmer. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

é aquela fundada em um quadro de valores que se adequou aos valores dominantes na sociedade e, portanto, dela recebe aceitação espontânea. Porém, não se pode encontrar uma legitimidade absoluta na qual o contexto social, sem a menor discordância, concorde com a totalidade dos valores da ordem política. Nem a ilegitimidade absoluta é possível: o poder que careça de um mínimo de apoio social cai automaticamente com a ordem política correspondente para ser substituído por outro com pretensão à legitimidade.

No entanto, não se pode aferir, de modo rigoroso, a legitimidade⁹⁹⁵. Sua mensuração é fluída e, muitas vezes, polêmica. É possível fazê-lo por meios indiretos: quando o recurso à força, para compelir à obediência, é limitado e ocorre sem quebra do sistema jurídico; quando a sociedade está livre do medo diante do poder; quando as eventuais minorias contestatórias do regime, sentindo-se alienadas da sociedade como um todo, recorrem ao terror, ou seja, à violência desesperada, sem critério e indiscriminada, alienando-se definitivamente da sociedade. Critério interessante para avaliar a legitimidade reside no comportamento das minorias diante da maioria que controla o mando. Se elas aceitam o resultado do jogo político e se submetem espontaneamente ao seu governo, temos o sinal mais evidente de legitimidade⁹⁹⁶.

Contudo, mesmo sendo legítima por muito ou pouco tempo, uma ordem política pode perder essa característica seja porque os valores dominantes no seu corpo social sofreram alterações e a ordem institucionalizada não se adaptou à nova situação, ou porque a ordem política deixa de funcionar adequadamente, mostrando-se incapaz de administrar, com êxito, os conflitos políticos e de superar as tradicionais crises advindas de um processo histórico. O inverso também pode ocorrer: uma ordem política, anteriormente ilegítima, pode, com o tempo, obter legitimidade. Esse último processo de legitimação ocorre com freqüência, pois dificilmente uma ordem política nasce já perfeitamente legítima. Para que a legitimação ocorra, é necessário que a ordem vigente seja capaz de funcionar bem, produzindo resultados satisfatórios à sociedade.

⁹⁹⁵ Vide FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 83 et seq.

⁹⁹⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 57-58.

De fato, o consenso advindo da legitimidade alcançada por uma determinada ordem política pode ser classificado em duas espécies, conforme sua fonte. Por um lado, pode decorrer de uma concordância ampla de crenças, sentimentos e valores já instituídos na sociedade mediante uma lenta e gradual evolução histórica⁹⁹⁷. Mas, se não houver, na sociedade, consolidado pela história, um consenso social, o que tornará legítima a ordem política⁹⁹⁸ é a obra estritamente política, construída permanentemente até que, talvez com o tempo, possa vir a criar raízes na sociedade como consenso social.

Porém, o consenso político dificilmente logrará obter o apoio social unânime, que tenderá a ser difuso, como difusa é a concentração do poder da sociedade. No caso do consenso político apoiado num consenso social, o apoio consciente e voluntário das lideranças dessas forças da sociedade basta para assegurar a sua preservação. No caso de consenso estritamente político, uma articulação dessas forças válidas, num pacto explícito ou implícito que sustente a ordem, passa a ser uma condição *sine qua non* do consenso, e, portanto, da legitimidade do regime⁹⁹⁹.

O consenso social dá suporte à classificação entre sociedades apaziguadas e conflituosas. Nas primeiras, as tensões internas não afetam fundamentalmente a unidade e as diferenças sociais são resolvidas conforme procedimentos de negociação, ignorando partidos que ponham em causa a legitimidade das instituições estabelecidas. Nas sociedades apaziguadas, o consenso político encontra-se inserido no social em sentido amplo. Assim, contido no social, o político não se torna um problema autônomo. Todavia, a grande maioria das Constituições dessas sociedades se preocupa em preservá-lo e reforçá-lo como condição da democracia e da sobrevivência do próprio consenso social. Isso se dá porque o caminho para um consenso social foi sempre aberto pelo político.

⁹⁹⁷ Esse é o consenso denominado “social” por Burdeau, próprio do que ele domina de “sociedades apaziguadas” (BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale, 1966. p. 18 et seq.).

⁹⁹⁸ Quanto ao consenso político, é importante observar que ele não é uma unidade pronta, constituída por cidadãos, mas uma unidade de fazer que esses mesmos cidadãos se propõem a constituir, pois é pelo acordo que eles podem edificar uma lei comum, fora da qual sua obediência seria simplesmente servidão. Vide BOURRICARD, F. *Esquisse d'une théorie de l'autorité*. Paris, [s. ed.], 1961. p. 09 et seq.

⁹⁹⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 66.

Já nas sociedades conflituais, a diversidade de representações que os integrantes fazem da ordem desejável é tão grande que tende a ameaçar a coesão do todo. As tensões não são apenas o reflexo normal da oposição de interesses ou crenças: põem em causa a própria legitimidade das instituições. É nessas sociedades que, na carência de um consenso social, se coloca a questão do consenso político expresso em uma constituição escrita ao redor das regras relativas ao jogo político e de certos princípios elementares de respeito e convivência, sem o que a competição pelo poder, elemento chave do regime democrático, ou não funcionará ou, se funcionar, fará sucumbir à coesão social¹⁰⁰⁰.

Portanto, se faz importante abordar o debate central entre as correntes sociológicas modernas que discutem qual, em última instância, é o fator decisivo da ordem social: o consenso ou a coerção. A partir de Hobbes, observamos que o consenso pode ser induzido e trazer em si o medo, agora não mais dos outros homens, mas da sanção estatal em caso de descumprimento das leis. O capítulo quinto abordou, de maneira pormenorizada, a concepção de que a ordem na sociedade deriva da coerção, mediante a investigação de sociólogos como Dahrendorf, Simmel, Marx e principalmente Weber. A partir desses autores (dentre outros), a sociedade é encarada sob o ângulo do dissenso e do conflito, este último visto não apenas como um fator desagregador, mas, principal e paradoxalmente, como elemento que traz, na sua implantação, a mudança social.

Porém, o consenso político (objeto principal da discussão no presente tópico, ainda que não seja o único e nem o mais importante da tese enquanto conjunto) só ganha autonomia para a regulação jurídica quando desvinculado de um consenso social, o que ocorre faticamente naquelas realidades histórico-sociais concretas nas quais não existe uma *civic cultura* com o seu correspondente consenso social. A tarefa do jurista, portanto, está em debruçar-se sobre a realidade conflituosa da sociedade, sem questionar-se de sua funcionalidade¹⁰⁰¹ ou não. O seu papel é encontrar fórmulas institucionais adequadas para viabilizar o tratamento democrático do conflito, sem a pretensão de resolvê-lo (o que se sabe, dificilmente acontece) e sim de tratá-lo, preocupado basicamente em oferecer hipóteses viáveis para tanto.

¹⁰⁰⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 82-83.

¹⁰⁰¹ Por esse motivo, ao abordar o conflito social, no quinto capítulo, não se deu maior ênfase às teorias funcionalistas capitaneadas por Parsons, conforme o lá salientado.

Essas fórmulas institucionais de tratamento dos conflitos, consensuadas, mais democráticas e, conseqüentemente, menos coercitivas (dentre as quais, e principalmente, se avista a mediação), são temas de difícil discussão¹⁰⁰² incorporado pelo Estado no qual se desenvolvem as relações entre a lei e o consenso social. Para que tais relações se estabeleçam, se instituíram “filtros” que, por sorte, dotaram tanto o consenso quanto a norma de uma autonomia reciprocamente relativa. Este filtro é a legitimação que, através da legalidade, impõe o respeito à lei vinculando poderes e limitando arbítrios¹⁰⁰³.

Essa mesma lei que é (num primeiro momento e numa versão hobbesiana) criada para “resolver” conflitos, possuindo, para tanto, legitimidade advinda do consenso de todos os cidadãos, muitas vezes não dá conta de cumprir seus objetivos e em outras ocasiões se transforma em fator gerador de nova conflitualidade. Diante disso, observa-se que o modelo de jurisdição atual¹⁰⁰⁴ encontra-se em crise, promovendo o crescimento e salientando a importância de outros métodos de tratamento de conflitos que proponham construir/fortalecer fórmulas privilegiadoras do consenso.

Neste horizonte ampliado de transformações, readequações e repercussões, o consenso emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não

¹⁰⁰² Sobre a dificuldade de traçar um paralelo relacional entre consenso social e a pena de morte, Elígio Resta aponta para argumentos que podem ser utilizados em todas as áreas do Direito e não somente no Direito penal: “tema difficile quello del consenso sociale nei confronti dell’ergastolo; difficile come ogni riflessione e che cerchi di connettere un “sentire” comune e una pena. Paradossale oltre che difficile perché adotta una dimensione della ‘comunità’, del ‘bene’ comune che ha bisogno di ricomprendere e di escludere, dentro la quale si è generata la violenza e si deve trovare il rimedio alla violenza” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 281).

¹⁰⁰³ “Solcano e definiscono l’esercizio del potere di decisione e di governo attraverso la descrizione di ‘forme’ diseguate da diritti fondamentali persino *against majority*, contro leggi decise arbitrariamente, contro governi che si giustificano in nome di consensi più o meno condivisi o coltivati, ma soprattutto contro ideologie maggioritarie che sommariamente si appropriano di emozioni vendicative. Uno stato costituzionale di diritto è tale perché in esso non tutto si può decidere la maggioranza e la maggioranza non può decidere su tutto in cui un governo, in una prospettiva di realismo democratico ha il compito di agire selettivamente sui rischi sociali e di non usare il rischio come strumento di consenso. Dicevamo che per fortuna c’è questo filtro di legittimazione attraverso la legalità che non consente ad una qualsiasi diffusa opinione pubblica di decretare una qualsiasi ‘vendetta’ sotto forma di plebiscito”. (Ibidem, p. 281).

¹⁰⁰⁴ “tradição assentada em um modelo conflitivo de resolução de conflitos, onde de regra teremos um ganhador e um perdedor – logo um satisfeito e outro descontente – que é próprio da tradição liberal e do modelo de Estado de Direito que lhe acompanha” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 136).

tenham o reconhecimento/aceitação cotidiana dos operadores do Direito. Nessa mesma linha, não se pode duvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate amplo que envolva as definições político-institucionais do Estado Contemporâneo¹⁰⁰⁵, uma vez que se trata da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal: o tratamento de conflitos¹⁰⁰⁶.

Discorrendo sobre o esgotamento do atual modelo de prestação jurisdicional no tratamento de conflitos e sobre a sua necessidade de transformação/readequação, torna-se possível mensurar de que modo a introdução das práticas alternativas (ADR) - dentre elas a mediação - se relaciona com o consenso e o porquê de elas serem chamadas de democráticas. A convivência política pacífica e regrada se funda no reconhecimento da necessidade fática do consentimento social. Com o tratamento dos conflitos ocorre o mesmo. Tal intento acontece por meio de instituições capazes de abrir espaços de compromisso¹⁰⁰⁷, que nascem como estratégia que a democracia oferece à tirania, à violência e ao terror. As práticas democráticas de tratamento dos conflitos dependem, essencialmente, da adesão social. O tratamento de um conflito somente será considerado democrático se os arranjos concretos que lhe dão forma, além de preencherem os requisitos objetivos do “modelo” democrático, forem aceitos pelos conflitantes enquanto tal.

O modelo de jurisdição atual - na maioria das vezes autoritário -, tendo o medo como princípio, repele o consenso. O compromisso significa composição negociada de discordâncias. As próprias regras do jogo democrático importam um trabalho

¹⁰⁰⁵ Aqui, voltamos a mencionar os autores clássicos já discutidos no primeiro capítulo e que trabalham com teorias explicativas da origem do Estado, como Hobbes e Locke, cujas influências foram decisivas para a importância que assume o Direito, como ordem jurídica estatal, e a jurisdição como instrumento para a resolução pacífica dos conflitos, para o primeiro e o segundo, respectivamente.

¹⁰⁰⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140.

¹⁰⁰⁷ Sobre a relação entre consenso e compromisso, observa-se que: “A tendência normal do consenso é chegar a um compromisso. Utilizam-se para tanto as duas palavras em conjunto que muitas vezes surgem como sinônimos. Tentar o consenso, tentar o compromisso, significa sempre o mesmo, tal a força que este postulado de moderação adquiriu entre nós. Noutros tempos, espera-se que as diferenças entre os indivíduos se resolvam mediante concessões que os aproxima da média das suas posições e os afastam dos extremos. [...] O compromisso é, portanto, a solução mediante a qual cada actor de um eventual conflito renuncia àquilo que lhe é caro, mas não vital, a fim de obter o apoio dos outros, o qual lhe é verdadeiramente indispensável. [...] Sem que lhes peça de modo explícito, eles convergem, tentativa após tentativa, para uma avaliação comum próxima das médias dos juízos individuais. Tudo se passa como se, não tendo os participantes qualquer razão para divergirem, evitem essa divergência fazendo concessões mútuas com o objetivo de chegar a este consenso” (MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 12-13).

contínuo de composição de demandas e de interesses que pode ocorrer mediante negociação. Nos sistemas jurisdicionais de ordem negociada, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o processo e o seu resultado. No entanto, nela o Direito legal/estatal não desaparece, se transforma em um modelo mais flexível, adaptado às situações concretas¹⁰⁰⁸.

Conseqüentemente, uma sociedade consensual, na qual parte do dirigismo jurídico estatal diminuiria (demonstrando que o Estado não é o único garantidor da paz social), constituiria um terreno muito favorável à ordem negociada. Porém, para que o consenso seja alcançado, é preciso mais do que boas intenções. Se faz necessário um certo equilíbrio nas relações socioeconômicas dos conflitantes e a igualdade de direitos entre as pessoas, assim como a proteção judiciária a eles devida. Disso resulta que a democracia respaldada no consenso é, antes de tudo, uma construção institucional, vale dizer, de um conjunto de instituições legalmente estabelecidas e organizadas segundo determinados arranjos, dentre elas, a mediação.

¹⁰⁰⁸ Nesse sentido, é importante a leitura de ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005.

CONCLUSÃO

1. É possível verificar, mediante a análise feita, que as estratégias estatais utilizadas para o tratamento dos litígios já não respondem/correspondem à complexidade conflitiva atual, o que determina a necessidade de busca de outras estratégias, voltadas para os indivíduos, oferecendo-lhes possibilidades de composição consensuada e autônoma dos seus conflitos. Isso se dá por uma série de fatores que apontam para a crise do Estado, a qual se reflete na crise do Direito e da jurisdição.

A jurisdição, enquanto meio único de tratamento de conflitos cujas prerrogativas encontram-se exauridas, tem origem no contratualismo. Partindo do contrato social, o Estado assume a prerrogativa de proteger a sociedade monopolizando a violência legítima e afastando a violência privada. A idéia inicial nasceu do consenso político entre os homens e da necessidade de firmar a guerra de todos contra todos, tornando obrigatório o respeito a uma autoridade.

Ao transferir ao Judiciário a prerrogativa de tratamento dos seus conflitos, o cidadão ganha a tranqüilidade de deter a violência privada/ilegítima, mas perde a possibilidade de tratá-los de modo autônomo.

2. Porém, o Judiciário (órgão que ainda monopoliza o tratamento dos litígios) enfrenta uma ruptura que é, concomitantemente, uma crise de identidade e uma crise de eficiência. Enquanto crise de identidade, ocorre certo embaçamento do papel estatal/jurisdicional como mediador central dos conflitos. Em termos de crise de eficiência, observa-se a impossibilidade de responder de modo eficiente quantitativa e, principalmente, qualitativamente, à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara.

A constatação é que o Judiciário está sucumbindo mediante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. As conseqüências são a morosidade e a falta de qualidade nas decisões vertidas, o que desemboca no desprezo e no descrédito do cidadão comum pela justiça, contribuindo para afastá-lo.

Outro fator de inquietação é a desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal/judicial obsoleta e muitas vezes ultrapassada. No entanto, tais motivos não são suficientes para dizer que o Judiciário é uma instituição descartável. Ele não pode ser dispensado, já que a sociedade não permite afastar um sistema de regras e, conseqüentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção (nos casos de infração). A situação se torna paradoxal quando se observa que a complexidade social é fator de “exaustão” do Judiciário, mas justamente em função de ser complexa, a sociedade não pode descartá-lo.

3. Conseqüentemente, é preciso rever o papel do Judiciário sem ventilar a possibilidade de descarte. Nestes termos, a interpretação e a decisão do juiz tornam-se alvos de discussões. Dos juízes se cobra e se espera produtividade (quantitativa), prova disso é que no Brasil a EC/45 atribuiu efeito vinculante às súmulas, objetivando gerar segurança jurídica e diminuir o número de processos que tramitam. A súmula vinculante é apontada como contribuição para a solução da crise do Judiciário brasileiro. Porém, o problema da efetividade das decisões judiciais não é mencionado. Procura-se resolver a morosidade da justiça “com um ataque de funcionalidade do ordenamento ou do sistema¹⁰⁰⁹”.

Ocorre que o problema somente poderá ser resolvido partindo de uma profunda mudança na estrutura do Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina no imaginário dos juristas.

4. É importante observar que o tratamento dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os “remédios” a serem aplicados a cada momento e, por isso, não pode ser engessado; a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, muito além das dificuldades estruturais e funcionais, o Judiciário precisa vencer as dificuldades impostas pela crescente judicialização da política, cujo berço é a incapacidade estatal de cumprir

¹⁰⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. p. 107-131, v. 1, t. 1.

com seu papel fomentado pelas transformações culturais, sociais e econômicas, para as quais o Estado não consegue oferecer respostas.

Torna-se perceptível que as instituições jurídicas e o Poder Judiciário são chamados para ocupar um vazio provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais contemporâneos e pela atuação do Estado Social que suprimiu as possibilidades de participação política, esgotando e determinando o declínio da cidadania ativa. Desse modo, o Poder Judiciário se agiganta e o juiz e a lei tornam-se derradeiras referências de esperança para indivíduos excluídos ou socialmente perdidos.

Por conseguinte, a justiça torna-se objeto de uma súbita inversão de tendências: de secundária, ela se torna prioritária. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma, agora, em uma oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo, utilizando o processo como meio comum de gestão de setores inteiros. Anteriormente considerada como instituída, transforma-se em instituidora e traz no seu rastro a transformação do papel desempenhado pelo juiz, que assume a posição de “guardião da democracia”¹⁰¹⁰.

5. Porém, a própria cultura jurídica atual - cujo paradigma liberal-individualista-normativista dificulta não só a decisão judicial democrática como a sua efetividade - precisa ser revista. O paradigma jurídico prevalecente, de matriz hobbesiana, institui a lei como técnica disciplinar exclusiva das relações sociais e a sua interpretação formal como conduta ideal privilegiadora da certeza e da segurança jurídicas. Surge o formalismo jurídico, cuja característica principal é a produção-interpretação-(re)elaboração de normas do modo mais abstrato e impessoal possível. Para que o poder seja exercido sem nenhuma mácula, os defensores do formalismo pensam que nenhum elemento da subjetividade do indivíduo pode interferir na interpretação, ou que, se algo interfere, isso pode e deve ser controlado pelo próprio indivíduo.

Esta possibilidade está implícita na convicção de que um sistema político “justo” é aquele no qual os significados gerais e abstratos da palavra definem sua utilização, e no qual a vontade geral do intérprete se submete à vontade impessoal

¹⁰¹⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

das normas, uma vontade expressa através da linguagem auto-evidente na qual essas normas são formuladas. Devido a essas convicções, o formalismo tecnicista ignora o substrato social do Direito e do Estado. Conseqüentemente, a norma legal precisou (mais do que nunca) gerar certeza e segurança, de modo que fica vedada a interpretação judicial, fomentando o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional mecânica.

6. Nesse contexto, o juiz se reporta à concepção montesquiana de “boca da lei”, partindo do pressuposto (bastante confortável, aliás) de que “lei se aplica e não se interpreta”. Trata-se, na verdade, de alcançar um equilíbrio satisfatório entre a exigência legal e a função judiciária específica (interpretação de uma legislação muitas vezes obscura, tutela de necessidades emergentes e novos direitos em uma sociedade em transformação), que não precisa, no entanto, de engessamento (seja através do culto ao positivismo jurídico, nesse caso, mais geral, ou através de emendas à Constituição - EC 45 - com suas súmulas vinculantes, no caso da legislação brasileira). A segurança e a certeza jurídicas poderiam ser alcançadas, quem sabe, mediante o confronto jurisprudencial e a rigorosa motivação da decisão, uma vez que a necessidade de certeza não se refere à norma legislada abstratamente considerada, prescindindo da *applicatio*, mas da norma interpretada hermeneuticamente.

Aqui, a hermenêutica assume real importância como meio de realizar as condições de possibilidade de compreensão e da interpretação. Para a hermenêutica filosófica, a compreensão ocorre quanto àquilo que faz parte no nosso mundo sentido. Isso gera a certeza de que primeiro se compreende o que possui sentido, através de certos pré-juízos, legados pela faticidade e pela historicidade imbricadas no sujeito, para depois interpretar. É por isso que a norma será sempre o produto da interpretação do texto sem que ele a contenha. No entanto, isto não significa uma separação entre texto e norma. Desse modo, a função normativa do Direito encontra-se associada à atribuição de sentido que se dá a ela, ao seu conhecimento interpretativo.

No plano da hermenêutica, pode-se afirmar que a norma (produto da atribuição de sentido a um texto) não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto. Ela é a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese

hermenêutica da *applicatio*. Por isso que a afirmação de que a norma é (sempre) produto da interpretação do texto, ou que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, não significa a possibilidade deste - o intérprete - dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária/discricionária aos textos¹⁰¹¹.

7. Nessa perspectiva é que reside a proposta de examinar a problemática da discricionariedade partindo de um câmbio de paradigmas que envolve certamente um salto da subsunção à compreensão, do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da regra para o princípio, e, fundamentalmente, do positivismo para o (neo)constitucionalismo. Esse novo paradigma aponta a incidência entre aplicar e interpretar, rompendo com o modelo representacional-metodológico atual. O círculo hermenêutico torna-se condição de ruptura do esquema sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático (faticidade) que serve para cimentar essa travessia.

Assim, não há que se falar em vontade da lei e vontade do legislador, não se pode conceber a lei simplesmente como um texto. A norma sempre será produto da interpretação de um texto e, nesse sentido, interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*). A *applicatio*, no Direito, significa antes de tudo respeitar a experiência concreta, levando em consideração as circunstâncias particulares do próprio processo interpretativo.

Portanto, negar a interpretação como ato aplicativo significaria negar a temporalidade, uma vez que os sentidos são temporais e a diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo.

8. O Direito afeta a temporalização do tempo e simultaneamente o tempo determina a força instituinte do Direito. Em outras palavras, “o tempo temporaliza ao passo que o Direito institui¹⁰¹²”. Paralelamente, tempo e Direito relacionam-se com a sociedade, uma vez que não existe tempo fora da história. Não existe tempo, Direito e sociedade isolados, trata-se de uma instituição imaginária, na qual o tempo constrói e é construído, institui e é instituído, ou seja, o Direito é uma instituição temporal. Por isso, a norma jurídica deve implementar um tempo próprio, carregado

¹⁰¹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁰¹² OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

de sentido instituinte. O tempo do processo dá disso uma boa aproximação, por estar separado da vida real, regulado por prescrições rituais permitindo que o julgamento desenvolva os seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos e efeitos sociais.

A memória da sociedade se traduz no Direito. Não existe Direito sem passado, sem memória, sem tradição. A memória é social e não individual. Nossas recordações, mesmo as mais íntimas e pessoais, só conseguem se exprimir nos termos da tradição e só fazem sentido se forem partilhadas com uma comunidade afetiva e social. Mas o tempo da memória deve ser superado para que se possa falar de uma nova temporalidade que desligue o passado através do perdão.

9. O perdão é realizado por um terceiro, o Judiciário, que encaminha esses processos, tornando-se simultaneamente um ato de memória e de remissão: uma forma de apagar deliberadamente uma ofensa real, de modo que o ofendido considera o ofensor livre de uma falta, cuja existência é reconhecida pelos dois protagonistas. O Direito surge como meio de mediação, substituindo a justiça privada. Para isso, se utiliza do processo e da intervenção de um terceiro (juiz) numa querela que se torna, doravante, triangulada e verbalizada. Do processo se espera uma sentença que só é pronunciada no fim de um debate contraditório ao longo do qual as partes tiveram sucessivamente a palavra.

A sentença vertida do processo dispõe para o passado, enquanto que a lei para o futuro. O juiz diz um Direito anterior que é igualmente o Direito de agora: o intemporal tal como se impõe na sua verdade. Porém, qualquer texto escrito é passível de interpretação que pode ser criadora, de modo que o juiz pode não repetir uma norma pré-existente, muitas vezes adaptando-a. Então, é necessário conciliar a memória e o requestionamento.

10. A interpretação criadora faz nascer a promessa rompendo com a tradição de uma maneira sofisticada, comprometendo o futuro que, assim, se torna menos imprevisível, uma vez que se dá a ele um sentido no modo normativo. Exemplo típico da promessa é aquela realizada em Hobbes através do contrato social, cujo poder constituído a partir dali se tornou perpétuo. Assim, a promessa compromete o futuro apoiando-se em uma forma prévia de confiança que ao mesmo tempo

regenera e reforça. Portanto, a promessa apresenta um futuro que nos obriga desde já. É através do tempo que somos chamados à responsabilidade como se o futuro tivesse poder sobre nós.

O desafio se instala a partir da discussão das vias de abertura para o futuro em formas duráveis, rompendo mas ao mesmo tempo se apoiando no passado. Nesse ínterim, emerge outra vez a figura do Estado como a mais importante das instituições jurídicas susceptíveis de obrigar o futuro como um poder soberano e contínuo. A ligação com o futuro nasce e se valoriza pelo contrato. Porém, ainda que valorizado, o futuro não é necessariamente garantido.

Para o mundo jurídico, o futuro traz a incômoda sensação de incerteza e de insegurança quanto à capacidade do Direito de instituir o elo. O desafio diante do qual se encontram os juristas é, nesse contexto de incerteza, preparar o futuro num mundo de falibilidade. Preparar o futuro que faça frente à urgência, à imposição de ações em tempo real, instantâneo, imediato. A discussão se reporta ao Direito e ao processo propriamente ditos que precisam lidar com todo um arsenal de ritos e prazos, requestionando suas certezas e renegociando as promessas anteriormente formuladas.

11. Nesse contexto, a discussão se avoluma e passa a ser centrada no tempo do processo, que é uma revolução completa cuja temporalidade não encontra possibilidade de reprodução. É um tempo contínuo, possuindo um começo e um fim. Na temporalidade processual, cada um possui o seu lugar e cada coisa acontece a seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário.

No processo, o tempo é recriado. O tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Mas esse tempo é apontado como demasiadamente lento e, para muitos, o antídoto para essa morosidade é o tratamento dos processos “em tempo real”. Na tentativa de dar respostas céleres às demandas, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma trazida pela EC/45, cujas expectativas são de que suas alterações possam gerar transformações necessárias para implementar uma efetividade (quantitativa sim, qualitativa, restam dúvidas).

Realmente, a confiança na justiça torna-se frouxa e débil quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Assim como perpetua situações de

litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), o tempo tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária. Dessa forma, faz-se necessário equilibrar uma prestação jurisdicional efetiva e qualitativa, dentro de um tempo “razoável”, não esquecendo que contra a tirania da urgência e da impaciência se contrapõe um direito ao tempo, o direito ao tempo de cada um, o direito ao seu ritmo, o direito a um espaço democrático de discussão e composição na busca do consenso.

Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando, assim, a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

12. Uma das formas de dar um salto “qualitativo” e não apenas “quantitativo” na prestação da tutela jurisdicional do Estado é não perder de vista que tempo e narrativa são correlatos, uma vez que a configuração narrativa se encerra numa refiguração da experiência temporal. A refiguração efetiva do tempo o humaniza pelo entrecruzamento da história e da ficção, e a narrativa histórica ganha importância, pois se relaciona com eventos que realmente ocorreram no passado, de modo que se pode dizer que o narrado “foi real”.

Nesse contexto, a narrativa relaciona-se com o Direito uma vez que os processos judiciais são decididos não só baseados em seus méritos legais, mas também no seu contexto narrativo. As dificuldades de contar/narrar o Direito, ocorrem porque, para os operadores jurídicos, é mais fácil “analisá-lo” por meio de um raciocínio concebido de modo formal e dedutivo que privilegia a coerência lógica e o silogismo jurídico (a lei aplica-se ao fato). Já no “Direito contado”, privilegia-se a “coerência da narrativa” do raciocínio, evidenciando a importância da interpretação dos textos e da natureza argumentativa das discussões jurídicas.

O “Direito contado” implica fato e Direito, descrição e avaliação, recordando que o homem não é sempre um ser racional, possuindo comportamentos muitas vezes irredutíveis a uma explicação racional/instrumental. Desse modo, “contar o Direito” é reconhecer o contraponto entre o espaço literário da ficção e o espaço

imperativo da ordem posto pelo Direito, argumentando que o primeiro determina a desordem das convenções, suspende as certezas e libera as utopias, enquanto o segundo se esforça por garantir a segurança jurídica.

13. Esse espaço de discussão revisitado poderá criar uma temporalidade despida do anseio por segurança e certeza, traduzida por um “novo tempo democrático”. Isso se dá porque o tempo instituído socialmente apresenta uma série de características, dentre elas a possibilidade de demarcar espaços de poder muitas vezes pouco democráticos (como aqueles espaços de poder/sujeição determinados pela máquina no mundo do trabalho) nos quais os conflitos acontecem e são submetidos ao Estado que, para administrá-los, lança mão de regras cuja temporalidade se encontra ultrapassada.

Ocorre, então, a constituição de dois paradoxos: por um lado, se a instituição do Direito positivado e de todo o seu conjunto de rituais tem por objetivo a segurança e a certeza jurídicas, por outro lado, toda a temporalidade que se absolutiza é virtualmente desinstituinte. Conseqüentemente, nossas representações mundanas são atingidas pela relatividade e as certezas são abaladas. O caos se torna a regra.

O desafio que novas mediações político-científicas precisam enfrentar é o de, longe de se apoiar em previsões futuras, em conhecimentos garantidos, valores estáveis, decidir em situações de indecidibilidade e, orientando um contexto de incerteza, preparar o futuro num mundo de falibilidade agora reconhecido. Nestes termos, com a chegada da democracia, o indecidível entra no campo do político da mesma forma que o requestionamento se instala no centro de todos os dispositivos do poder.

14. Justamente por isso torna-se difícil pensar outros meios de tratamento dos conflitos que não o processo judicial. Ele oferece segurança e certeza. Possui ritual próprio e se baseia em legislação positivada. Porém, evidencia as carências do Estado em dar respostas adequadas à complexidade conflitiva atual. Assim, o objetivo é a (re)organização do jurídico, dentro de um estilo democrático, que tenha como base a incerteza, pressupondo que a regulamentação ou o mínimo coercitivo de regulação dos conflitos estejam baseados em estruturas de ação comunicativa

dirigidas ao entendimento, pois somente a partir de um modelo de normatização baseado no consenso é que se pode estabelecer instituições jurídicas que possam compor “vínculos com o mundo da vida”¹⁰¹³.

O resultado apontaria para um processo de tratamento de conflitos com base no consenso no qual a democracia como acontecer cotidiano é um compromisso daqueles que dele participam. Desse modo, a democracia implica uma temporalidade social compromissada com a vida e suas incertezas, e não apegada à subjetividade instituída por um modelo de racionalidade tecnocrática que se vincula a um tempo disforme, no qual a continuidade delinea a possibilidade da incompletude, da contradição e da diferença que se pode vislumbrar na vida e nos conflitos humanos.

15. Assim, não obstante todo conflito ser considerado uma perturbação que rompe com a harmonia e o equilíbrio da sociedade, ele é uma maneira de interação importante para o desenvolvimento e amadurecimento democrático das relações sociais, já que impede a sua estagnação. Por conseguinte, o conflito não pode ser visto somente como uma patologia social. Conflito é também vitalidade. É uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento, produzindo simultaneamente uma transformação nas relações daí resultantes. Assim visto, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

O conflito pode ser considerado tanto uma potencialidade como uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes. A cada posição que o indivíduo ocupa, correspondem determinadas formas de comportamento: um papel social. Através de posições e papéis, indivíduo e sociedade são mediatizados.

¹⁰¹³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 104.

16. Nestes termos, o problema da liberdade humana se resume no problema do equilíbrio entre comportamento condicionado pelos papéis sociais e autonomia, representando o paradoxo dialético de liberdade e necessidade. As expectativas de papéis baseiam-se no fato de que a sociedade dispõe de sanções com auxílio das quais é capaz de coagir. O indivíduo que não desempenha o seu papel será punido, aquele que o faz será recompensado ou, na pior das hipóteses, não castigado.

O não desempenho de forma adequada dos papéis sociais (conforme as expectativas do grupo social) dá origem aos conflitos, que são relações sociais. Percebendo a sociedade como um tecido de relações humanas que se diferenciam e transformam sem cessar, o conflito deve fazer parte dessa constatação como o meio através do qual muitas dessas alterações acontecem. É por isso que a importância sociológica do conflito não é questionada, partindo do pressuposto de que nenhuma sociedade é perfeitamente homogênea salvo aquelas utópicas. O jogo de dissensões se traduz segundo o desejo de uns de impor seus pontos de vista sobre os outros mediante a persuasão, o domínio, ou por outros meios.

Nestes termos, conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais, e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. As situações conflituosas demonstram uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflituosidade. A dinâmica conflitiva torna-se o meio de manter a vida social, determinando seu futuro, facilitando a mobilidade e valorizando certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras. Isso permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas conseqüências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender, especialmente quando promove a integração social.

17. Mas, não obstante sua importância e seus aspectos negativos/positivos, o conflito encontra no Estado o órgão detentor de poder/autoridade capaz de monopolizar a força legítima e os meios de regulá-lo/administrá-lo/tratá-lo, fazendo-o através do Poder Judiciário. O juiz deve, então, decidir os litígios, pois o sistema social não suportaria a perpetuação do conflito. A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce do contrato social.

O Estado toma para si o monopólio da violência legítima, alçando-se no direito de decidir litígios e chamando a possibilidade de aplacar a violência através de um sistema diverso do religioso e do sacrificial, denominado Sistema Judiciário, ao qual se atribui o direito de punir a violência porque pretende possuir sobre ela um monopólio absoluto. Graças a esse monopólio, sufoca a vingança, exasperando-a, estendendo-a, multiplicando-a.

Ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de prerrogativas –, o cidadão ganha, de um lado, a tranqüilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência estatal/legítima, e perde, por outro, a possibilidade de administrar e resolver seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras formas de tratamento.

18. O problema é que a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão. Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o solucione. Esperam que o Judiciário diga quem tem mais direito, ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas não democrática que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento consensuado.

A estrutura jurídico-política, por sua vez, foi sempre muito atenta aos “remédios” e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários.

Não é atribuição do Judiciário eliminar o manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado. Assim, ele funcionaliza os conflitos sociais, mas não funcionaliza a própria vida. O que se espera é que decida os conflitos que absorve, dado os graves riscos para a sua funcionalidade e para a própria

sociedade. Porém, os modos mediante os quais os conflitos são regulados se alteram no tempo e no espaço.

19. Buscando uma solução para os conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados da batalha poderão vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. Inúmeras vezes a verdadeira razão do conflito judiciário não é um direito controverso, mas simplesmente a “contraparte”, como se diz na linguagem processual.

Resolver o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. Imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força. O principal problema da magistratura é que ela decide conflitos encaixando-os num modelo normativo, a tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma ou ambas as partes.

20. Paralelas às formas jurisdicionais tradicionais, existem meios não jurisdicionais de tratamento de conflitos, nos quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se pretende negar o valor do Poder Judiciário no tratamento de demandas, o que se quer é discutir uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes, que se comprometa com cidadãos históricos e não apenas com sujeitos processuais.

Almejando uma justiça mais próxima - não em termos geográficos, econômicos ou sociais, mas em termos que signifiquem autonomização e responsabilização do cidadão pelas decisões dela vertidas –, a mediação pode surgir como um salto qualitativo tratando o conflito não mais como um evento social patológico, um mal a ser curado, e sim como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para trabalhar com a lógica ganhador/ganhador, que auxilia não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação.

21. O que se propõe é pensar a mediação não apenas como meio de acesso à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário. Pretende-se “discutir mediação” enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativa mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a reapropriação do problema, organizando o “tempo” e as “práticas” do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo¹⁰¹⁴ os caminhos possíveis.

Nesse interregno, o “tempo do processo” e o “tempo da mediação” são perspectivas diferenciadas especialmente no tocante à segunda que precisa de tempo, um tempo com ritmo próprio. Esse tempo próprio nasce da constatação que a mediação não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação. Prova disso é que a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, propondo a idéia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas.

22. Por isso, a mediação surge como espaço democrático de decisão, trabalhando com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se encontra no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso. Isso se dá por que o mediador não deve intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo, ajudando-as a desdramatizá-lo.

Enquanto no processo, do modo como ele é praticado pela(s) escola(s) instrumentalista(s), tudo gira em torno do magistrado (autoridade que tem poder de decidir e de dizer quem ganha e quem perde), na mediação, os conflitantes tomam em suas mãos o tratamento do litígio. De fato, atualmente persiste a crença de que a aplicação do Direito fica nitidamente dependente de um sujeito cognoscente que é o julgador, aquele que possui papel central e que assujeita o objeto¹⁰¹⁵.

A figura do mediador não possui papel central; ele não pode unilateralmente obrigar as partes a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediá-las ou

¹⁰¹⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹⁰¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2007, p. 223.

reconciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso a melhor solução. A mediação, enquanto ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador e restabelecendo a comunicação.

23. Entretanto, se a mediação é um instrumento que fomenta o restabelecimento da comunicação entre as partes, por que suscita tanta resistência quanto a sua utilização? Os motivos dessa resistência vão desde o fato de ela ser um instrumento relativamente novo de tratamento de conflitos até a constatação de que é uma técnica não disciplinada legalmente em alguns países. Mas o principal foco de resistência salienta que a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, e na presença do mediador, soa na mente dos juristas como um resquício de justiça privada.

Ocorre que nem todos aqueles que se ocupam da mediação concordam com a tão aclamada necessidade de juridificação através da criação de legislação específica que a regule, determinando seus objetivos, formas e possibilidades. O temor nasce da possibilidade de perda do caráter não decisionista e nem autoritário de tratamento dos conflitos. Jurisdicionalizar a mediação pode também trazer o risco de reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos. O que não se pretende é ver cristalizadas as suas principais características que lhe permitem conservar a fluidez possibilitadora de adequação a situações diversas.

Outra crítica é a falta de certeza e segurança jurídicas, o que é apontado como uma falha nos procedimentos se comparada à resolução judicial dos conflitos, tendo em vista que na segunda hipótese a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a prevaricação de uma parte sobre a outra. Além disso, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da decisão/solução. O processo termina com uma solução para o conflito, na qual o juiz diz a última

palavra. Na mediação, de modo inverso, o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro, ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado/consensuado de seu conflito.

24. O que a mediação propõe é um modelo de justiça que foge da determinação rigorosa das regras jurídicas. Um modelo aberto à participação e à liberdade de decisão das partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou.

Contudo, esse modelo diferenciado, que propõe uma outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário (cujo modelo de jurisdição se encontra esgotado), mas também a autonomia das partes, possui, na falta de previsibilidade (baseada nas regras e nos procedimentos) uma causa de vantagem e outra de desvantagem. A vantagem fundamental é a não submissão a uma *lex previa*, o que permitirá um grau maior de atenção ao caso concreto favorecendo a identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito. A desvantagem advém da falta de previsibilidade no processo de criação do acordo, uma vez que, quando duas partes interagem apelando a uma determinada norma, essa funciona como ponto focal em torno do qual gravitam as suas pretensões.

25. A mediação se torna uma fórmula importante para superar o imaginário do normativismo jurídico esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, sua prática auxilia na tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos conflitantes.

Por isso, a mediação é um procedimento democrático, uma vez que dissolve os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, acolhendo a desordem – e, por conseguinte, o conflito – como possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma forma partilhada e convencionalizada que tenha por base um Direito inclusivo. A mediação

aposta numa matriz autônoma e cidadã que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de resolução adversária de disputas jurídicas modernas.

26. Nesse sentido, parece dispiciendo apontar as diferenças entre a sistemática processual proposta pelo modelo tradicional de jurisdição e aquela das práticas de ADR. No entanto, essas características diferenciadoras dizem respeito, dentre outras, à linguagem utilizada pelo mediador, à busca pela verdade e à discussão do tempo enquanto recurso de satisfação da tutela jurisdicional (processualmente falando) e de busca da paz social (quando sua utilização se dá através da mediação).

O processo não oferece uma comunicação bilateral, pois as relações processuais são todas indiretas, veiculadas a representação dos profissionais e endereçadas a um terceiro dotado de poder de decisão. O processo tende a perder a conotação participativa, assumindo um procedimento de elevado conteúdo técnico, burocrático e formalista.

Todavia, não se pode ignorar que processo e mediação se combinam em uma relação complexa de formalidade/informalidade. Essa relação não permite apresentar a mediação como uma simples alternativa à justiça tradicional, tampouco como um procedimento que reivindica uma total autonomia, mas como um lugar de exercício da interdisciplinaridade e da interpenetração de diferentes modalidades de regulação social. Assim, a mediação, longe de fazer concorrência ao procedimento judiciário, contribui para o mesmo.

27. Processo judicial e mediação se diferenciam também pelo fato de que o primeiro sempre trabalha com a lógica de ganhador/perdedor, possuindo como objetivo investigar a “verdade real dos fatos”. Já a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador. Assim, enquanto o processo busca a verdade, produz/reproduz a violência. A procura da verdade, nos termos que a ciência mecanicista coloca, é por si mesma violenta, tornando-se uma forma de manipulação do mundo e dos outros.

Na discussão sobre a verdade, é possível associar um outro fator determinante: o tempo, salientando que se alcança a verdade processual “por cansaço”. Não é a verdade que define e condiciona o tempo, mas o tempo que

define a verdade. Alcançamos a verdade por inflação de tempo ou, ao contrário, por uma irreduzível escassez. As questões de maior longevidade são seguidamente resolvidas não porque se juntam provas e demonstrações definitivas, mas porque, simplesmente, não existe mais tempo: “non abbiamo tempo!”¹⁰¹⁶.

No espaço mediativo, não se tem por objetivo reconstruir uma verdade. Reconstituem-se várias verdades possíveis. Assim, elas se modificam à medida que os atores se exprimem: as verdades se acomodam, se ajustam. Na mediação, o objetivo não pode ser a verdade, uma vez que as verdades podem ser diversas.

Em resumo, o tempo da jurisdição é um tempo dilatado, que se detém na espera sempre da palavra definitiva de um juiz, é o tempo da necessidade, uma vez que, na realidade, já aconteceu tudo, se tornando prioridade, nesse momento, evitar o pior. Já na mediação procura-se um outro tempo, tendo em vista que a temporalidade conflitiva precisa de prudência e de paciência, nos quais não se decide o tempo do alto, mas sim da possibilidade de dois conflitantes de encontrar um tempo diferenciado. É por isso que não se admite tempo fixado para a mediação, pois não se sabe qual é o tempo necessário para restabelecer a comunicação entre os conflitantes.

28. Efetivamente, o principal desafio é encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. Para que essa comunicação ocorra, é importante que as pessoas compartilhem experiências herdadas da tradição e consensos fundados ou tradicionais, comungando de uma forma de vida e necessitando das capacidades coordenadoras da ação presentes na linguagem. Então, os pressupostos de uma ação comunicativa, enquanto condições de acesso ao mundo da vida e meio de formação de consensos, podem ser resumidas diante da necessidade dos participantes terem mútua capacidade de responder por seus atos, responsabilizando-se pelos mesmos; os participantes devem estar mutuamente dispostos ao entendimento, a atuar sobre um consenso, ou seja, buscando um acordo.

Trabalhando com a concepção habermasiana de ação estratégica e de ação comunicativa, observa-se que a mediação, enquanto prática consensuada de

¹⁰¹⁶ RESTA, Eligio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004. p. 33.

reestruturação comunicativa, oferece a possibilidade de distinção entre ambas (as ações) conforme os respectivos mecanismos de coordenação de ação ou de fazer ou não uso dela como fonte de integração social.

Na ação comunicativa (na qual encontramos a mediação), a força consensual dos processos lingüísticos de se obter entendimento, ou seja, as energias vinculativas da própria linguagem, tornam-se eficazes para a coordenação das ações. Já na ação estratégica, o efeito coordenador mantém-se dependente da influência – funcionando através de atividades não lingüísticas – exercida pelos agentes não só sobre a situação de ação, mas também um sobre o outro.

Do ponto de vista tanto do falante como do ouvinte, o acordo não pode ser imposto a partir do exterior, seja pela intervenção direta na situação de ação ou pelo exercício indireto da influência sobre as atitudes proposicionais do oponente. Aquilo que manifestamente resulta de um cumprimento ou ameaça, sugestão ou logro, etc, não pode ser intersubjetivamente considerado um acordo, pois uma intervenção deste tipo viola as condições sob as quais as forças ilocutórias despertam convicções e originam “ligações”.

Portanto, a ação comunicativa se dá a partir da prática do consenso, gerando compromissos. Numa estrutura social complexa, a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, já não serve mais como elemento condutor do agir social em relações conflituosas. Nestes termos, não obstante a importância do Direito enquanto elemento de promoção/manutenção da paz social, o consenso e a inclusão social surgem como meios de tratamento das controvérsias.

29. De fato, o consenso tem por base o fato de que toda sociedade supõe, de maneira contínua, a influência preponderante de um sistema prévio de opiniões comuns, próprio para conter o impulso impetuoso das divergências individuais. Sem esse sistema, a tendência social é cair na anarquia, pela multiplicidade e pelo desencontro de opiniões.

O consenso almejado pela mediação parte do pressuposto de que tais práticas são teses consensuais de tratamento de conflitos, seus limites e possibilidades relacionam-se com uma esfera autônoma do agir comunicativo interpessoal,

estruturando as possibilidades de entendimento mútuo como meio de encontrar outras respostas ao poder estatal (jurisdição).

Pensado desse modo, o consenso significa que toda a comunicação volta-se para o entendimento, compartilhando expectativas. Mas, se ocorrer o dissenso os interlocutores, buscam o restabelecimento do consenso através de argumentos, em decorrência da racionalidade comunicativa. Assim, enquanto critério de racionalidade, o ato de argumentar para o livre consenso é recomendação prática para uma boa convivência. Nestes termos, a ação lingüística se orienta para o entendimento e o consenso dele surgido se fundamenta na validade de normas e de instituições, o que lhe confere legitimidade, obtida em ambiente não repressivo e de participação efetiva.

30. Todavia, a estabilização advinda do consenso é instável. Ao interagir e trocar de experiências, os atores assumem o risco de dissenso. Desse modo, se quiserem conviver, precisarão reconstruir comunicativamente, através de novos consensos, o seu mundo da vida. Essa reconstrução, que se faz necessária a partir do conflito/dissenso, pode ocorrer através da mediação enquanto meio de restabelecimento da comunicação.

A mediação enquanto prática comunicativa gera participação consensuada, possibilitando sair da estagnação para chegar à mudança, permitindo a passagem - na tomada de decisão - de uma forma de participação normalizada/normativizada para uma forma consensual/consensualizada.

As decisões visando o consenso ocorrem de modo diferente segundo a forma de participação. A participação consensuada oferece a possibilidade - a indivíduos sem nenhum privilégio em relação aos outros - de se confrontarem e se pronunciarem no decorrer de uma deliberação, sem constrangimento ou limitação de tempo. O acordo alcançado transforma o conflito na medida em que as posições se transmutam em alternativas relacionadas a um mesmo objetivo ou problema entendido de modo idêntico. Já a participação normativizada orienta as deliberações de modo a favorecer uma hierarquia de opiniões correspondente à hierarquia dos indivíduos e obedecendo, principalmente, uma hierarquia legal em cujo topo da estrutura encontra-se a figura do juiz que “diz o Direito”.

É claro que a participação consensuada tomada como modelo jurisdicional e traduzida na justiça consensuada não pretende supor que as relações sociais possam acontecer (partindo de sua instauração) de maneira sempre harmônica e livre de qualquer dissenso. Não é possível imaginar uma sociedade fundada no desaparecimento do conflito, uma vez que é ele que constitui o social, possibilitando relações democráticas. Mas, não obstante tais limites, os mecanismos consensuais de reconstrução/construção de consensos possibilitam evitar/reparar as deficiências instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, dentre outras, próprias da jurisdição estatal.

31. Além dos aspectos comunicativos, o consenso possui aspectos históricos/políticos, a partir do contratualismo clássico, que pressupõe a concordância unânime em torno do contrato social, o qual constitui, como seu primeiro efeito, o próprio corpo político. Nestes termos, a base do Estado e do poder político são a força e o consentimento organizados. O poder absoluto do Estado defendido por Hobbes advém de um contrato social cujo fundamento teórico era o consenso. Com base nesse consenso, o Estado soberano decide sem pedir permissão a ninguém. O consenso se reflete, então, no poder coercitivo dos governantes, fundado sobre a força e sobre o medo comum dos súditos frente ao Leviatã.

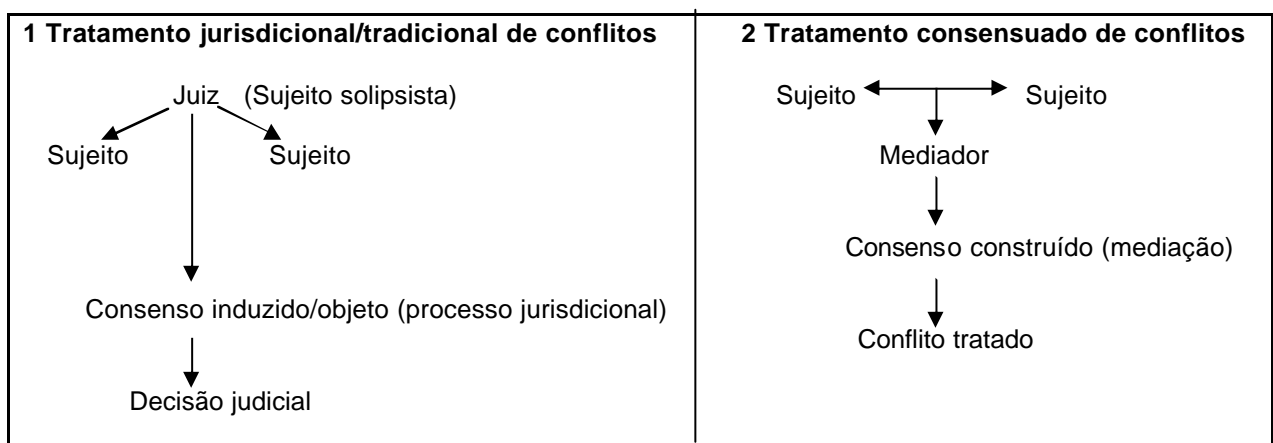
Entretanto, o consenso reencontrado após a coação não possui mais as características da espontaneidade e da liberdade próprias do consenso originário, tornando-se somente “consenso induzido”, artificialmente fabricado com a elaboração e o emprego de técnicas e estratégias apropriadas.

Esse consenso “induzido/manipulado” é também força e violência. Hobbes já dizia que não é tanto uma questão de constranger os homens a obedecer às leis com o uso ou a ameaça do uso do aparato coercitivo, pelo contrário, se deve induzi-los, educá-los a amar a “obediência”. As decisões do soberano passam a ser vistas não mais como imposições, mas como autodeterminação do cidadão. Conseqüentemente, a teoria hobbesiana parte do pressuposto que a coerção e a violência do Estado podem assegurar a estabilidade da ordem social.

32. A tarefa do jurista, portanto, está em debruçar-se sobre a realidade conflituosa da sociedade e encontrar fórmulas institucionais adequadas para viabilizar o tratamento do conflito, sem a pretensão de resolvê-lo (o que se sabe, dificilmente acontece), e sim de tratá-lo, preocupado, basicamente, em oferecer meios viáveis para tanto.

Esses mecanismos consensuais de tratamento de conflitos precisam ter como escopo (além da celeridade processual, da proximidade entre o cidadão e a justiça, da informalidade e da diminuição de custos), principalmente, o rompimento da barreira de caráter triádico da jurisdição tradicional (partes mediadas por um terceiro que impõe a decisão) para assumir uma postura dicotômica, na qual a resposta à demanda seja construída pelos próprios litigantes.

Para tanto é que se propôs a construção de um modelo de tratamento de conflitos capaz de lidar com a atual complexidade, assentada e, ao mesmo tempo, voltada à potencialização da democracia e do consenso que possibilite à sociedade a reapropriação do conflito não para negá-lo, uma vez que é inerente aos homens, mas para responder a ele por meio de construções autônomas e consensuadas.



No primeiro gráfico, observa-se o modelo de jurisdição atual que se encontra em crise, no qual o juiz está no centro do processo sobre as partes, decidindo com base em procedimentos positivados, sem observar a *applicatio*, num modelo no qual o sujeito solipsista assujeita o objeto. O consenso obtido é temeroso da coerção estatal (sanção) ou nascido da obediência submissa e, por isso, um consenso

induzido. O resultado é a decisão judicial muitas vezes tão violenta quanto o próprio conflito. Paralelamente, no segundo gráfico, vê-se o tratamento consensuado de conflitos no qual os sujeitos relacionam-se entre si em busca de um consenso construído/mediado que possa propor/construir/fortalecer fórmulas privilegiadoras de tratamento dos conflitos.

33. Porém, a proposta não diz respeito à simples substituição do juiz pelo mediador. O que se pretende é ultrapassar o paradigma liberal-individualista e o paradigma epistemológico da filosofia da consciência através da viragem lingüística para ir além da subsunção dos fatos à norma. Assim, ocorrendo a superação do paradigma atual (já esgotado), a proposta é fazer do presente século o momento “das partes” e não do juiz.

A convivência política pacífica e regrada se funda no reconhecimento da necessidade fática do consentimento social. Com o tratamento dos conflitos ocorre o mesmo. As práticas de tratamento dos conflitos aqui propostas dependem, essencialmente, da adesão social. O tratamento de um conflito somente será considerado democrático se os arranjos concretos que lhe dão forma, além de preencherem os requisitos objetivos do “modelo” democrático, forem aceitos pelos conflitantes enquanto tal.

O modelo de jurisdição atual, tendo o medo como princípio, repele o consenso. O compromisso significa composição de discordâncias. As próprias regras do jogo democrático importam um trabalho contínuo de composição de demandas e de interesses. Nos sistemas “jurisconstruídos”, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu resultado. No entanto, neles o Direito legal/estatal não desaparece, se transforma em um modelo mais flexível, adaptado às situações concretas, resultantes do consenso.

Em resumo, a proposta é a construção de uma estratégia de tratamento de conflitos que tenha por base uma temporalidade inovadora, que fique além do tempo processual contido no ritual judiciário; que parta de uma matriz do Direito relacionada com sujeitos históricos e não apenas com sujeitos processuais; que possibilite ultrapassar a barreira de caráter triádico (juiz, autor e réu), permitindo que o conflito seja visto como um evento fisiológico “tratável”, mas nem sempre

“solucionável”; que possibilite dar um salto quantitativo no tratamento da conflitualidade atual mediante a instauração de uma nova cultura que vá além da dicotomia positivista ganhador/perdedor para revisitar a possibilidade de ganho para ambas as partes, comungando de um estar “com” o outro e não “contra” o outro, fazendo do espaço comum não o momento do “juiz decisor”, mas das “partes” mutuamente consensuadas, autonomizadas e responsabilizadas.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. 2. ed. Troina: Città Aperta, 2002.

ALMEIDA, Tânia. *Mediação Transformativa*. Palestra do 22º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar. Gramado: 1996.

ALPA, Guido. Crisi dello Stato e sociologia del diritto. Aspetti di diritto privato. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987.

ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Daloz, 2002.

ARENDT, Hannah. *Condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARISTÓTELES. *Aristóteles, vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *Anuário de direito e globalização. A soberania*. Programa interdisciplinar Direito e Globalização – UERJ Coordenação de Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

ARROYO, Juan Carlos Velascos. *La teoría discursiva del derecho*. Madrid: Boletim Oficial del Estado, 2000.

AUBERT, Nicole. *Le culte del'urgence*. Paris: Flammarion, 2003.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da Democracia*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

BARAK, Aharon. *La discrizionalità del Giudice. Giuristi stranieri di oggi*. Tradizioni da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995.

BARBA, Vincenzo. "Opinione" e "consenso" in Hobbes. In: DINI, Vittorio. *Soggetti e potere. Um dibattito su società civile e crisi della politica*. Napoli: Bibliopolis, 1984.

BARRETO, Vicente de Paula. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARTHES, Roland. *A aventura Semiológica*. Tradução de Mário Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARTHES, Roland. *Aula*. Tradução e pós-fácio de Leyla Perrone-Moisés. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999.

BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido - sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*. Tradução de Emanuele Cafagna e Carlo Sandrelli. Roma: Carocci Editore, 1999.

BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1997.

BERGSON, Henri. *Cartas, conferências e outros escritos*. Tradução de Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Os pensadores).

BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido se desmancha no ar*. A aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BERMUDES, Sérgio. A súmula vinculante e a independência jurídica do juiz. *Revista da ESMape*. Recife, v. 2. n. 6. out/dez, 1997.

BERNARDINI, Irene. *Uma famiglia come un'altra. I nuovi rapporti tra padri, madri i figli dopo il divorzio*. Disponível em: <www.spaziomef.it/DOCUP/ibernardini_una_famiglia_come_un_altra.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2007.

BERNARDINI, Irene. *Finchè vita non ci separi. Quando il matrimonio finisce: genitori e figli alla ricerca di una serenità possibile*. Disponível em: <www.spaziomef.it/DOCUP/ibernardini_finchè_il_matrimonio_finisce.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2007.

BEUCHARD, J. *La dynamique conflictuelle*. Paris: Réseauxx, 1981.

BIANCHI, Alberto B. *Dinâmica Del estado de derecho*. La seguridad jurídica ante las emergências. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, [s. d.].

BILANCIA, Francesco. Rappresentanza política e governo dell'economia. In: GABRIELE, Francesco. *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*. Bari: Cacucci Editore, 2005.

BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004.

BLANCHOT, Maurice. *Pour l'amitié*. Paris: Fourbis, 1996.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 2.

BOBBIO, Norberto. Da democracia. Para uma certa idéia da Itália. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 2.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BÖCKERFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (neo) Constitucionalismo – ontem, os Códigos hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A idéia de direito social: o pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Contrato social. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006.

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

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis *et al.* A democracia dos modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo, 2003.

BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992.

BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. Una, tante mediazioni dei conflitti. In: PISAPIA, G. V.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O estado social e sua evolução rumo a democracia participativa. In: MEZZARROBA, Ordes (Org.). *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHIERO, Nerina. La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves. Università Degli Studi di Milano*. Milano, XXXII/2005/2-3.

BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione*. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 1993.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BOURRICARD, F. *Esquisse d'une théorie de l'autorité*. Paris: [s. ed.], 1961.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: "novos" direitos e acesso à justiça*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. v. 1.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Roma-Bari: Laterza & Figli Spa, 2002.

BRUNER, Jerome. *Realidad mental y mundos posibles*. Barcelona: Gedisa, 1988.

BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 8. ed. São Paulo: Centauro, 2004.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale, 1966.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, [s. d.].

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALCATERRA, R. *Mediación estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002.

CALERA, Nicolas María López. *Yo, el Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. In: *Revista Doxa. Filosofía del Derecho*. n. 25, 2002. p. 212. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>.

CAMPOS, German Jose Bidart. *Doctrina del estado democrático*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-america, 1961.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, [s. d.].

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CAPELLA, Juan Ramón. El tiempo del progreso. *Revista DOXA*. Coordinadores Josep Aguilò Regla y Maccario Alemany. n. 9, 1991. In: Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>>>portal>>doxa>.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavalle, 1952.

CASAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Tradução de Ángeles Ródenas. In: *Revista Doxa. Filosofia del Derecho*, n. 21, 1998. p. 212. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>.

CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005.

CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Toma-Bari: Laterza & Figli Spa: 2002.

CASTELLI, S. *La mediazione*. Milano: Raffaello Cortina, 1996.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhadt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2.

CASTORIADIS, Conerlius. *Socialismo ou barbárie: o conteúdo do socialismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CASUCI, Felice. *Il diritto "plurale"*. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche. Pubblicazioni della Facoltà di Economia Università degli Studi del Sannio – Benevento. Sezione Giuridico-Sociale, 41. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2004.

CERETTI, Adolfo. Progetto per um ufficio di mediazione penale. In: GIANVITTORIO, P.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997.

CHANTEBOUT, Bernard. El Estado-Nación em los albores del siglo XXI. In: Foro Público. *Revista del Instituto de Ciências Políticas*. Universidad del Museo Social Argentino. Vol. XXVIII, 1999.

CHIODI, Giulio M. Sulla crisi del dissenso. In: TREVES, Renato. *Crisi dello stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1978.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003.

CLASTRES, P. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Le Seuil, 1980.

CLÉVE, Clermerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

COLLINS, Randall. *Teorie Sociologiche*. Traduzione di Umbreto Livini. Bologna: Il Mulino, 2006.

COLLINS, Randall. *Tre tradizioni sociologiche. Manuale introduttivo di storia della sociologia*. Bologna: Zanicheli, 1991.

COLLIVA, Paolo. Povo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

COOLEY, John; LUBET, Steven W. *A advocacia de arbitragem*. Tradução de René Locan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Iberoamericana, 1996.

- COSER, Lewis A. *Le funzioni del conflitto sociale*. Milano: Feltrinelli, 1967.
- COSER, Lewis A. *I classici del pensiero sociologico*. Traduzioni di Franca Montanari Orsello. Bologna: Il Mulino, 2006.
- COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. v. 9. Padova: CEDAM, 2004.
- COSI, Giovanni. *La responsabilità del giurista*. Torino: Giappichelli, 1998.
- COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003.
- COULANGES, Fustell. *A cidade antiga*. São Paulo: Martim Claret, 2000.
- COURTINE, Jean-François. *A tragédia e o tempo da história*. Tradução de Heloisa B. S. Rocha. São Paulo: Ed. 34, 2006.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *Notas sobre o pluralismo*. Conferência apresentada no Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ensino do Serviço Social. Out. 1990.
- CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural*. Tradução Juan A. Gill Sobrino: Brasília: UNB, 1981.
- CRYSTAL, David. *Dicionário de lingüística e fonética*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Tradução de José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno*. Um ensaio sobre a política da liberdade. Tradução de Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. São Paulo: Jorge Zahar/ Edusp, 1992.
- DAHRENDORF, Ralf. Tradução de Manfredo Berger. *Homo sociologicus: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

DARNSTÄDT, Thomas. *La trampa del consenso*. Estúdio introductorio de Francisco Sosa Wagner. Traducción de Francisco Sosa Wagner e Juan Martinez de Luco Zelmer. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*. Do código penal aos direitos humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

DELMAS-MARTY, Mirreille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Tradução de Paulo M. de Oliveira. 8. ed. São Paulo: Atena, [s. d.].

DEZALAY, Ives. *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par lês multinationales du droit*. Paris: Fayard, 1992.

DIAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad*. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1975.

DINAMARCO, Cândico Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DOMINGUES, Ivan. *O fio e a trama*. Reflexões sobre o tempo e a história. São Paulo: Iluminuras; Belo Horizonte: UFMG, 1996.

DOSSE, Francois. *A história à prova do tempo*. Da história em migalhas e o resgate do sentido. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: UNESP, 2001.

DOWNS, Anthony. *Nan economic theory of Democracy*. New York: [s. ed.], 1957.

DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAK, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Traducción de María Ángeles Garoz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

DURKHEIN, Emile. *Lês formes Elémentaires de la Vie Religieuse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1979.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: [s. ed.], 1986.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECKHOFF. The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution *Acta Sociologica*, 1996.

EDWARDS, H. T. Alternative dispute resolution: panacea or anatema? In: *Harvard law review* v. 99. 1986.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud: Porque a Guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005.

ELIAS, Norbert. *A sociedade de corte*. Tradução de Pedro Sússekind. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. 2 v.

ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ENGELS, Friederich. Lettera W. Borgius, 25 gennaio 1894. In: MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *Opere*. Roma: Editori Reuniti, 1977. v. 1.

ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado. Psicanálise do vínculo social*. Tradução de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ESTERUELAS, Cruz Martinez. *La agonía del Estado. ¿Um nuevo ordem mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2000.

FAGET, Jacques. Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale. In: CARIO, R. *La médiation pénale*. Paris: L'Harmattan, 1997.

FARALLI, Carla. Stato. In: BARBERA, Augusto. *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito*. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonada, 2002.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça. A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, Setembro/2001.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FAROUKI, Nayla. *A consciência e o tempo*. Tradução de José Luís Godinho. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

FEDERICI, Mario. Las transformaciones finiseculares del estado. Foro Político. *Revista Del instituto de ciências políticas. Cátedra Ortega*. Universidade del Museo Social Argentino. Volumen XXVIII, abril 2000.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenéutica Jurídica: en torno de la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. I. 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

FERRARI, Vincenzo. Quesiti sociologici sulla *lex mercatoria*. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves. Università Degli Studi di Milano*. Milano, XXXII/2005/2-3.

FERRARI, Vincenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIÚZA, César Augusto de Castro. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Washington: San Francisco: Londo: Jessey Bass Publishers, 1984.

FORSTHOFF, Ernest. *Stato di diritto in trasformazione*. A cura di Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973.

FRANCIULLI NETO, Domingos. Reforma do Poder Judiciário. Controle Externo. Súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S. A., 1986.

FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995.

FREUND, Julien. *L'Essence du politique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004.

FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D. L., 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GALGANO, Francesco. Lex mercatoria e legittimazione. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves. Università Degli Studi di Milano*. Milano, XXXII/2005/2-3.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Mulino, 2001.

GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Mulino, 2005.

GALTUNG, Johan. Theorien des Friedens in Krieg oder Frieden. *Wie lösen wir in Zukunft die politischen Konflikte?* Munich: Piper Verlag, 1969.

GALTUNG, Johan. Violence, peace and peace. In: *Journal of Peace Research*. T 6, 1969.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. Droit, mediation et service public. In: *Informations sociales*, n. 22, 1992.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

GEORGE, Sabine H. *História das teorias políticas*. Lisboa: Fundo de Cultura, 1961.

GERIN, Guido. *Aspetti costituzionali dello stato democratico*. Trieste: Università degli studi di trieste. Facoltà di giurisprudenzia. Istituto di Scienza Politiche, 1958.

GERIN, Guido. *La crisi dello Stato Democrático*. Padova: CEDAM, 1974.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. O que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.

GINER, Salvador. In: MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995.

GIORGI, Raffaele de. *Tempo, direito e memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

GIRARD, René. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. 7. ed. Milano: Adelphi Edizioni, 2005.

GÓMEZ, José María. *Globalização, estado-nação e cidadania*. Política e democracia em tempos de globalização. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

GORVEIN, Nilda S. *Divorcio y mediación: contruyendo nuevos modelos de intervención em mediación familiar*. 2. ed. República Argentina: Córdoba, 1996.

GOTTHEIL, J.; SCHIFFRIN, A. *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale

et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

GRAMSCI, A. *Note sul Machiavelli*. Milano: Einaudi, 1953.

GRONDIN, Jean. *Introdução e Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução e edição de Dario Canali. 7. ed. Porto Alegre: P&PM Ltda. 1986.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus, 1999.

GURVITCH, Georges. *L'idee du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le xviiiè siècle juscu'à la fin du xxie siècle*. Paris: Librairie Du Recueil Rirey, 1932.

GURVITCH, Georges. *Tratado de Sociologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I*. Madrid: Taurus, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I*. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y studios previos*. Madrid: Catedra, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y studios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y studios previos*. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 2.

HAMPSHIRE, Stuart. *Non c'è giustizia senza conflitto*. Democrazia come confronto di idee. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000.

HAYNES, J. M.; GRETCHEN, L. *Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations*. San Francisco: Jossey Bass, 1989.

HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOECKE, Mark van; OST, François. Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. Coordinadores Josep Aguilò Regla y Maccario Alemany. *Revista DOXA*. 22, 1999. In: <www.cervantesvirtual.com>>>portal>>doxa>.

HOROWITZ, I. L. Consensus, conflict and cooperation: a sociological inventory. In: *Social Forces*, n. 41, dez.1962.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Colombri: Temis, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KERN, Stephen. *Il tempo e lo spazio. La percezione del mondo tra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995.

KLEIN, Étienne. *O tempo*. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem conceito e pressupostos de validade de acordo com a lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997.

KRZYSZTOF, Pomian. *La crise de l'avenir*. Le Débat, 7, decembre, 1980.

KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliana, 1991.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e sovranità nazionale in Francia*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora UNISINOS, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio Janeiro: Lúmen Júris, 2007. v. 1.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LERA, Silvia Gaspar. *El âmbito de aplicación del arbitraje*. Pamblona: Aranzadi, 1998.

LIMA, Cláudio Viana de. *Arbitragem a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LINS E SILVA, Evandro. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 5, maio 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Clássicos do Pensamento Político).

- LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do judiciário. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- LORENZ, Konrad. *A Agressão: uma história natural do mal*. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.
- LORENZETTI, Roberta. Tempo e spazio nella narrazione autobiografica. In: LORENZETTI, Roberta; STAME, Stefania. *Narrazione e identità. Aspetti cognitivi e interpersonali*. Roma-bari: Laterza, 2004.
- LOZZA, Pedro Luiz. Considerações sobre a súmula vinculante. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I e II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUÑO, Perez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.
- MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: UnB, 1982.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Outros escritos. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MAQUIAVEL, Nicolo. *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: LPM, 2007.
- MARAFIOTI, Domenico. *Metamorfosi del giudice*. Riflessioni su giustizia e potere. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2004.
- MARINELLI, Vincenzo. *Dire il diritto*. La formazione del giudizio. Milano: Giuffrè, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MARRA, Realino. Max Webber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves. Università Degli Studi di Milano*. Milano, XXXII/2005/2-3.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e terra*. Genealogia e secularização. Tradução de Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997.

MARRAMAO, Giacomo. *Kairós. Apologia del tempo debito*. Roma- Bari: Laterza, 2005.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: ss categorias do tempo*. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995.

MARTÍN, Nuria Belloso. *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y leon*. [s. l.]: Junta de castilla y leon, 2006.

MARX, Karl. *Do capital*. O rendimento e suas fontes. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os pensadores).

MARX, Karl. *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*. Roma: Editori Reuniti, 1966.

MARX, Karl. *Per la critica dell'economia politica*. Roma: Editori Reuniti, 1971.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista de 1848 & cartas filosóficas*. Tradução de Karl Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2005.

MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Entrevista a Maria Sena Palieri. Tadução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MASSA, T. Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma. In: *Questione giustizia*, v. 4. 1999.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martinez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superegoda sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Duarte. Multiculturalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Diccionario de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora UNISINOS, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão Geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafio para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004.

MERRYMANN, John H. *La tradición judicial romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1979.

MERRYMANN, John H. Lo “stile italiano”: la doctrina. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, Ano XX, 1966.

MERRYMANN, John. Lo “stile” italiano: l’interpretazione. In: *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano. Dott. A. Guiffrè Editore, 1968.

MICHAUD, Y. *Violence et Politique*. Paris: Gallimard, 1947.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MISHRA, Ramesh. *El Estado de bienestar em crisis*. Pensamiento y cambio social. Traducción de Rafael Muñoz de Bustillo Llorente. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio De trabajo y Seguridad Social, 1992.

MODUGNO, Franco. Pluralità degli ordinamenti. In: *Enciclopédia de diritto*. XXXIV Pluralità-premeditazione. Varese: Giuffrè, 1985.

MONBIOT, Geroge. *A era do consenso: um manifesto para uma nova ordem mundial*. Tradução de Renato Bittencourt. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Barão de la Brede e de. *Do espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2005.

MOORE, Christoper W. *O Processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOREIRA TEIXEIRA, Paulo César. *A nova arbitragem cometários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

MORENO, Fernando Sainz. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/ Colégio Libre de Eméritos: 2004.

MORIN, Edgar. Epistemología de la complejidad. In: SCHINITMAN, Dora Fried. *Nuevos paradigmas. Cultura e subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1994.

MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000.

MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willen. *Dissensões e consenso. Uma teoria geral das decisões colectivas*. Tradução de Maria Fernanda Jesuíno. Lisboa: Livros Horizonte, 1991.

MUJALLI, Walter Brasil. *Juízo arbitral a nova lei de arbitragem comentários e legislação*. São Paulo: Led, 1997.

MULLER, Friederich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. *Systematic analysis in dispute resolution*. New York: Quorum Book, 1991.

NEUMANN, Ulfrid. Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico em el debate sobre “delicuencia estatal” en la anterior RDA. Tradução de Francesca Puigpelat Martí. In: *Revista Doxa. Filosofia del Derecho*. n. 17-18, 1995. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>.

NIETZSCHE, Friederich. Em que medida as condições de vida serão mais artísticas na Europa. In: *Gaia Ciência*. Lisboa: Guimarães, 1967.

NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: UnB, 1982.

NOVAIS, Jorge Renato. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Reengenharia do tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

ORTEMBERG, Osvaldo D. *Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos*. Buenos Aires: Biblos, 1996.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OST, François. Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico. *Revista DOXA*. Coordenadores Josep Aguilò Regla y Maccario Alemany. 25, 2002. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>.

PADOA-SHIOPPA, Antonio. Brevi note sulla *lex mercatoria*. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves. Università Degli Studi di Milano*. Milano, XXXII/2005/2-3.

PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem cometários à lei 9.307, de 23-09-98 revogações dos artigos 1.037 a 1.048 do código de processo civil*. Leme: Led, 1997.

PASINI, D. “Paura recíproca” e “paura comune”. In Hobbes. In: *Rivista internazionale della filosofia del diritto*. IV, serie, fascicolo 4, ottobre-dicembre, 1975.

PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; Revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

PELBART, Peter Pál. *O tempo não reconciliado*. São Paulo: Perspectiva: FAPESP, 1998.

PELLEGRINI, Stefania. *Il processo civile e la civile giustizia*. Padova: CEDAM, 2005.

PENROSE, Roger. *A mente nova do rei*. Computadores, mentes e as leis da física. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/UNISINOS: 2007.

PIETTRE Bernard. *Philosophie et science du temps*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

PIZZI, Jovino. *Ética do Discurso: a racionalidade ético-comunicativa*. Porto Alegre: Edipucrs, 1994.

POGREBINSCHI, Thamy. Contratualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora UNISINOS, 2006.

PORTINARO, Pier Paolo. Oltre Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. Ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

POULANTZAS, Nicos. As transformações atuais do Estado. A crise política e a crise do Estado. In: POULANTZAS, Nicos. *A crise do Estado*. Tradução de José Saramago. Braga: Pax, 1978.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UEP, 1996.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *Entre o tempo e a eternidade*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, I. *La nouvelle alliance: Métamorphose de la science*. Paris: Gallimard, 1979.

PUPOLIZIO, Ivan. *Una comunità all'ombra del diritto. La mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell'esperienza italiana*. Milano: Giuffrè, 2005.

RAMOS, Saulo. Súmula vinculante. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 175, 2004. p. 52-53;

REALE, Miguel. *O Estado democrático e o conflito das ideologias*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: [s.ed.], 1984.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, n.826, ago. 2004.

REIS, José Carlos. *Tempo, história e evasão*. Campinas: Papyrus, 1994.

RESTA, Eligio. *Codici narrativi*. - no prelo.

RESTA, Eligio. *Conflitti sociali e giustizia*. Bari: De Donato, 1971.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RESTA, Eligio. *Diritto e sistema politico*. Torino: Loescher Editore, 1982.

RESTA, Eligio. Per un diritto fraterno. In: FINELLI, R.; FISTETTI, F.; LUCIANI, F. R. Recchia; DI VITTORIO, P. *Globalizzazione e diritti futuri*. Roma: Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica, 2004.

RESTA, Eligio. Giudicare, conciliare, mediare. In: SCARPARRO, Fulvio. *Il coraggio di mediare*. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie. Milano: Angelo Guerini, 2005.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

RESTA, Eligio. Il giudice e i suoi conflitti. In: AA.VV. Giustizia e procedure, Atti del XXII Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica. Quaderno della *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3, 2003.

RESTA, Eligio. Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice. In: *Rivista Mediarres*. Semestrale sulla mediazione. Bari: Dédalo, 1/2003, gennaio-giugno.

RESTA, Eligio. *Il tempo del processo*. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardozo/review/Halfbaked/Resta.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006.

RESTA, Eligio. *Le stelle e le masseriezie. Paradigmi dell'osservatore*. Roma/Bari: Laterza, 1997.

RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004.

RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: *Politica del Diritto*. Anno XXXV, n. 3, settembre 2004.

RESTA, Eligio. O tempo e o espaço da justiça. In: *Anais do II Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2006, vol.1, n. 4, anual.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo*. Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1997. t. 3.

RIEF, Philip. *Freud: the mind of a moralist*. New York: [s. ed.], 1958.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997.

ROCHA, Leonel Severo; HERMANY, Ricardo. Globalização e direitos humanos. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, n. 14, jul./dez., 2000.

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

ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo Editora Unisinos, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRÍGUES-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: [s. ed.], 1945.

ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. Saggi di diritto costituzionale. Milano: Giufrè Editore, 1969.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado- Providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997.

ROSS, Marc Howard. *La cultura del conflicto*. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

ROSSANI GARCEZ. *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Globalização Econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia Jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UNB, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. *Il diritto possibile*. Funzioni e prospettive del *medium* giuridico. Milano: Angelo Guerini, 2005.

RUMMEL, Rudolph J. *Understanding conflict and war*. New York: John Wiley and Sons, 1976. v. 2.

RUPIÉREZ, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseanianas en defensa del Estado constitucional democrático e social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Santa Catarina: Conceito Editores, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare*. Un guia prático para mediadores. 2. ed. rev. e ampl. Fortaleza: Gráfica da Universidade de Fortaleza, 2005.

SANI, Giacomo. Consenso. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

SANSONE, Arianna. *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*. Milano: Giuffrè, 2001.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de S. J. J. Oliveira Santos e S. J. A. Ambrósio Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os pensadores).

SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação*. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado Intervencionista*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985.

SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

SCHINITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*.

Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SERRA, Antonio Truyol y. *Historia de la filosofia del derecho y del estado. 3. Idealismo y positivismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Salibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. Estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SIMMEL, G. *Sull'intimità*. Roma: Armando Editore, 1996.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIB FILHO, Nagib. Notas sobre as súmulas vinculantes no direito brasileiro. *Revista Forense*, n. 342.

SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, n. 9, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na Filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. *Exercício de Fenomenologia limites de um paradigma*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004.

STEINER, George. *Linguaggio e silenzio. Saggi sul linguaggio, la letteratura e l'inumano*. Traduzione di Ruggero Bianchi. Milano: Garzanti, 2006.

STOPPINO, Mario. Autoridade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen V. Varriale et al. Coordenador e tradutor João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 1.

STOPPINO, Mario. *Le forme del potere*. Napoli: Guida, 1974.

STRAYER, Joseph R. *Sobre los orígenes medievales del Estado Moderno*. Traducción de Horacio Vázquez Rial. Barcelona/Caracas/México: Editorial Ariel, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n.4, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, v. LXXXII, n. 82, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo: 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, v. IXXXI, n. 81, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do Positismo Jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. *Olhares hermenêuticos sobre o Direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Constitucionalizando D.I.R.E.I.T.O.S. – 15 anos de Constituição Brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (Org.). Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. v. 1. t. 1.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2007.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTR, 1996.

SUARES, Marines. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1997.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro/São Paulo: UFRJ/Beca Produções Culturais, 2005.

TARUFFO, Michele. Aspetti della giustizia civile: frammentazione e privatizzazione. In: *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 3, 1999.

TARUFFO, Michele. Considerazione sparse su mediazione e diritti. *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, n. 9, 2004.

TEIXEIRA, Elza Spanó. *Comentários e práticas forense da arbitragem lei nº 9.307, de 23.09.96*. Leme: Led, 1997.

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

TORRES, Miguel Ayuso. *?Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*. Madrid: Dykinson, 1998.

TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

TROPER, Michel. *Per una teoria giuridica dello Stato*. Napoli: Guida, 1998.

VIAL, Sandra Regina Martini. "Migliori luoghi" del diritto fraterno. In: VIAL, Sandra Regina Martini; ZAMBRANOI, Virginia. *Diritto, Società e costituzione*. Salerno: Bruno Libri, 2006, v. 1. p. 20-45

VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e o direito fraterno. In: COPETTI, André; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de pós-graduação em Direito UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 3. p. 205-235.

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

VIANNA, Luiz Verneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito*. São Paulo: LTr., 1979.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

VILAR, Silvia Barona. *Solución extrajudiccional de conflictos alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

VIOLA, F. *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*. Milano: Giuffrè, 1979.

VITORIA, Francisco de. *De iure belli*. A cura de Carlo Galli. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2005.

WALD, Arnoldo. *Eficiência Judiciária e Segurança Jurídica: a racionalização da legislação brasileira e a reforma do Poder Judiciário* In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALLACE, Ruth A.; WOLF, Alison. *La teoría sociológica contemporánea*. Traduzione di Daniela Sandri, Giovanni Dognini e Maurizio Pisati. Bologna: il Mulino, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: Desastre ou solução?* In: Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Revista do Processo*, n. 98.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de Irene Szmerecányi e Tamás Szmerecsányi. São Paulo: Pioneira/ UnB, 1981.

WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999, v. 1.

WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2.

WILSON, Thomas P. Sociologia e método matemático. In: GIDDENS, A; TURNER, J. (org.). *Teoria Social Hoje*. Tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro*. Teoria do Direito e Estado. Leonel Severo Rocha (Org.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006.

YANIERI, Alcira Ana. *Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas*. Buenos Aires: Júris, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005.

ZAMBRANO, Virginia. Degiuridicizzazione del contenzioso familiare e mediazione. In: *Revista da AJURIS*. Ano 34, n. 105, mar, 2007.

ZAMBRANO, Virginia; VIAL Sandra Regina Martini. *Diritto, società i costituzione*. Salerno: Bruno Libro, 2006.

ZANGHÍ, C. *Diritto delle organizzazioni internazionale*. Torino: [s. ed.], 2001.

ZOLO, Danilo. Teoria e critica dello Stato di diritto. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

ZUDDAS, Goffredo. *L'arbitraggio*. Napoli: Jovene Editore Napoli, 1992.

ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 4.827-B, DE 1998COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO
REDAÇÃO FINAL

PROJETO DE LEI Nº 4.827-B, DE 1998

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§ 2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Deputado LÉO ALCÂNTARA
Relator

ANEXO B - PROJETO DE LEI Nº 4.945, DE 2005.

PROJETO DE LEI Nº 4.945, DE 2005.

(Do Sr. Antonio Carlos Biscaia)

Altera e revoga dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges e dá outras providências correlatas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta Lei altera disposições do Código Civil que tratam sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges.

Art. 2º Os arts. 1.564, 1.571, 1.572, 1.578 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.564. Quando o casamento for anulado por má-fé de um dos cônjuges, este incorrerá:

I – na perda das vantagens havidas do outro cônjuge;

II – na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no pacto antenupcial.

(NR)”

.....

“Art. 1.571.

§ 2º. Na separação e no divórcio o juiz deverá incentivar a prática da mediação familiar. (NR)”

.....

“Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, quando cessar a comunhão de vida.” (NR)

“Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada.

Parágrafo único.” (NR)

“Art. 1.578. O cônjuge que tiver adotado o sobrenome do outro poderá mantê-lo, após a separação judicial ou o divórcio.” (NR)

Art. 3º. Revogam-se os §§ 1º, 2º e 3º do art. 1.572, os arts. 1.573, 1.575, e o inciso II do art. 1.641 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O presente Projeto de Lei nos foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

Com efeito, a averiguação e a identificação de um culpado tem significado quando o agir de uma pessoa coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outrem ou de algum bem jurídico tutelado pelo Direito. Assim, a segregação de quem comete um ato que pode ameaçar a segurança da sociedade é a maneira eleita pelo Estado para assegurar a organização social.

No entanto, migrar o instituto da culpa para obter-se o desenlace do matrimônio não tem qualquer justificativa. Revela-se de nítido caráter punitivo vedar ao “culpado” a iniciativa do processo de separação, assegurando legitimidade somente ao “inocente” para buscar a desconstituição do casamento (art. 1.572).

Ou seja, quem não tem motivo, quem nada tem a imputar contra o par simplesmente precisa aguardar o prazo de um ano para buscar a separação (art. 1.572, § 1º) ou o decurso de dois anos para obter o divórcio (art. 1.580, § 2º).

De outro lado, se o autor não logra provar a responsabilidade do réu pelo fim do casamento, o pedido de separação é desacolhido, ele perde a ação e as partes continuam casadas mesmo depois de todo o desgaste de um processo judicial.

Não são exclusivamente esses os motivos que evidenciam o absurdo de o novo Código Civil ter mantido e até tornado mais severa a necessidade de identificar um culpado pela separação, impondo conseqüências de várias ordens.

A Constituição Federal é chamada de Constituição cidadã por priorizar a dignidade da pessoa humana, consagrando como fundamentais os direitos à privacidade e à intimidade, sendo a liberdade o pressuposto do Estado Democrático de Direito. Há que reconhecer que não é somente paradoxal, mas é nitidamente inconstitucional impor a quem busca a separação que invada a privacidade e desnude a intimidade do outro, sem que se possa atinar a razão de o Estado se imiscuir na vida privada de um casal e condicionar a desconstituição do casamento à identificação de um culpado.

Cresce a perplexidade ao se perceber que tal exigência existe somente por diminuto tempo. É que somente se impõe a comprovação da causa do fim do vínculo matrimonial pelo período de um ano, pois, após decorrido esse lapso temporal, qualquer um pode pedir a separação pelo só decurso desse interstício.

Mas, se o casal esperar mais um ano, é possível a qualquer um pedir o divórcio, sem que caiba identificar a causa do desenlace do matrimônio. Há outra hipótese em que a causa da separação perde a razão de ser. Quando da conversão da separação em divórcio o culpado é absolvido, pois é vedado que a sentença revele o motivo da separação (art. 1.580, § 1º).

No entanto, a lei não contempla a única causa que pode tornar insuportável a vida em comum. Nenhuma das diversas hipóteses ressuscitadas pelo novo CC

permite a identificação de um culpado. O que elenca a lei são meras conseqüências de uma única causa. Somente comete adultério, tenta matar quem não ama mais. O exaurimento do vínculo de afetividade é a única causa que leva alguém a agredir, abandonar, manter conduta desonrosa. Tais atitudes são meros reflexos do fim do amor.

A perquirição da culpa, além de ser de todo impertinente, tem seqüelas perversas, que evidenciam que o interesse do legislador é simplesmente a manutenção dos sagrados laços do matrimônio, punindo quem dele quer se afastar.

O culpado perde a própria identidade, pois o uso do nome depende da benemerência do inocente (art. 1.578). Ainda que não mais seja condenado a morrer de fome (art. 19 da Lei 6515/1977), o responsável pela separação irá receber alimentos tão-só para assegurar a sobrevivência (art. 1.704, parágrafo único). Afora tal, a inocência do sobrevivente garante-lhe direitos sucessórios ainda que separado de fato há dois anos (art. 1.830).

Não bastasse tudo isso, não deixa de causar estranheza que toda essa everiguação só cabe no processo de separação, sendo absolutamente despicienda quando se tratar de união estável. Nada mais é preciso além da identificação do termo final do período de convívio para a declaração do desfazimento da entidade familiar extramatrimonial.

Ainda que seja dolorido ver o sonho do amor eterno desfeito, ninguém manda no coração e ninguém pode ser condenado por deixar de amar. Portanto, de todo descabida a manutenção do instituto da culpa para se chancelar a desconstituição do casamento, devendo ser respeitada a vontade de cada um dos cônjuges. Se o amor descabe impor prejuízos e perdas ou proclamar culpados.

A revogação do art. 1.575 se impõe porque contraria a jurisprudência brasileira consagrada e a orientação adotada no art. 1.581. O seu parágrafo único diz o óbvio, sendo desnecessário.

O inciso II do art. 1.641 é atentatório à dignidade humana dos mais velhos, que ficam impedidos de livremente escolher o regime de bens, ao se casarem, como punição pela renovação do amor. Esse dispositivo é incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV da Constituição Federal.

Sala de Sessões, de março de 2005.

Deputado Antonio Carlos Biscaia
PT/RJ

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

PROJETO DE LEI Nº 4.945, DE 2005

Altera e revoga dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges e dá outras providências correlatas.

Autor: Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA

Relatora: Deputada LAURA CARNEIRO

I – RELATÓRIO

Encontram-se nesta Comissão de Seguridade Social e Família o Projeto de Lei no 4.945, de 2005, e o Projeto de Lei no 4.948, de 2005, ao primeiro apensado para fins de tramitação, ambos de autoria do Deputado Antonio Carlos Biscaia, para manifestação conclusiva quanto ao mérito nos termos regimentais.

O Projeto de Lei no 4.945, de 2005, cuida de alterar os artigos 1.564, 1.571, 1.572, 1.574 e 1.578 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, bem como de revogar os artigos 1.573 e 1.575 e o inciso II do art. 1.641 do mesmo diploma legal.

Busca-se em suma, com a apresentação de tal projeto de lei, afastar a possibilidade jurídica de se atribuir culpa a um dos cônjuges pela separação ou anulação do casamento e de que desta atribuição resultem conseqüências ou efeitos no âmbito do direito de família.

Neste sentido, quer-se, mediante modificação do art.1.564 do Código Civil, substituir no texto deste dispositivo a palavra “culpa” por “má-fé” de maneira que, apenas quando se verificar a má-fé de um dos 2 cônjuges, é que, no caso de anulação do casamento, incorrerá aquele que desta forma agir na perda de todas as vantagens havidas do outro cônjuge e na obrigação de cumprir as promessas que porventura lhe tenha feito em contrato antenupcial.

Pretende-se também, por intermédio de alteração dos artigos 1.571 e 1.578 do Código Civil, estabelecer, no que tange à separação e ao divórcio, de um lado, que caberá ao juiz incentivar a prática da mediação familiar e, de outro lado, que o cônjuge que tiver adotado o sobrenome do outro sempre poderá mantê-lo após a separação judicial ou o divórcio, sendo, para tanto, desnecessário se indagar sobre a existência de culpa de um dos cônjuges.

Almeja-se, outrossim, com a alteração do art. 1.572 do Código Civil e a revogação do art. 1.573 do mesmo diploma legal, possibilitar que qualquer dos cônjuges proponha a ação de separação judicial quando cessar a comunhão de vida sem que seja necessário para tanto que o cônjuge autor impute ao outro a prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum ou que se prove a ruptura dela há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

Busca-se ainda excluir, mediante alteração do *caput* do art. 1.574 do Código Civil, o requisito temporal nele imposto para a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges com vistas a que ela possa ser deferida ainda que não tenha decorrido lapso temporal superior a 1 (um) ano após a celebração do casamento.

Além disso, quer-se revogar o art. 1.575 do Código Civil com vistas a eliminar a obrigatoriedade nele prevista de que, na sentença que acolher o pedido de separação judicial, promova-se a partilha de bens.

Pretende-se, afinal, mediante a revogação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, pôr fim à obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens no casamento de pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos.

Com a apresentação do Projeto de Lei no 4.948, de 2005, buscou-se, por sua vez, mediante o acréscimo de parágrafo ao art. 1.571 do Código Civil, simplesmente determinar que o juiz, no que tange à separação e ao divórcio, deverá incentivar a prática de mediação familiar. Idêntica disposição, tal como se assinalou anteriormente, também foi inserida no texto do projeto de lei ao qual este foi apensado para fins de tramitação.

Consultando os andamentos relativos à tramitação de ambas as iniciativas referidas no âmbito desta Comissão, observa-se que o prazo regimentalmente concedido para oferecimento de emendas já se esgotou sem que qualquer uma tenha sido apresentada a elas em seu curso.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Ambos os projetos de lei em análise têm o condão de prever modificações no texto do Código Civil bastante meritórias.

Com efeito, importa notar, no que tange à culpa, que a sua averiguação e identificação somente alcança um significado quando o agir de uma pessoa coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outrem ou de algum bem jurídico tutelado pelo Direito.

Migrar, entretanto, o instituto da culpa para se obter o desenlace do matrimônio não encontra qualquer justificativa plausível. Revelase de nítido caráter

punitivo vedar ao “culpado” a iniciativa do processo de separação, assegurando legitimidade somente ao “inocente” para buscar a desconstituição do casamento (art. 1.572 do Código Civil). Ou seja, quem nada tem a imputar contra o par simplesmente precisa aguardar o prazo de um ano para buscar a separação (art. 1.572, § 1º, do Código Civil) ou o decurso de dois anos para obter o divórcio (art. 1.580, § 2º, do Código Civil). E se o cônjuge autor não logra provar a responsabilidade do cônjuge réu pelo fim do casamento, o pedido de separação é julgado improcedente, permanecendo as partes casadas mesmo depois de todo o desgaste provocado por um processo judicial.

Lembre-se que a Constituição Federal busca proteger a dignidade da pessoa humana, consagrando como fundamentais os direitos à liberdade, à privacidade e à intimidade. E há que se reconhecer que não é somente paradoxal, mas também nitidamente inconstitucional impor a quem busca a separação que invada a privacidade e desnude a intimidade do outro sem que se possa atinar a razão de o Estado se imiscuir na vida privada de um casal e condicionar a desconstituição do casamento à identificação de um culpado.

Cresce a sensação de perplexidade ao se perceber que tal exigência existe somente por diminuto tempo. É que se impõe a comprovação da causa do fim do vínculo matrimonial somente pelo período de um ano; após decorrido este lapso temporal, qualquer um pode pedir a separação pelo só decurso de tal interstício. Mas, se o casal resolve aguardar mais um ano após o seu decurso, é possível a qualquer dos cônjuges pedir diretamente o divórcio sem que caiba identificar a causa do fim do matrimônio.

Há outra hipótese em que a causa da separação perde a razão de ser, qual seja, por ocasião da conversão da separação em divórcio, já que o culpado é absolvido em razão de ser vedado que a sentença que o decretar revele o motivo da separação (art. 1.580, § 1º, do Código Civil).

A lei não contempla, por seu turno, a única causa que pode tornar insuportável a vida em comum. Nenhuma das diversas hipóteses ressuscitadas pelo Código Civil atualmente em vigor permite a identificação de um culpado. O que

menciona a lei são meras conseqüências de uma única causa. Quem comete adultério ou tenta matar o faz praticamente porque já não ama mais. O exaurimento do vínculo afetivo seria, pois, a única causa que levaria alguém a agredir, abandonar ou mesmo manter conduta desonrosa.

Tais atitudes guardam relação muito íntima com o fim do amor.

Note-se que a perquirição da culpa evidencia muito mais o interesse do Estado de simplesmente manter os sagrados laços do matrimônio, buscando punir quem dele quer se afastar. Neste sentido, o responsável pela separação pode se habilitar a receber alimentos tão-só para lhe assegurar a sobrevivência (art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil).

Além disso, a inocência do sobrevivente garante-lhe direitos sucessórios ainda que separado de fato há dois anos (art. 1.830 do Código Civil).

Ademais, causa estranheza que toda a averiguação sobre a existência de culpa só caiba no trâmite da ação de separação judicial, sendo absolutamente desnecessária quando se tratar de união estável. Nesta hipótese, nada mais se exige do que a simples identificação do termo final do período da convivência para que se possa declarar então extinta a entidade familiar.

Mostra-se, portanto, plenamente descabida a manutenção do instituto da culpa para se cancelar a desconstituição do casamento. Há que se respeitar a vontade de cada um dos cônjuges. Muito embora cause dor ver o sonho de um amor eterno desfeito, ninguém merece receber uma condenação por deixar de amar outrem. Ainda que o amor acabe, não convém impor prejuízos e perdas ou proclamar culpados.

Restam, pois, justificadas as pretendidas alterações no texto dos artigos 1.564, 1.572 e 1.574 do Código Civil, bem como a revogação do art. 1.573 do mesmo diploma legal.

E, já que se pretende eliminar do Código Civil qualquer perquirição sobre a culpa dos cônjuges, cumpre promover também a alteração de seus artigos 1.704 e 1.830, a fim de adequar as disposições neles previstas à nova sistemática que se pretende introduzir no ordenamento jurídico civil quanto à culpa.

A sugerida revogação do art. 1.575 do Código Civil, que dispõe que a sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens, impõe-se porque a norma nele consignada contraria vasta jurisprudência adotada pelos diversos tribunais e o teor da disposição contida em seu art. 1.581, que prevê que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Além disso, o respectivo parágrafo único, quando estatui que a partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida, menciona apenas o que seria óbvio, sendo, pois, desnecessário manter tal disposição no texto do referido diploma legal.

Quanto à revogação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil proposta no seio do Projeto de Lei no 4.945, de 2005, assinala-se que não se mostra conveniente dado que a disposição dele objeto simplesmente restringe a capacidade dos maiores de 60 (sessenta) anos para livremente escolherem o regime de bens ao contraírem matrimônio com o intuito plenamente justificável de se lhes conferir maior proteção no plano patrimonial sem que possa inferir que dela necessariamente resulte ofensa ao princípio constitucional que trata do respeito à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, CF), aos imperativos da razoabilidade ou ainda aos ditames do Art. 5º, incisos I e X, da Constituição Federal.

Também não merece ser acolhida a modificação do art. 1.578 do Código Civil tal como ora se postula no âmbito do Projeto de Lei no 4.945, de 2005. Mostra-se plausível que o cônjuge que tenha adotado o sobrenome do outro possa mantê-lo após a separação judicial e que, para tanto, seja absolutamente desnecessária qualquer indagação sobre a existência de culpa. No entanto, não seria recomendável a possibilidade de sua manutenção também após o divórcio, eis que por seu intermédio se põe termo ao vínculo conjugal, possibilitando-se inclusive que qualquer um deles venha a contrair novas núpcias. Nesta última hipótese, seria

adequado permiti-la tão somente quando a alteração acarretasse evidente prejuízo para a identificação ou o reconhecimento profissional do cônjuge.

Finalmente, mencione-se que é louvável que se adote sempre a prática da mediação nas causas que dizem respeito ao direito de família, razão pela qual merece prosperar a proposta de modificação do art. 1.571 do Código Civil contida em ambos os projetos de lei em exame e que tem o condão de prever que o juiz deverá incentivá-la nos feitos de separação judicial e divórcio.

Por todo o exposto, o nosso voto é, quanto ao mérito, pela aprovação do Projeto de Lei no 4.945, de 2005, na forma do substitutivo ora oferecido e cujo teor segue em anexo, e pela rejeição do Projeto de Lei no 4.948, de 2005, tendo em vista que seu conteúdo já havia sido contemplado no texto do projeto de lei ao qual foi apensado para fins de tramitação e também foi inserido no referido substitutivo.

Sala da Comissão, em de de 2006.

Deputada **LAURA CARNEIRO**

Relatora

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 4.945, DE 2005

Altera e revoga disposições da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera e revoga disposições da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Art. 2o Os artigos 1.564, 1.571, 1.572, 1.574, 1.578, 1.704 e 1.830 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.564. Quando o casamento for anulado por má-fé de um dos cônjuges, este incorrerá:

I – na perda das vantagens havidas do outro cônjuge;

..... (NR)”

“Art. 1.571.

.....

§ 2o Nos feitos de separação judicial ou divórcio, o juiz deverá incentivar a prática da mediação familiar. (NR)”

“Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial quando cessar a comunhão de vida. (NR)”

“Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

..... (NR)”

“Art. 1.578. O cônjuge que tiver adotado o sobrenome do outro poderá mantê-lo após a separação judicial. Após o divórcio, somente será admitida a sua manutenção se a alteração acarretar evidente prejuízo para a identificação ou o reconhecimento profissional do cônjuge que o tiver adotado. (NR)”

“Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente provar que necessita de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz. (NR)”

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados

judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, salvo se o falecido não houver deixado testamento e se, após a declaração de vacância da herança, não se tenha verificado a habilitação de outros herdeiros necessários. (NR)”

Art. 3º Revogam-se os artigos 1.573 e 1.575 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2006.

Deputada **LAURA CARNEIRO**

Relatora