

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – NÍVEL DOUTORADO

PAULO AFONSO BRUM VAZ

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa

São Leopoldo (RS)
2015

Paulo Afonso Brum Vaz

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof^o Doutor Leonel Severo Rocha

**São Leopoldo (RS)
2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

V393j Vaz, Paulo Afonso Brum
Juizado especial federal : contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa / Paulo Afonso Brum Vaz. – São Leopoldo, 2015.
363 f.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

1. Poder Judiciário - Brasil. 2. Juizado Especial Federal. 3. Conciliação. 4. Solução de conflitos. 5. Direitos sociais. I. Brasil. Justiça Federal 4. Região. III. Rocha, Leonel Severo. IV. Título.

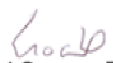
CDU 347.994

Bibliotecária Responsável
Magda De Conto
CRB10/1462


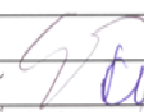
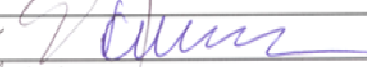


UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: Contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa**”, elaborada pelo doutorando **Paulo Afonso Brum Vaz**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 13 de novembro de 2015.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 
Membro: Dr. Gilmar Ferreira Mendes 
Membro: Dr. Francisco Carlos Duarte 
Membro: Dr. José Luis Bolzan 
Membro: Dr. Vicente de Paulo Barretto 

Dedico à memória do meu saudoso Pai, que nos deixou materialmente no ano de 2014. Devo a ele o incentivo e o meu amor pelo estudo. Também a Eduvirges, Simone, Desirée e Giovanna, mãe, esposa e filhas amadas.

AGRADECIMENTOS

Penhoradamente, ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo investimento e estímulo ao aperfeiçoamento continuado que tem dedicado aos seus magistrados.

Ao Conselho Nacional de Justiça, à Capes e à Unisinos, pela oportunidade singular da pesquisa sobre o tema, hoje central para o futuro da Justiça Federal.

Aos professores do PPG Direito da Unisinos, pela sólida formação acadêmica recebida, em especial, aos doutores Bolzan de Moraes, Lenio Streck, Vicente Barretto, André Callegari, Jânia Saldanha e Sandra Vial, referências acadêmicas de conhecimento singular e disposição para transmitir, com os quais tive a honra de conviver e aprender.

Aos servidores do meu gabinete, da Escola da Magistratura e do Sistema de Conciliações do TRF4, pelo auxílio e subsídios valiosos, especialmente à minha revisora, Miriam C. Pogorelsky, que, com paciência e competência, corrigiu e melhorou os meus textos.

Ao meu orientador, Doutor Leonel Severo Rocha, cientista modelar do Direito, pelas valiosas diretrizes e ricas conversas, fatores preciosos e imprescindíveis para a concretização desta tese.

Finalmente, à minha mulher e às minhas filhas, não posso deixar de agradecer a compreensão, o carinho e o apoio com que, durante todo este tempo, nunca deixaram de me agraciar.

RESUMO

O tema desenvolvido na tese é a conciliação no Juizado Especial Federal, microsistema da Justiça Federal. A pesquisa tem como pressuposto o entrelaçamento das ideias de justiça conciliativa, democratização e incremento do nível de cidadania da sociedade brasileira. Começando pelas metamorfoses do contexto sócio-jurídico da pós-modernidade e suas consequências para o monopólio estatal do direito e da justiça, reescrito a partir do pluralismo jurídico e da policontextualidade, são analisadas as crises do Estado do Bem-Estar Social: política, ideológica, filosófica, financeira e demográfica, afetando drasticamente o nível das prestações sociais, que são a sua essência. As principais externalidades negativas da retirada do Estado do Bem-Estar Social, para os fins da tese, são a limitação e a consequente judicialização dos direitos sociais. A resposta da Administração da Justiça, na terceira onda globalizada de reformas sobre a acessibilidade à justiça, de Cappelletti e Garth, no Brasil veio com os Juizados Especiais, concebidos para serem uma justiça de proximidade, informal e conciliativa. A judicialização exacerbada dos direitos sociais previdenciários, no entanto, impactou de maneira prejudicial a funcionalidade do Juizado Especial Federal, cuja estrutura deficitária não consegue atender à demanda em prazo razoável e com a qualidade desejada. O Juizado Especial Federal tende, então, a ordinarizar o procedimento, abandonando os seus princípios estruturantes: sumariedade, oralidade e consensualidade. Distante, não consegue ser uma justiça informal, nem conciliativa. Sem uma teoria da administração do conflito típico do Juizado Especial Federal, que tem o poder público como parte e direitos de natureza patrimonial como objeto, a ideia fundamental de consensualidade resume-se ao voluntarismo e ao esforço pessoal de alguns de seus juízes. Sem incentivo, as procuradorias públicas nunca se engajaram totalmente na política judiciária de tratamento adequado de conflitos do Conselho Nacional de Justiça e, quando participam, é apenas com o propósito de economizar em prejuízo de direitos líquidos e certos que deveriam satisfazer na íntegra. O contributo mais relevante da tese é propor uma virada procedimental para que a audiência prévia de conciliação, momento e oportunidade por excelência da aproximação das partes e do diálogo entre estas, seja efetivamente designada pelos juízes, conforme dispõem os arts. 16 e 17 da Lei nº 9.099/95, 334 do Novo Código de Processo Civil (NCPC) e 27 da Lei de Mediação e Conciliação, levando-se a sério o princípio constitucional da consensualidade nos Juizados Especiais (art. 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil - CR).

Palavras-chave: Juizado especial federal. Conciliação. Consensualidade. Audiência prévia. Direitos sociais.

ABSTRACT

The thesis develops the theme of conciliation in Special Federal Court, a micro system of the Federal Justice. The research presupposes the intertwining of the ideas of conciliative justice, democratization, and the increase of the level of citizenship in Brazilian society. The crises of the State of Well Being – political, ideological, philosophical, financial, and demographic –, which drastically affect the level of the social services that are its essence, are analyzed in the context of the metamorphosis of the post-modern socio-juridical context and its consequences to the State monopoly of Law and justice, which was rewritten as from juridical pluralism and multi-contextualization. To the purposes of this thesis, the main negative externalities of the withdrawal of the State of Well Being are the limitation of social rights and their consequent bringing to courts. The Administration of Justice's response to that, in Cappelletti's and Garth's third globalized wave of reforms on the accessibility to justice, came, in Brazil, with the Special Courts, conceived as an informal and conciliative proximity justice. The overwhelming volume of litigation on social security rights, however, has negatively impacted the functionality of Federal Special Court, whose deficient structure cannot answer to the demand on reasonable time and with the desired quality. These courts tend, then, to simplify their procedure, abandoning their structuring principles of summarization, orality, and consensuality. By being distant, they are unable to function as either an informal or a conciliation justice. Without a theory on the administration of the typical conflict of the Special Federal Courts, which has the State as a litigant and rights of patrimonial nature as object, the fundamental idea of consensuality resumes itself to the voluntarism and personal effort of some of their judges. With no encouragement, public attorneys have never fully engaged in Brazil's National Council of Justice's (Conselho Nacional de Justiça) judiciary policy of adequate treatment of conflicts, and, when they do join in the litigation, it is with the sole purpose of saving on financial damages that arise from unquestionable rights that should be fully satisfied. This thesis' most relevant contribution is to propose a procedural turn so that the preliminary conciliation hearing, which is the ideal moment and opportunity to bringing the litigants together and establishing a dialogue between them, is effectively designated by judges, as is disposed by articles 16 and 17 of Law no. 9099/1995, 334 of NCPC, and 27 of the Law on Mediation and Conciliation (Law no. 13140/2015), taking the constitutional principle of consensuality on Special Courts seriously (article 98, I, of the Brazilian Constitution).

Keywords: Special federal court. Conciliation. Consensuality. Previous hearing. Social rights.

RESUMEN

El tema que se desarrolla en esta tesis es la conciliación en el Juzgado Especial Federal, microsistema de la Justicia Federal. La investigación tiene como presupuesto el enlace de ideas de justicia conciliativa, democratización e incremento del nivel de ciudadanía de la sociedad brasileña. Iniciando por la metamorfosis del contexto socio-jurídico de la posmodernidad y sus consecuencias para el monopolio estatal del derecho y de la justicia, reescrito a partir del pluralismo jurídico y múltiples contextos, son investigadas las crisis del Estado del Bienestar Social: política, ideológica, filosófica, financiera y demográfica, que afectan drásticamente el nivel de las prestaciones sociales, que son su esencia. Los principales aspectos negativos de la retirada del Estado del Bienestar Social, para la finalidad de la tesis, son los límites y la consecuente judicialización de los derechos sociales. La respuesta de la Administración de la Justicia, en la tercera ola globalizada de reformas sobre la accesibilidad a la justicia, de Cappelletti y Garth, en Brasil, llegó con los Juzgados Especiales, concebidos para ejercer una justicia de aproximación, informal y conciliadora. Sin embargo, la judicialización exacerbada de los derechos de la Seguridad Social ha impactado de manera nociva la funcionalidad del Juzgado Especial Federal, cuya estructura deficitaria no logra atender la demanda en un plazo razonable y con la calidad que se espera. El Juzgado Especial Federal tiende, entonces, a vulgarizar el procedimiento, abandonando sus principios estructurantes: prontitud, oralidad y consenso. Apartada, no consigue ser una justicia informal, tampoco conciliatoria. Sin una teoría de la administración del conflicto típico del Juzgado Especial Federal, que tiene al poder público como parte y derechos de naturaleza patrimonial como objeto, la idea fundamental de consenso se resume al capricho y al esfuerzo personal de algunos de sus jueces. Sin estímulo, las Fiscalías nunca participaron totalmente en la política judicial de tratamiento adecuado de conflictos del Consejo Nacional de Justicia y, cuando actúan, lo hacen solo con el propósito de economizar en perjuicio de derechos líquidos y ciertos que deberían satisfacer integralmente. La contribución más relevante de la tesis es proponer un giro de procedimiento para que la audiencia preliminar de conciliación, momento y oportunidad por excelencia de acercamiento de las partes y del diálogo entre ellas, sea efectivamente designada por los jueces, conforme dispuesto en los artículos 16 y 17 de la Ley n° 9.099/95, 334 del NCPC y 27 de la Ley de Mediación y Conciliación, llevándose en serio el principio constitucional del consenso en los Juzgados Especiales (art. 98, I, de la CR).

Palabras-claves: Juzgado special federal. Conciliación. Consenso. Audiencia preliminar. Derechos sociales.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADR *Alternative Dispute Resolution*

AGU Advocacia Geral da União

AI5 Ato Institucional nº 5

AJUFE Associação dos Juizes Federais

BGH Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*)

CEDH Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEF Caixa Econômica Federal

CEJ Centro de Estudos Judiciários

CEJA *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*

CEJUSCON Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania

CEJ Centro de Estudos Judiciário (CJF)

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CJF Conselho da Justiça Federal

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CPC Código de Processo Civil

CPR *Civil Process Rules* (Inglaterra)

COJEF Coordenação dos Juizados Especiais Federais (órgão do TRF4)

CR Constituição da República Federativa do Brasil

EC Emenda Constitucional

EEMM Estados Membros da União Europeia

EGZPO Lei de Introdução ao Código de Processo Civil (Alemanha)

DNIT Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

FGV Fundação Getúlio Vargas

FMI Fundo Monetário Internacional

FONACON Fórum Nacional de Conciliação e Mediação

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IRDR Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

INSS Instituto Nacional do Seguro Social

IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

JEC Juizado Especial Cível

JEF Juizado Especial Federal

LEC *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Espanha)

LJP Lei dos Juizados de Paz

MARCs Métodos Alternativos de Resolução de Controvérsias

MASCs Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

NCPC Novo Código de Processo Civil

OAB Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PIA População em Idade Ativa

PNUD Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

RAD Resolução Alternativa de Disputa

RAC Resolução Alternativa de Conflito

RDL *Real Decreto-Ley* (Espanha)

RE Recurso Extraordinário

REsp Recurso Especial

RPV Requisição de Pequeno Valor

SEBRAE Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

SISTCON Sistema de Conciliação (órgão do TRF4)

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia

TEDH Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TNU Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

TR Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais

TRF4 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TRU Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

UE União Europeia

UNISINOS Universidade do Vale do Rio dos Sinos

US-AID *United States Agency for International Development*

VwGO Código de Processo Contencioso-Administrativo (Alemanha)

ZPO Código de Processo Civil (Alemanha)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 NOVAS FACES DA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: METAMORFOSES DO ESTADO, DO DIREITO E DA JUSTIÇA	22
2.1 A CRÍTICA DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE.....	22
2.2 A POSIÇÃO DE HABERMAS SOBRE A MODERNIDADE	29
2.3 A POSIÇÃO DE LUHMANN SOBRE A MODERNIDADE.....	30
2.4 A MODERNIDADE REFLEXIVA DE BECK E GIDDENS E A SUBPOLÍTICA.....	31
2.5 TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO MODERNO: TENSÕES DA GLOBALIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO	33
2.6 O PLURALISMO JURÍDICO E A POLICONTEXTURALIDADE: APROXIMAÇÕES PARA UMA RELEITURA DEMOCRATIZANTE DO PROCESSO CRIATIVO DO SENTIDO DO DIREITO NO SISTEMA DE JUSTIÇA.....	40
2.7 A LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO PELO PROCEDIMENTO E O CONTRIBUTO DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS LITIGANTES NA CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO DO CONFLITO.....	50
2.8 O NOVO PAPEL DAS ESCOLAS DE DIREITO: FORMAR PROFISSIONAIS PREPARADOS ÀS SOLUÇÕES CONSENSUAIS.....	54
2.9 O PAPEL ATIVO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO NO INCENTIVO À SOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA DE CONFLITOS	58
3. A DECADÊNCIA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E A HIPERJUDICIARIZAÇÃO DE CONFLITOS	61
3.1 AS CRISES DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: IMPULSO À LITIGÂNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO POR PRESTAÇÕES SOCIAIS	61
3.1.1 A crise política.....	63
3.1.2 A crise ideológica	63
3.1.3 A crise filosófica	64
3.1.4 A crise financeira	65
3.1.5 A crise demográfica	68
3.2 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E SUAS DUAS HERANÇAS: DA BUROCRATIZAÇÃO À INDIVIDUALIZAÇÃO COMO FATORES DETERMINANTES DA LITIGÂNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO	73
3.3 A JUDICIARIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS E A POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO: CONEXÃO PARADOXAL ENTRE JURISDIÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO	78
4 REESCREVENDO A DIFERENÇA FUNCIONAL DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DA AUTOCOMPOSIÇÃO	84
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA SISTÊMICA E A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO.....	84
4.2 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DECISÃO JUDICIAL NO SISTEMA DO DIREITO	94

4.3 CONCILIAÇÃO E COMUNICAÇÃO	102
4.4 A DECISÃO E A CONCILIAÇÃO	105
4.5 PERSPECTIVAS DA REFLEXIVIDADE E DA ABERTURA COGNITIVA DA JUSTIÇA: APROXIMAÇÕES NO SENTIDO DA VALORIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE COMO CONDIÇÃO À CONEXÃO ENTRE AS SEMÂNTICAS DA JUSTIÇA E DA SOCIEDADE.....	107
5 BREVE PANORAMA COMPARADO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA EUROPEIA E DAS AMÉRICAS DO NORTE E LATINA	117
5.1 ADR NOS EUA	119
5.2 AUTOCOMPOSIÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA (DIRETIVA 2008/52/CE)	123
5.3 AUTOCOMPOSIÇÃO NA FRANÇA.....	126
5.4 AUTOCOMPOSIÇÃO NA ITÁLIA.....	129
5.5 AUTOCOMPOSIÇÃO NA ESPANHA.....	132
5.6 AUTOCOMPOSIÇÃO EM PORTUGAL	134
5.7 AUTOCOMPOSIÇÃO NA ALEMANHA	137
5.8 AUTOCOMPOSIÇÃO NO SISTEMA INGLÊS.....	138
5.9 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASCs) NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS NOS PRINCIPAIS SISTEMAS JUDICIAIS	141
5.10 LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO.....	146
6 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E PAPEL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.....	148
6.1 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL	149
6.2 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E A CONCEPÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL COMO <i>LOCUS</i> DA JUSTIÇA SOCIAL CONCILIATIVA	155
6.3 CRÍTICA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: DESAFIOS ONTOLÓGICOS PARA A REALIZAÇÃO EFETIVA DA JUSTIÇA SOCIAL CONCILIATIVA	161
6.4 O ESTADO COMO MAIOR LITIGANTE DO SISTEMA DE JUSTIÇA: A DUPLA PREJUDICIALIDADE PARA O MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.....	182
6.5 A CONDIÇÃO DE “SUJEITO DE DIREITO” COMO PRESSUPOSTO ÉTICO DA PARTICIPAÇÃO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL.....	187
6.6 A CONCILIAÇÃO COMO MECANISMO INDUTOR DA "CIDADANIA SOCIAL": O PAPEL INCLUSIVO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL	189
7 APONTAMENTOS SOBRE O CONFLITO TÍPICO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E A CONCILIAÇÃO NOS PROCESSOS EM QUE É PARTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	195
7.1 BREVES APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS GERAIS SOBRE A TEORIA DO CONFLITO SOCIAL.....	196
7.2 DIFERENÇA ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MODELOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A PRÁXIS CONCILIATÓRIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL É PREDOMINANTEMENTE ACORDISTA.....	200

7.3	A IMBRICAÇÃO ENTRE QUESTÕES DE LEGALIDADE E QUESTÕES DE MORALIDADE NO TRATAMENTO DO CONFLITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.....	205
7.4	APROXIMAÇÕES ACERCA DO CONFLITO TÍPICO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL, DE NATUREZA PECUNIÁRIA PRESTACIONAL ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR.....	208
7.5	CONCILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE REESCRITO PELO CONSTITUCIONALISMO.....	211
7.6	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSENSUALIDADE: DESMISTIFICANDO A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO.....	214
7.7	A CONCILIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO E OS DIREITOS RECONHECIDOS: LIMITES ÉTICOS E LEGAIS SUBMETIDOS AO CONTROLE JUDICIAL.....	218
7.8	(AUTO)LIMITAÇÕES EM ACORDOS COM O PODER PÚBLICO SOBRE PRESTAÇÕES SOCIAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	221
7.9	O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A CONCILIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO: TRATAMENTO IGUALITÁRIO E NÃO O MESMO TRATAMENTO.....	223
7.10	A INEFICÁCIA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EMPURRANDO PARA O JUDICIÁRIO A TUTELA DA SEGURIDADE SOCIAL.....	226
7.11	CRÍTICA À RETRAÇÃO E À TIMIDEZ DOS ENTES PÚBLICOS EM RELAÇÃO À POLÍTICA CONCILIATÓRIA: O PAPEL DOS PROCURADORES PÚBLICOS E O DEVER FUNCIONAL DE CONCILIAR.....	227
8	JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: SUMARIEDADE, ORALIDADE E CONCILIAÇÃO.....	234
8.1	O JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E A INFORMALIZAÇÃO: UM METADESAFIO AINDA PENDENTE DE CONCRETIZAÇÃO.....	235
8.2	O ENUNCIADO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA SUMARIEDADE MÁXIMA NO MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.....	239
8.4	O ENUNCIADO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE NO MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E AS REGRAS RESPECTIVAS.....	245
8.4	A FUGA DO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA ORALIDADE: SEM AUDIÊNCIA NÃO HÁ COMUNICAÇÃO (DIÁLOGO) E, POR CONSEQUENTE, FICA DISTANTE O CONSENSO.....	247
8.5	A AUDIÊNCIA PRÉVIA COMO MECANISMO INDUTOR DA SOLUÇÃO CONSENSUAL NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: NOVAS PERSPECTIVAS COM A LEI DE MEDIAÇÃO E O NCPC.....	251
8.5.1	A experiência do Juizado Especial Cível com a audiência prévia conciliatória	254
8.5.2	Recepção como faculdade legal ou obrigatoriedade relativa?.....	255
8.5.3	Sobre as hipóteses de dispensa da audiência prévia de conciliação.....	257
8.5.4	Audiência prévia de conciliação e a improcedência liminar do pedido (art. 332, NCPC).....	259
8.5.5	Audiência prévia de conciliação e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976-987, NCPC).....	260
8.5.6	A quem incumbe a condução da audiência prévia de conciliação? Ao Juiz ou ao conciliador?.....	260
8.5.7	Problemas antigos a serem resolvidos com a realização da audiência prévia de conciliação.....	261

9 O SISTEMA JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS DE INTERESSES, MARCO REGULATÓRIO, ASPECTOS ESTRUTURAIS, EVOLUÇÃO E DINÂMICA NA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO	264
9.1 A RESOLUÇÃO Nº 125/2010-CNJ COMO MARCO REGULATÓRIO PROVISÓRIO DA AUTOCOMPOSIÇÃO JUDICIAL	265
9.2 PRIMEIROS COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.140/2015: MARCO REGULATÓRIO DA MEDIAÇÃO/CONCILIAÇÃO	268
9.3 A EVOLUÇÃO DA ESTRUTURA E DA DINÂMICA DO SISTEMA DE CONCILIAÇÕES NA CULTURA ORGANIZACIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO	274
9.4 CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL E CIDADANIA COMO ESTRUTURA PARA RACIONALIZAR A FUNCIONALIDADE DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL	276
9.5 O JUIZ CONCILIADOR E O CONCILIADOR NÃO JUIZ: QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O PAPEL DO JUIZ E DO CONCILIADOR	279
9.5.1 Juiz gestor político das conciliações	280
9.5.2 Papel do Juiz e dos Conciliadores na audiência de conciliação	282
9.6 PRINCIPAIS PROJETOS DESENVOLVIDOS NA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO	287
9.6.1 Projeto Sistemas Integrados de Perícias Médicas e Conciliação	287
9.6.2 Projeto Gabinete de apoio à conciliação do INSS no TRF4	288
9.6.3 Projeto Fórum de Conciliação Virtual: estrutura e dinâmica de funcionamento	289
9.6.4 A experiência da Vara Federal da Conciliação da 4ª Região: criação, estrutura, dinâmica de funcionamento e números obtidos	291
10 PARADOXOS DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA JUSTIÇA: DIREITO, TEMPORALIDADE E RADICALISMO	295
10.1 VANTAGENS E RISCOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO: BREVE ESCORÇO SOBRE PONTOS NEGATIVOS E POSITIVOS	296
10.2 O PAPEL DO DIREITO POSITIVO DIANTE DA LIBERDADE CONTRATUAL TÍPICA DOS ACORDOS	300
10.3 SOLUÇÃO ADJUDICADA VERSUS AUTOCOMPOSIÇÃO: APROXIMAÇÕES SOBRE A SACRALIZAÇÃO DO CONSENSO E A DEMONIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO	309
10.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O KAIRÓS DAS CONCILIAÇÕES: O TEMPO E A OPORTUNIDADE NA DINÂMICA DA CONSENSUALIDADE	312
10.5 IMBRICAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE TÉCNICAS AUTOCOMPOSTIVAS E HETEROCOMPOSITIVAS	319
11 CONCLUSÕES	322
11.1 CONCLUSÕES PARCIAIS ARTICULADAS	322
11.2 CONCLUSÕES	325
REFERÊNCIAS	330

1 INTRODUÇÃO

A tese versa sobre o tema Juizados Especiais Federais Cíveis (JEF) na perspectiva da (re)afirmação de um modelo de justiça consensual. A abordagem tem por objeto uma análise crítica dos níveis de consensualidade nos processos decisórios do subsistema do JEF, intentando, a partir da inter-relação entre as ideias de justiça social e democratização dos métodos de solução de conflitos vertidos à Justiça, evidenciar a possibilidade de elevação do nível de cidadania social pela via da concretização dos direitos fundamentais sociais.

Inserir-se a tese no âmbito de um projeto mais amplo em desenvolvimento no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), sob a Coordenação do Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, intitulado “JUIZADOS ESPECIAIS, TURMAS RECURSAIS E TURMAS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL: Os 10 anos dos Juizados Especiais Federais e os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais nos Juizados Especiais Federais”, que se realiza em parceria com a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

O projeto de pesquisa é financiado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a gestão da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), e tem como objetivo cooperar no incremento de investigações científicas, promovendo e fomentando a realização de pesquisas em área de interesse para o Poder Judiciário, a fim de subsidiar as reflexões do Conselho Nacional de Justiça sobre os principais problemas na perspectiva da consolidação e evolução dos Juizados Especiais Federais no sentido de uma atuação mais aderente à realidade social. O desiderato a ser alcançado é identificar questões relevantes que possam efetivamente contribuir para a proposição de políticas públicas judiciárias destinadas ao aperfeiçoamento e à melhoria contínua do sistema dos Juizados Especiais.

Pretende-se, com base em observações e experiências de 8 (oito) anos de atuação em diversos órgãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Direção da Escola da Magistratura (EMAGIS: 2007-2009), Coordenação dos Juizados Especiais Federais (COJEF: 2009-2011), Coordenação do Núcleo Permanente de Soluções Consensuais e Tratamento Adequado de Conflitos (SISTCON: 2011-2013) e Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região (CORREG: 2013-2015) –, evidenciar a necessidade da efetiva implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, assegurando às partes o direito à solução consensual dos conflitos, de acordo com a sua natureza e peculiaridades.

O objetivo da tese é discutir criticamente a inserção de práticas consensuais autocompositivas no procedimento do JEF, mais especificamente a conciliação, como mecanismo de democratização da solução dos conflitos de interesses, tendo como pressuposto uma maior participação dos implicados (partes) no desenho da solução dos conflitos submetidos a esse sistema jurisdicional.

A proposição decorrente alvitrada supõe uma virada na práxis, para que seja levada a sério a fase pré-litigiosa autocompositiva no procedimento do JEF, não como uma variante da jurisdição condicionada à prévia tentativa de conciliação ou condição de procedibilidade do modelo italiano, mas tornando necessária a tentativa de conciliação como condição de possibilidade para que o processo, já iniciado, tenha curso regular com a abertura do prazo para a contestação da parte ré, devidamente citada, se não alcançada a conciliação.

As crises do Estado e de suas instituições, especialmente o direito e a justiça, confrontados pela complexidade e pelas contingências da sociedade pós-moderna, o eclipse da representação política e o descrédito que assola as instituições democráticas e seus protagonistas constituem variáveis imbricadas e ressonantes paradoxalmente na temática ampla do acesso à justiça. A tese coloca em evidência o confronto entre o sistema judicial e o sistema político permeado pelas barreiras hoje existentes, que podem representar um obstáculo ao exercício da cidadania, aferida qualitativamente pela proteção e o efetivo exercício de determinados direitos sociais pelos seus sujeitos. A proteção dos direitos sociais humaniza e civiliza. Humanismo, civilização e cidadania são raízes conectadas entre si.

O modelo de justiça consensual, em que os conflitantes participam ativamente da solução do conflito e, portanto, da construção do direito que vai regular a sua situação concreta, convive sem grandes antinomias com as teorias jurídicas contemporâneas. Não havendo espaço nesta tese para uma análise das matrizes teórico-políticas do direito, acolhe-se aqui a proposta de Rocha (2003, p. 84-85) que, superando a disputa entre os pontos de vista descritivo (sistemático) e prescritivo (axiológico), como também a oposição entre um enfoque externo, fundado no social, e um enfoque interno, baseado na norma (função x estrutura), opta por uma perspectiva interdisciplinar, articulando as questões estruturais e funcionais do direito a partir da ideia de “democracia”. Sem romper com as matrizes descritivas ou prescritivas, com o normativismo e o sociologismo, tenta reorganizá-los “numa *teoria jurídica pragmático-formal*” voltada à justiça política. A ideia de Rocha (2003, p. 91) é contribuir para a criação de “uma nova cultura jurídico-democrática, com vistas a engajar os juristas nas lutas político-sociais emergentes e nos problemas estruturais (miséria, educação, saúde) do Brasil da redemocratização”.

Mas em que medida a emergência do alargamento democrático trazido pela jurisdição do Juizado Especial Federal depende da evolução das suas estruturas comunicativas para possibilitar uma conectividade mais efetiva entre direito, sociedade e Justiça? Em outras palavras, questiona-se se o JEF tem conseguido de fato ser o *locus* privilegiado de justiça social, de afirmação da cidadania republicana e da implementação dos direitos fundamentais sociais.

A experiência e os números disponíveis apontam que o subsistema do JEF, ontologicamente concebido para ser o *locus* de democratização do acesso à Justiça e de superação do modelo tradicional de solução de conflito exclusivamente heterocompositivo, não tem cumprido satisfatoriamente esta funcionalidade, mercê de um déficit democrático decorrente da multiplicidade de fatores ou barreiras sociais, políticas, técnico-jurídicas, econômicas, culturais, estruturais e organizacionais, que obliteram o desempenho adequado de sua diferença funcional no contexto do sistema social.

O conflito típico do JEF, tendo como parte o Poder Público, precisa ser estudado como uma categoria diversa do conflito tradicional entre pessoas privadas. Seu tratamento demanda uma melhor análise dos institutos da mediação e da conciliação e seus campos de incidência. Não é possível persistir na tentativa de aplicar aos conflitos do Poder Público a teoria da mediação dos conflitos privados. Por isso, o esforço de pesquisa é vertido para a observação da diferença entre mediação de conflitos intersubjetivos e conciliação de conflitos patrimoniais típicos.

A performance da Administração Pública e sua representação em juízo, quanto à solução consensual de seus conflitos, esbarra em uma dogmática de difícil superação: legalidade, indisponibilidade e isonomia precisam de uma releitura constitucional para que se coloquem como mecanismos jurídicos facilitadores – e não óbices – da conciliação.

Indaga-se o porquê de, a despeito dos mandados constitucional (art. 98, I, da CR) e legal (art. 10, parágrafo único, Lei nº 10.259/2001), os processos, em sua grande maioria, serem impulsionados, à míngua da participação dos envolvidos no conflito (implicados), para a decisão estatal adjudicada (heterocompositiva) e não para a via consensual (autocompositiva), o que fica evidenciado pelo ainda reduzido percentual de casos em que há tentativa de aproximação das partes para uma eventual conciliação.

Focando o problema a partir dos princípios constitucionais informadores da atuação do JEF, suspeita-se (e se pretende comprovar isso) que sumariedade, oralidade e consensualidade tornaram-se letra morta, havendo uma manifesta tendência de ordinarização

do processo e de sensível ampliação procedimental, com dispensa de audiência e opção pela forma escrita, sendo os processos massivamente conduzidos para a solução adjudicada.

Há uma generalizada percepção, interna e externa ao sistema, problema sobre o qual irá se debruçar a pesquisa, de que o princípio constitucional da consensualidade (art. 98, I, CR) encontra-se carente de concretude devido à corrupção do subsistema do JEF por estruturas do subsistema ordinário da Justiça Federal, que impulsionam o processo para a decisão judicial adjudicatória.

A hipótese que se pretende evidenciar é no sentido da necessidade de reafirmação e incentivo à designação de audiência prévia de conciliação, a modo de condicionar a solução jurisdicional heterocompositiva ao esgotamento das possibilidades autocompositivas, notadamente a partir do NCPC (Lei nº 13.105/2015) e do marco regulatório da mediação/conciliação (Lei nº 13.140/2015), que apostam na audiência conciliatória prévia como condição para elevar os níveis de solução autocompositiva, inclusive e especialmente, nos conflitos de interesse judicializados em que é parte o Poder Público.

Refletir sobre as possibilidades de ruptura e transformação do paradigma adjudicatório (heterocompositivo), que já está impregnado nas estruturas comunicativas do JEF, por meio do estabelecimento de uma nova cultura jurídica democrática, emancipatória e jurisconstrutiva, que disponibilize, ao lado da solução adjudicatória, a opção por uma solução autocompositiva e autorreferenciada, impõe o cuidado de evitar os malefícios da demonização da adjudicação e da sacralização do consenso.

Por outro lado, vai-se notar, ao longo do texto, um esforço de reconhecimento da referência do direito positivado (não seria um paradoxo?), um viés sistêmico que também enxerga na força e na dignidade do direito (WALDRON, 2002), o instrumento e o objeto do trabalho dos juristas, como estrutura político-social estabilizadora de expectativas sociais normativas e condição para a democratização do sistema jurídico e sua legitimação. A maior abertura à participação dos interessados e o pressuposto de sua liberdade para a criação da solução que melhor responda às suas necessidades não dispensam o direito como mediador de conflitos. A questão passa a ser: que direito?

Na solução autocompositiva, os conteúdos constitucionais dos direitos fundamentais sociais precisam da proteção judicial contra os arbítrios estatais que os colocam sob risco, comprometendo sua efetividade. A pergunta é: quais são as condições para a autolimitação de tais direitos nos acordos entre o sujeito de direito e a Administração?

A pesquisa está disposta em três partes. A primeira, de caráter geral, debruça-se sobre as questões macro, em uma tentativa de situar adequadamente o contexto da

problemática objeto da pesquisa levando em conta o cenário global e a realidade sócio-jurídica brasileira, e está dividida em quatro capítulos. O primeiro, versando sobre as novas faces da sociedade pós-moderna e as metamorfoses do Estado, do Direito e da Justiça. O segundo, sobre a decadência do Estado do Bem-Estar Social, o incremento da judicialização dos conflitos sobre direitos sociais e suas implicações para o sistema de Justiça. O terceiro, explicitando os conceitos básicos levados em conta na investigação a partir da matriz teórica sistêmica. E o quarto, traçando um breve panorama comparado dos métodos consensuais de solução de conflitos na Justiça Europeia e das Américas do Norte e Latina, como condição para avançarmos com segurança no processo de internalização das soluções consensuais em nosso sistema de justiça.

A segunda parte, tematizando criticamente a dinâmica funcional do Juizado Especial Federal, está dividida em dois capítulos. O primeiro, abordando o assunto de onde radicam os demais que é o acesso à ordem jurídica justa, na perspectiva da concepção do Juizado Especial Federal, contrastado hoje, em sua diferença funcional, com as expectativas sociais cognitivas que definiram sua criação. O segundo, vertendo apontamentos sobre o conflito típico do Juizado Especial Federal e suas formas de tratamento adequado, enfocando a dinâmica das conciliações com entes públicos e as barreiras ao uso mais constante dos mecanismos autocompositivos nos processos judiciais em que são partes.

A terceira e última parte divide-se em três capítulos analisando a práxis conciliatória no âmbito do sistema da Justiça Federal da 4ª Região. No primeiro, encaminha-se uma observação do sistema judiciário de solução adequada de conflitos e seu marco regulatório, descrevendo aspectos estruturais, evolução e dinâmica na Justiça Federal da 4ª Região. No segundo, encontra-se a tentativa de evidenciar a hipótese central da pesquisa, que é o distanciamento do Juizado Especial Federal dos princípios constitucionais da sumariedade, da oralidade e da conciliação, com a apresentação da proposta de uma virada procedimental a partir da relativa obrigatoriedade da designação da audiência prévia de conciliação. No derradeiro capítulo, de caráter crítico e realístico, com vista a evitar-se um clima de irresponsável euforia, vai-se tratar dos desafios e impasses da emergência da autocomposição no sistema judicial brasileiro, focando três temáticas fundamentais: temporalidade, direito e radicalismo na ideia de autocomposição.

Do ponto de vista metodológico, a escolha da matriz teórica sistêmica temperada pela teoria crítica e pela hermenêutica filosófica oportuniza uma abordagem sociológica do subsistema do Juizado Especial Federal, levando em conta sua diferença funcional e suas estruturas comunicativas. A compreensão e descrição do Direito, enquanto sistema, apresenta

vantagens, sobretudo porque permite a observação da sua complexidade dirigida à reconstrução da dogmática jurídica e da práxis judicial para o enfrentamento das incertezas e riscos da sociedade pós-industrial em uma perspectiva neoevolutiva e construtivista.

Considerou-se que o enfoque sistêmico possibilita uma melhor compreensão das mudanças evolutivas dentro das organizações, bem assim das razões que prevalecem na resistência a tais mudanças e à necessidade de envolvimento, desde o início do processo de transformação, assegurando a participação do maior número de pessoas.

Assim, metodologicamente, a ideia subjacente à pesquisa é inter-relacionar a observação sistêmica com outros novos horizontes de conhecimento jurídico que aportam perspectivas tais como a policontextualidade, pluralismo jurídico e a democratização pelo discurso, permitindo a substituição do individualismo unitário pelo entendimento de uma pluralidade de sujeitos e olhares paralelos.

A teleologia epistemológica da tese é possibilitar que o estudo da solução consensual de conflitos no microssistema do Juizado Especial Federal se dê com base em uma pedagogia científica e possa avançar com autoconhecimento. Assim, livre do círculo vicioso do conhecimento meramente empírico, a pesquisa poderá preparar o caminho em direção à complexidade do futuro, tornando o JEF um sistema funcional interligado com outros sistemas parciais do sistema social.

Adotou-se, além do exercício autorreflexivo devido à condição de ator partícipe da unidade de observação (universo pesquisado), uma metodologia de raciocínio com indagações críticas abertas de todos os lados (não linear), buscando encontrar a verdade construtivamente mediante composições entre a doutrina, a experiência e o conhecimento institucional, agregando o novo ao conhecimento já existente.¹

A pesquisa é descritiva e propositiva e os fenômenos da realidade empírica são observados também segundo as lógicas indutivas e dedutivas. Além da pesquisa documental, baseada nas referências teóricas e nos dados levantados, são utilizados os seguintes procedimentos metodológicos: caso alargado, observação participante e grupo focal.² Os dados obtidos são analisados e interpretados de forma qualitativa e quantitativa.

¹ Esta metodologia é também chamada exlética, “uma lógica da coexistência e da interação, que está alicerçada nos princípios da nova física, tais como o universo aberto godeliano, o espaço quântico e a geometria fractal, que é denominada de lógica do terceiro incluído” (MARTINS, 2009, p. 60).

² *Caso alargado*: baseado na observação participante, leva em conta quatro pontos fundamentais: intersubjetividade, processo, estruturação e reconstrução teórica. Na intersubjetividade, o observador torna-se um participante inserido na experiência do outro. O processo enseja uma perspectiva enquadradora e as observações são projetadas no tempo e no espaço. A estruturação permite atender às forças externas que moldam as situações. E a reconstrução teórica parte de um quadro teórico existente e procura descobrir anomalias e testar essa teoria. *Observação participante*: método de estudo e ação sistemáticos, que busca obter

Embora não se possa qualificar a pesquisa de experimental, porque lhe faltaria a análise detalhada dos efeitos modificativos do fenômeno analisado, pelo menos um dos projetos que serão descritos, a criação da vara de conciliação na Justiça Federal da 4ª Região, representa experimento levado a termo com a participação direta deste pesquisador, na condição Corregedor Regional. A partir deste projeto, atestando o caráter semiexperimental da pesquisa, embora sem dimensionamento, foi possível verificar, pelos resultados obtidos, um avanço em relação à situação anterior.

resultados fiáveis e úteis para melhorar situações coletivas, baseado na participação dos próprios coletivos a investigar. *Grupo focal*: realização de painéis e workshops sobre a temática da pesquisa, para discussão e troca de ideias com especialistas e partícipes da unidade pesquisada, no caso, juízes do JEF (BOCHENEK, 2013, p. 325-334).

2 NOVAS FACES DA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: METAMORFOSES DO ESTADO, DO DIREITO E DA JUSTIÇA

Este capítulo é introdutório. Trata-se de um esforço epistemológico no sentido de situar a temática da tese dentro de um macrocontexto mais amplo, o pós-moderno, em que as instituições desempenham suas diferenças funcionais.

Não se pretende aqui discutir se os paradigmas da modernidade estão ou não superados, exauridos ou se vêm sendo apenas reescritos. Optou-se por ficar em uma zona de quase consenso que observa suceder uma autêntica transição interparadigmática, caracterizada pela evolução e pela ideia de complementação, ao invés de superação e superposição.

Esta espécie de intersecção a que corresponde o trânsito reflexivo para a pós-modernidade é aceita no pensamento filosófico justamente em razão da superveniência do fenômeno que Lyotard (1988) nominou de *crise dos metarrelatos*, caracterizado pela esterilidade ao tentar analisar as transformações contemporâneas sob um viés universalista e abstrato, diante do discurso filosófico de legitimação. Constituindo um processo que não está presente apenas na esfera do saber, mas também no campo da cultura, do político, do social, do econômico e do jurídico, o projeto de unidade das narrativas, típico da modernidade, não consegue mais cumprir essa função na sua base de sustentação.

O desafio jusfilosófico da contemporaneidade, assumida a necessidade de ressignificações e não de se reconhecer a "morte" das instituições modernas, principalmente o Estado, o Direito e a Justiça – ainda insubstituíveis no contexto das relações sociais – é compreender os novos contornos de suas funcionalidades, seus novos papéis e seu modo reescrito de atuar na sociedade policontexturada e pluralista.

2.1 A CRÍTICA DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE

A evolução histórica da humanidade é marcada por ciclos. Há, por assim dizer, uma espécie de espiral de fases que vão se sucedendo no tempo, e que, de uma forma mais ou menos regular, representam rupturas (cortes), ascensão, auge e declínio. Hodiernamente, observa-se o lento processo de releitura dos paradigmas da era moderna, que corresponde ao início da ascensão de outra fase histórica: a pós-modernidade ou hipermodernidade.

As fases não são estanques, nem necessariamente superpostas. O processo de mudança se desenvolve de forma não abrupta, mas complementar e imbricada. Há uma

tendência de progressão, de dimensão histórica que aproveita o passo atrás para ensaiar o passo a frente. Não se dá, diríamos, ao modo idealista dialético hegeliano da historicidade em que cada etapa constitui a negação da anterior em uma escala sempre superior e mais perfeita, mas como transição. Vive-se um momento histórico que Santos (2000, p. 15-16) nominou de *transição paradigmática*: “ao contrário do que ocorre com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder”.

A ruptura, pois, nunca é definitiva e completa, mas sempre integrativa. A humanidade vai aprendendo com o contexto histórico e se adaptando. Os elementos, as estruturas e os valores dos sistemas sociais vão mudando e, de crise em crise, avançam rumo a um futuro incerto, utópico e reflexivo, um verdadeiro holograma em que a história apenas nos oferece algumas pistas. O que caracteriza, pois, o processo complexo de rupturas de paradigmas, também chamado de “crise”, são as insuficiências dos postulados de determinada racionalidade para oferecer respostas satisfatórias às problemáticas humanas intra e intergeracionais. Em outras palavras, no sentido sociológico, são as limitações encontradas na busca de soluções satisfatórias para a complexidade contingente da realidade social com vistas à preparação para o futuro.

A *transição paradigmática* é invariavelmente caudatária dos dilemas e desafios científicos, políticos, econômicos, sociais, culturais e jurídicos da sociedade, é dizer, à emergência de novos interesses, ideias e conhecimentos. O projeto da humanidade é, ou deveria ser, conferir mais qualidade à vida humana, embora o antropocentrismo esteja inclinado para a revisão da sua hegemonia.

Tudo tende a mudar: a sociedade, a política, o conhecimento, as ciências naturais e sociais. Por conseguinte, as instituições estão mudando, o Estado está mudando, o Direito e a Justiça estão mudando. Conhece-se, ainda que superficialmente, os contextos e os principais atores dessas mudanças, mas não se sabe aonde com elas chegaremos: que utopias e paradoxos a nova era, que começou a mostrar seus contornos e características na segunda metade do século XX, reserva para uma suposta pós-modernidade?

A secularização definiu para a humanidade valores fundamentais determinantes das transformações que se sucederam à superação dos paradigmas sociais e epistemológicos da sociedade medieval. Esses novos paradigmas representaram os alicerces na edificação da nova sociedade, suas bases sociais e de conhecimento. A característica mais intensa da era moderna é (ou foi), a estatalidade e o culto ao Direito: são os fundamentos estruturantes da modernidade o Direito e o Estado. Seja como instituições políticas, seja como instrumentos de poder, seja como mecanismos de pacificação social ou estabilização de expectativas

normativas, o projeto moderno de sociedade política, econômica e socialmente organizada edificou-se a partir e por influxo das ideias de Estado e de Direito.

Ocorre que a mudança está no germe da humanidade. As transformações deixaram de ser exceções. Os paradigmas constitutivos da modernidade passaram a ser contrastados no processo gradual de transformações. Uns tendem à superação, outros se mantêm hígidos, e há aqueles que, superados temporariamente, são revisitados e reescritos. Assim, o "neo" resulta ser também um fenômeno moderno recorrente.

Vivencia-se na contemporaneidade uma autêntica sociedade de transformações e de incertezas: a única certeza são as mudanças. Não há sequer consenso sobre o próprio exaurimento da modernidade. Seus paradigmas estariam superados? Teria ela esgotado sua racionalidade? Alguns de seus fundamentos seminais tais como a racionalidade, a busca da ordem, o combate ao caos, o individualismo, o fracionamento, o economicismo (capitalismo), o cientificismo, a especialização, o culto aos direitos humanos, o republicanismo, o utilitarismo, o relativismo, para ficar apenas nos mais importantes, conquanto tensionados e adaptados à nova realidade econômica, política, social, cultural e jurídica, parecem manter-se essencialmente ativos nesta fase da modernidade, controversa, contingente e prenhe de incertezas.

Como forma de vida, a modernidade torna-se possível assumindo uma tarefa impossível, estabelecida pelo *foci imaginarii* da verdade absoluta, da arte pura, da humanidade como tal, da certeza e da ordem, da harmonia e do fim da história. Na verdade, o projeto moderno de por fim às ambiguidades e implantar a ordem artificial a partir da Razão é impossível de se consumir. Bauman (1999a, p. 12) mostrou isso.

Dentre a multiplicidade de tarefas impossíveis que a modernidade se atribuiu e que fizeram dela o que é, sobressai a da *ordem* [...], como a menos possível das impossíveis e a menos disponível das indispensáveis – com efeito, como o arquétipo de todas as outras tarefas, uma tarefa que torna todas as demais meras metáforas de si mesmas. (grifo do autor)

Não há consenso sobre as denominações atribuídas a algumas características da contemporaneidade: pós-modernidade, hipermodernidade, modernidade tardia, modernidade reflexiva, nova fase da modernidade, modernidade líquida, modernidade da modernidade, segunda modernidade, alta modernidade, modernidade desorganizada e outras tantas, todas com razões relevantes. Mas são apenas simbologias, denominações. O que interessa é o conteúdo, e este é demasiado complexo e indeterminado para se homiziar na semântica de signos com sentido tão aberto.

O termo pós-modernismo, embora fosse utilizado por escritores dos anos 50 e 60, consagrou-se na metade dos anos 70 para designar um fenômeno social e cultural heterogêneo que afetou todas as áreas do conhecimento científico, cada uma de *per se*, com diagnósticos próprios, tentando demonstrar a existência do pós-modernismo. Jean-François Lyotard, em 1979, escreveu *La condition postmoderne*, considerada a obra fundamental da cultura pós-moderna, sobretudo porque os diagnósticos disciplinares receberam uma confirmação interdisciplinar e pareceu não haver mais espaço para duvidar que o pós-modernismo e a pós-modernidade teriam vindo para ficar (CONNOR, 2004, p. 13-14).

Simplificando ao extremo, se considera pós-moderna a incredulidade em relação aos metarrelatos. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde, sobretudo, à crise da filosofia metafísica e do conhecimento que dela dependia. A função narrativa perde seus atores: os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo. Ela se espalha em nuvens de elementos de linguagem narrativos, mas também denotativos, prescritivos, descritivos etc., cada um veiculando validades pragmáticas *sui generis*. Cada ser social convive em muitas destas encruzilhadas. Não se articulam combinações de linguagem necessariamente estáveis e lineares, e as características dessas formações assimétricas não são necessariamente comunicáveis entre si (LYOTARD, 1988 e 2000).

Foi fundamental, no movimento chamado *viragem linguística* (*Linguistic Turn*), o pensamento de Wittgenstein, crítico da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência), tanto quanto fora Heidegger. Para ele, não existe um mundo em si que não dependa da linguagem: as coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente pela linguagem. O “primeiro” Wittgenstein pensou a linguagem como uma forma perceptível do pensamento unida à realidade por uma estrutura lógica comum. Em seu *Tratado Lógico-filosófico*, de 1921, insistia o filósofo vienense em afirmar que o significado das expressões linguísticas tem de ser determinado pela natureza do mundo, senão estaria o sentido fatalmente comprometido com a vagueza e a incerteza. Para ele, a estrutura lógica das sentenças tinha que refletir exatamente a estrutura essencial do mundo (teoria da imagem).

Mais tarde, o “segundo” Wittgenstein, nas *Investigações Filosóficas*, de 1953, reconheceu que os objetos servem de elucidação do significado, defendendo que a linguagem tem múltiplas funções: as palavras são como instrumentos e ferramentas que empregamos em muitas finalidades e contextos diferentes (*jogos de linguagem*). O significado não pode estar

separado das atividades e do comportamento dos usuários da linguagem, é dizer, levando em conta o uso a partir de várias formas de vida e de vários contextos de comunicação.³

A *linguistic turn* produziu uma mudança de paradigmas na filosofia contemporânea no sentido de que a linguagem passou de objeto de reflexão para a esfera dos fundamentos de todo o pensar: “sem linguagem não há mundo, enquanto mundo”.⁴ Os *jogos de linguagem* de Wittgenstein terão uma influência fundamental na maneira como se procurou justificar o nascimento e a emergência da condição pós-moderna. A multiplicidade dos usos que fazemos das palavras elimina a possibilidade de uma essência definidora da linguagem enquanto tal.

Na *condição pós-moderna* de Lyotard (1988 e 2000), as formas diferenciadas de vida, os saberes e as ações são compreendidos como jogos de linguagem cuja consistência constitui a própria sociedade. A uniformidade perde espaço para o plural e o concorrencial.

Os jogos de linguagem são incomensuráveis entre si, estando aberta sempre a possibilidade da descoberta de novos movimentos. As estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo de linguagem não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas apenas derivam da práxis das formas de vida reais.⁵ A tese de Wittgenstein de que a linguagem unicamente sugere linguagens é reforçada em Lyotard: somente são factíveis a compreensão e o consenso dentro dos jogos de linguagem, nunca além desses, dada a impossibilidade de se pensar uma metalinguagem que agregue todos os *jogos de linguagem*, nem mesmo por parte de um narrador que os domine completamente. Pluralidade, heterogeneidade e posições conflitantes são dimensões determinantes da pós-modernidade: os discursos são tão hermeticamente fechados que negam um ao outro o direito de serem ouvidos, e só praticam a violência, a ofensa e a injustiça reciprocamente, diz Lyotard (1988, p. 18 e ss).

Nietzsche e Heidegger foram efetivamente os dois primeiros filósofos com raízes pós-modernas. Para Vattimo (1987), o prefixo “pós” representa uma atitude nova, uma despedida paradoxal da modernidade, a qual, na medida em que pretende fugir das suas lógicas de desenvolvimento, sobretudo da ideia de superação, crítica em direção a uma nova fundação, almeja justamente o que Nietzsche e Heidegger procuraram na sua peculiar relação “crítica” com o pensamento ocidental moderno.

³ Consultar Wittgenstein (1994 e 2001).

⁴ Streck (2011, p. 254) sintetiza isso: “A linguagem, então, é totalidade; é a abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir”.

⁵ Cf. Teubner, 2001, p. 21.

Em sua análise da pós-modernidade Vattimo (1987) recupera o *niilismo ativo* de Nietzsche, a descoberta da perda da verdade, da morte de Deus e do fim dos valores supremos, a superação da metafísica e a crítica do humanismo que desafiaram a Heidegger, para conceber uma forma original de hermenêutica baseada em uma redefinição da nossa posição ontológica na história, em que o homem e o ser não são considerados estruturas estáveis que impõem ao pensamento e à existência a tarefa de fundar-se no domínio do não devenida.

Lipovetsky (2004, p. 98) fala de uma hipermodernidade, que corresponde a uma nova face da modernidade, cujos princípios fundamentais, a razão humana e o individualismo, embora se mantenham, precisam ser reescritos.

O que define a hipermodernidade não é exclusivamente a autocrítica dos saberes e das instituições modernas; é também a memória revisitada, a remobilização das crenças tradicionais, a hibridização individualista do passado e do presente. Não mais apenas a desconstrução das tradições, mas o reemprego dela sem imposição institucional, o eterno rearranjar dela conforme o princípio da soberania individual.

É possível resumir alguns traços característicos da sociedade contemporânea hipermoderna, sob a lente de Lipovetsky (2004 e 2011):

1. a razão deixa de ser transparente, totalizadora, fundamentadora e unicompreensiva, passando a ser uma razão instrumental, tecnoburocrática, a ponto de tecnificar as consciências e desumanizar a sociedade;

2. desaparece a crença nos metarrelatos, nas cosmovisões globais portadoras de sentido e esmaecem as utopias. Remanesçam apenas os relatos pequenos e fragmentados. Deus morreu (Nietzsche) e a morte de Deus significa que a humanidade se queda sem valores últimos e absolutos. Cria-se uma espécie de niilismo positivo⁶: abre-se ao homem a possibilidade de valorar criativamente as coisas;

3. emerge o *esteticismo presentista*: é preciso desfrutar o presente e não fugir dele. A fuga das sociedades desenvolvimentistas e da razão instrumental dá-se pela prática da micropolítica, é dizer, por meio de ações não integráveis no sistema e conectadas com os novos movimentos sociais. Só existem consensos temporais, locais e, portanto, rescindíveis e efêmeros;

4. retoma-se o hiperindividualismo hedonista. Está-se em uma segunda revolução do individualismo, em que a sociedade consumista e informatizada se dá ao luxo de viver *à la*

⁶ Sobre o tema, para um aprofundamento, consultar Vattimo (1996).

carte. O lema do individualismo é "o mínimo de coações e o máximo de eleições privadas possíveis, o mínimo de austeridade e o máximo de desejo". Seus valores são: hedonismo, respeito pelas diferenças, culto à liberação pessoal, psicologismo ("psi"), culto ao natural e sentido de humor;

5. vive-se uma cultura narcisista e "*psi*": o indivíduo está centrado na própria realização emocional, dá prioridade à esfera privada e reduz o investimento de carga emocional no espaço público, abandonando o político e o ideológico;

6. a sociedade pós-moderna não tem ídolos, nem tabus, nem imagens gloriosas de si mesma, nem projeto mobilizador algum. Está regida pelo vazio, um vazio que não comporta nem tragédia nem apocalipse (o encanto de estar desencantados). Cultua um *narcisismo coletivo*: a sociedade do microgrupo de iguais, o comunicativo acima do produtivo, mas busca uma comunicação narcisista: ouvir-se a si mesmo;

7. vivencia-se um tempo sem horizonte histórico, sem orientação, nem visão da totalidade. A mídia nos enche de informação, sem permitir à notícia durar, nem ao destinatário refletir sobre ela. Informa para a consagração do presentismo dos acontecimentos, perdemos o marco de referência da história e, cultuando o presente, nos movemos em um espaço sem horizonte.⁷

Harvey (2000) situa o surgimento do pós-modernismo como uma legítima reação à "monotonia" da visão de mundo do modernismo universal. O modernismo universal, segundo diz, geralmente percebido como positivista, tecnocêntrico e racionalista, tem sido identificado com a crença no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais, e com a padronização do conhecimento e da produção. O pós-moderno, ao contrário, privilegia a heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural. A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais totalizantes têm sido um marco do pensamento pós-moderno. Segundo Harvey, uma autêntica rejeição das metanarrativas (interpretações teóricas de larga escala, pretensamente de aplicação universal).

O contemporâneo é, acima de tudo, a época do espaço, da simultaneidade, da justaposição, do perto e do longe, do lado a lado e do disperso. Encontramo-nos em um momento em que nossa experiência do mundo é muito menos a de uma longa vida desenvolvendo-se no tempo do que a de uma rede que une pontos e se interliga com seu próprio grupo (SOJA, 1993).

⁷ Pode-se elencar algumas outras características da era pós-moderna no campo das novas tecnologias: está-se na era da imagem, das técnicas de comunicação dos meios cibernéticos e dos espaços cibernéticos.

Para uma abordagem sociológica e estruturalista, a formação do “eu” (sujeito sociológico) se dá na interação com o meio, relacionando o “eu” interior com o “eu” exterior. O sujeito pós-moderno, com a fragmentação e a complexidade do ambiente social na contemporaneidade também se complexifica, tornando-se igualmente fragmentado e constituído não apenas por uma, mas por várias identidades, inclusive contraditórias e não resolvidas, à medida que os sistemas de significação e representação cultural ganham em multiplicidade, contingência e complexidade.

2.2 A POSIÇÃO DE HABERMAS SOBRE A MODERNIDADE

No seu *Discurso filosófico da modernidade*, escrito em 1985, Habermas (2000) intenta resgatar o projeto moderno, que restou inconcluso. Em uma crítica à filosofia pós-moderna – ou pós-estruturalista francesa – defende a ideia de que o projeto da modernidade deveria ser reconstruído (não desconstruído) com base no resgate da razão comunicativa racional enquanto força emancipatória.

O projeto habermasiano de reconstrução da modernidade toma de empréstimo a descrição de Weber ao distinguir a modernidade em dois âmbitos: o cultural e o social. As novas estruturas sociais estão marcadas pela diferenciação desses dois sistemas, interligados de modo funcional, que se cristalizam em volta do cerne organizatório da empresa capitalista e do aparelho burocrático do Estado (2000, p. 13-14).

O jusfilósofo alemão enxerga a modernidade como autorreferencial e autofundamentada. Ela própria deverá criar suas normas e encontrar nelas sua própria fundamentação, e não em épocas passadas (“vê-se remetida a si própria sem que a isso possa fugir”), resultando a desvalia da legitimação haurida da tradição (como enquadramento institucional). O capitalismo, enquanto produção de mais-valia, é a característica moderna que primeiro se desligou da tradição e do enquadramento institucional, adotando a autorregulação (2000, p. 18).

Como forma de recuperação do esgotado paradigma da filosofia do sujeito, Habermas busca mapear e atacar os discursos críticos da modernidade, que levam à pós-modernidade conservadora e irracional. Seu projeto de salvamento da modernidade sustenta que a dominação que nela ocorre não deriva de um excesso de racionalidade, mas sim de um déficit de razão que decorre da usurpação, pela racionalidade cognitiva-instrumental (colonização do mundo da vida), de esferas que deveriam levar em conta outra forma de racionalidade: a comunicativa.

2.3 A POSIÇÃO DE LUHMANN SOBRE A MODERNIDADE

Niklas Luhmann (1997), em sua teoria social, não admite o estudo da sociedade para além da modernidade. Encaminha, assim, sua observação crítica justamente em relação ao esgotamento das auto-observações e descrições que a modernidade faz de si mesma, propondo uma observação da modernidade da sociedade a partir da distinção entre estrutura social e semântica. Falta uma teoria sociológica suficiente, uma semântica da relação entre estrutura e semântica, uma teoria para descrever a relação entre as estruturas e semântica, uma teoria da autodescrição de uma sociedade que se reproduz por meio de estruturas.

A sociedade moderna se identifica a partir da relação de diferença entre presente e passado, portanto, de uma dimensão temporal, como acontece com os sistemas autopoieticos. Mas, este retorno ao passado não se produz hoje por meio da identificação, sim da desidentificação, ou seja, pela diferença: já não somos o que éramos e não voltaremos a ser o que somos. Porém, este paradoxo da autodescrição abala as características da modernidade, “porque também para ela é válido dizer que as características da modernidade de hoje não são as de ontem e tampouco as de amanhã, e precisamente nisso reside sua modernidade” (LUHMANN, 1997, p. 17).

Embora reconheça esta deficiência epistemológica, Luhmann encaminha crítica aos discursos pós-modernos. Para ele,

enquanto a modernidade clássica trasladava para o futuro o cumprimento das suas expectativas evitando, com isso, todos os problemas conexos da auto-observação e da autodescrição da sociedade, por intermédio do ‘ainda não’ (*noch nicht*) do futuro, o discurso da pós-modernidade é um discurso sem futuro (LUHMANN, 1997, p. 15).

Luhmann não vê relevo na problemática da desvinculação entre conhecimento e experiência que tem marcado as observações críticas sobre a modernidade.⁸ Para ele, a relação entre conhecimento e realidade não pode mesmo existir porque isso conduziria a uma sobrecarga de informações devido ao caráter contingente da sociedade, e excluiria assim o próprio conhecimento (LUHMANN, 1997, p. 89).

Contingência em Luhmann é “tudo que não é necessário nem impossível”. Ele define contingência através do conceito de observação de segundo grau (observações de observações), para chegar desse modo a uma teoria capaz de fazer afirmações que levem a

⁸ Connor (2004, p. 11) afirma que a modernidade baseia-se num sentido da separação inerente entre experiência e conhecimento, uma crença de que, quando experimentamos a vida, só podemos compreendê-la parcialmente e de que, quando tentamos compreender a vida, deixamos de experimentá-la de fato.

uma compreensão da sociedade moderna. Observação é toda forma de operação que leve a cabo uma distinção para designar uma e não outra de suas partes. A observação de segundo grau está baseada na redução de complexidade do mundo das possíveis observações, mas funciona, paradoxalmente, como meio de ampliar a complexidade internamente. O fechamento operacional (para a observação recursiva só de observações) reclama indiferença quanto a todo o mais que está no ambiente para poder se concentrar e construir assim a complexidade própria dos sistemas que observam (LUHMANN, 1997, p. 91-96).

Para Luhmann, a modernidade apresenta-se como essencialmente complexa e fragmentada e se expressa por meio da diferenciação funcional da sociedade, é dizer, em sistemas autorreferenciais e autopoieticos. Olhar sistemicamente a sociedade moderna permite reduzir a sua complexidade na solução dos problemas.

2.4 A MODERNIDADE REFLEXIVA DE BECK E GIDDENS E A SUBPOLÍTICA

“Modernização reflexiva” é uma locução empregada por Anthony Giddens, Ulrich Beck e Scott Lash (1997) para caracterizar a sociedade contemporânea.⁹ Para estes autores, a concepção da pós-modernidade encerra em si uma ambiguidade: de um lado, senso de fim de uma época; e de outro, senso de um novo começo. A reflexividade representa, assim, uma possibilidade de reinvenção da modernidade e de suas formas industriais. Por meio da radicalização da modernidade, abrem-se caminhos para uma nova modernidade. O que a modernização reflexiva traz é a noção de que muitas modernidades são possíveis, em oposição à ideia fatalista de que só existe uma forma de modernidade: a da sociedade industrial.

As transformações do mundo atual, o processo de crise e as consequências advindas dela reforçam a ideia de que vivemos em um mundo cada vez mais reflexivo, que estimula a crítica ativa e a autoconfrontação. A modernidade reflexiva envolveria um processo de individualização e de destradicionalização em que a tradição muda seu *status* e é constantemente contestada.

Na modernidade reflexiva, as decisões políticas de maior influência sobre a vida cotidiana não derivam mais da esfera ortodoxa da tomada de decisão – o sistema político

⁹ No seu “As consequências da Modernidade” (*The consequences of Modernity*), Giddens (1991) afirma que não vivemos em um mundo pós-moderno, mas que estamos experimentando um período de “alta modernidade”, no qual a destradicionalização do mundo e o desencaixe (*disembedding*) das relações sociais de contextos locais de interação para novos ajustes de tempo e espaço se tornam cada vez mais radicais e universais.

formal –, mas sim das esferas informais, da politização do não político. No momento em que a modernidade “se olha no espelho” e reflete sobre suas próprias bases, surge a fase de “modernização reflexiva”, representada pela tomada de consciência das ameaças produzidas pela própria sociedade, colocando em xeque a crença na ordem social e abalando a confiança nas instituições modernas, obsoletas e insuficientes em seus projetos de solução dos problemas sociais complexos e contingentes.

A sociedade de risco é “reflexiva” na medida em que se torna um tema e um problema para si própria. Beck (1997, p. 22) afirma que “A reflexividade e a impossibilidade de controle do desenvolvimento social invadem as sub-regiões individuais, desconsiderando jurisdições, classificações e limites regionais, nacionais, políticos e científicos”.

No contexto da sociedade reflexiva, o indivíduo emerge como ator, planejador e diretor da sua própria vida (GIDDENS, 1997). Desta forma, é no momento de desintegração das certezas e da busca por encontrar e criar novas certezas que ocorre o processo de individualização. A individualização não é livre decisão dos indivíduos. O processo de individualização não se restringe ao privado, tornando-se público em um novo sentido. O político invade arenas além das responsabilidades e hierarquias formais. Decisões políticas não podem mais ser simplesmente aceitas, é preciso formá-las, construí-las e refletir sobre sua eficácia.

Na modernidade simples, política é sinônimo de deixar a esfera privada e caminhar no sentido da pública. Na modernidade reflexiva é possível permitir a invasão do político na esfera privada. O indivíduo e suas ações cotidianas passam a ser novas possibilidades de ação política (subpolíticas). O conceito clássico de política como sinônimo de dedicação à esfera pública é expandido, e emerge na sociedade contemporânea a invasão da política na vida cotidiana (esfera privada).

O que é central para a política atual é a capacidade de auto-organização, que significa a subpolitização (reflexiva) da sociedade. As novas tarefas não podem ser executadas utilizando-se velhas fórmulas.

Subpolítica, então, significa moldar a sociedade de baixo para cima, conferindo voz e uma participação no arranjo da sociedade para grupos que até então não estavam envolvidos na tecnificação essencial e no processo de industrialização: os cidadãos, a esfera pública, os movimentos sociais, os grupos especializados, os trabalhadores no local de trabalho...(BECK, 1997, p. 35).

2.5 TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO MODERNO: TENSÕES DA GLOBALIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO

As duas guerras mundiais, o holocausto nazista, a guerra fria, a queda do muro de Berlin, a derrocada dos regimes totalitários comunistas com o desmantelamento da União Soviética e a globalização¹⁰ são os fatos sociais marcantes do “breve” século passado, criando novas limitações e oportunidades econômicas e definindo o fim do imperialismo, da cisão mundial entre ocidente e oriente e projetando uma nova ordem global que contrasta o papel do Estado na sociedade contemporânea.

A globalização representa uma profunda ruptura histórica e epistemológica. Os conceitos de tempo e espaço são reescritos, alterando as noções de lugar, fronteira e território, presente e passado, próximo e remoto, contemporâneo e não contemporâneo.¹¹ A noção de território, de fronteiras territoriais bem delimitadas geográfica, social, política, cultural e juridicamente, é relativizada pelo processo de mundialização das relações sociais. O deslocamento espaço-temporal levado a cabo por novos poderes que disputam espaço no cenário do mundo globalizado coloca em crise a própria distinção entre o externo e o interno, o universal e o particular, o cosmopolita e o local.

Se é certo que a globalização rompeu as fronteiras nacionais e deu novos contornos à soberania estatal, que as pessoas ampliaram suas referências culturais e o homem pós-moderno é um homem do mundo, que pertence à humanidade, com toda a sua diversidade, não menos certo é que este processo também apresenta externalidades negativas e alcançou os diversos povos de forma assimétrica, exacerbando desigualdades.

Diz-se que a sociedade contemporânea está globalizada, conquanto isso não possa ser fácil e linearmente determinado e comprovado na práxis, sobretudo se considerarmos as assimetrias existentes no mundo, mesmo nos Estados desenvolvidos. Há um desnível abissal entre os países do capitalismo avançado, os países em vias de desenvolvimento e os países pobres e débeis do eufemisticamente chamado Terceiro Mundo, entre o hemisfério norte e o hemisfério sul, entre o mundo ocidental e o mundo oriental, entre Estados centrais e

¹⁰ Ianni (2001, p. 30) define o globalismo como uma nova e abrangente categoria histórica e lógica, que “compreende relações, processos e estruturas de dominação e apropriação desenvolvendo-se em escala mundial, polarizadas em termos de integração e acomodação, assim como em termos de fragmentação e contradição, envolvendo sempre as condições e as possibilidades de soberania e hegemonia”.

¹¹ Consultar sobre o tema Ianni (2001).

periféricos. E mesmo no capitalismo avançado, como é caso dos países membros da comunidade europeia, há gritantes disparidades.¹²

A Alemanha está assumindo a hegemonia em termos econômicos e de poder deliberativo na União Europeia (UE),¹³ e países como Espanha, Grécia e Portugal tendem à perda do poder político e econômico no âmbito do bloco, assolados pela chamada *crise do euro*, que nada mais é do que o reflexo da crise do sistema financeiro global instituído e alavancado pela globalização econômica e pela relativa conivência (não intervenção) dos Estados diante dos riscos iminentes que a liberalidade bancária revelava mesmo ao leigo em matéria econômica.

Pode-se identificar, não sem risco de perigoso reducionismo, um enquadramento superficial e precário dividindo os Estados em pré-modernos, modernos e pós-modernos. O risco maior é exatamente a circunstância paradoxal de alguns países reunirem, a um só tempo, características de pré-modernidade, de modernidade e pós-modernidade. Exemplos emblemáticos são Brasil, China, Índia e Rússia, Estados caracterizados por desníveis sociais importantes e, concomitantemente, desenvolvimento econômico e tecnológico, em certos setores, que denotam avanços característicos da pós-modernidade.

Esta é a dificuldade de se encaminhar um raciocínio no sentido de definir um código geral de enquadramento conforme o nível de desenvolvimento. Bem observa Pelayo (2009, p. 1) que as transformações desvelam-se

muito mais profundas do que as grandes divisões políticas do planeta em Estados capitalistas, neocapitalistas e socialistas ou países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, ainda que, naturalmente, [...] assumam distintas modalidades em cada um dos países e sistemas.

Parece indubitável que as mutações estatais não são uniformes e comuns. Os Estados periféricos realmente se debilitam diante das organizações transnacionais, acima de tudo em suas funções democráticas e assistencialistas, enquanto fortalecem suas funções repressivas. No entanto, ao contrário, os Estados centrais, providos da hegemonia imperialista, apesar da propaganda neoliberal,¹⁴ mantém funções democráticas e assistencialistas crescendo na

¹² Para uma crítica da globalização, consultar Bauman (1999b), Gentili (2000), Chomsky (2003, 2009), Martin & Schumann (1998, p. 273-312), Petersen e Souza (2002) e Warat (2010).

¹³ Ver, a propósito, Beck (2012), sobre a hegemonia alemã na Europa de Maquiavel a “Merkievel”, um escrito que descreve as estratégias de poder na crise do Euro e a supremacia da Alemanha nas deliberações do Conselho da União Europeia.

¹⁴ O neoliberalismo acentuou a desigualdade criada de modo natural pelos mercados, e os Estados, cuja função primordial seria de aliviar a tensão entre os desiguais do capitalismo, administrando os interesses comuns ou introduzindo racionalidade no espaço irracional do mercado, tem seu papel cada vez mais reduzido.

mesma proporção que aumenta o fosso entre primeiro e terceiro mundo e a dominação da periferia pelo centro (império).¹⁵

Nada obstante, o momento contemporâneo aponta para a necessidade da substituição dos localismos estreitos por estruturas políticas mais abertas, capazes de, imediatamente, absorver e reelaborar as bases da sociedade moderna, de dar respostas eficazes à expansão no sentido globalizado. Os Estados-Nação necessitam ampliar suas bases territoriais para enfrentar uma miríade de problemas, ideias e interesses cada vez mais complexos e que demandam um deslocamento espaço-temporal de estruturas e dinâmicas de ação.

Talvez o maior desafio dos Estados-Nação da contemporaneidade seja mesmo a inclusão dos seus elementos constitutivos na sociedade globalizada, com suas contingências e seus novos avatares. O mundo complexo e contingente da fenomenologia e o fim dos metarrelatos da nacionalidade tensionam endêmica e estruturalmente os Estados, impondo-lhes mudanças políticas, sociais, econômicas e jurídicas.

Assim é que, para Sassen (2010, p. 9), a globalização é mais do que a noção comum da interdependência crescente no mundo em geral e da formação de instituições globais, sendo também a concepção de algo que habita o nacional. Nisso reside o paradoxo: a prática social acontece nos palcos nacional e local, com ônus para o Estado-Nacional e para os seus agentes econômicos.¹⁶

Como advogar a desvalia desses planos? Bauman (2007, p. 85) acidamente critica a opção da camada superior (global) de separar-se/isolar-se e diz que seria um erro visualizar os aspectos globais e locais das condições existenciais e da vida política contemporâneas como se residissem em dois espaços distintos e hermeticamente fechados que só se comunicam de modo marginal e ocasional.¹⁷

Esta realidade é constitutiva, segundo Bauman (2007, p. 88), de um dos mais surpreendentes paradoxos revelados em nossa época: em um planeta que se globaliza rapidamente, a política tende a ser apaixonada e constrangedoramente local. Por isso afirma que "as cidades se tornaram depósitos sanitários de problemas concebidos e gerados globalmente". E exemplifica:

¹⁵ Negri (2002) defende que o império está definhando, Boron (2002), de outra parte, sustenta que o império se mantém hígido nos tempos pós-modernos, mostrando a crescente pertinência do conceito de imperialismo no capitalismo atual. A dominação da periferia pelo centro constitui uma realidade que se exacerba.

¹⁶ É sintomática a expressão "glocalização", empregada por Chevallier (2009, p. 13) para designar o atributo de conjugar uma concepção globalizada e uma atuação vinculada à dimensão local.

¹⁷ Sobre o tema, para uma análise mais ampla da relação entre o local e o global, Castells e Borja. *Local y Global...* (2000).

A progressiva comercialização dos cuidados com a saúde, obviamente um efeito da furiosa competição entre as gigantes farmacêuticas supranacionais, chega ao olhar *político* quando os serviços de um hospital de bairro decaem ou os lares para idosos e as instituições de saúde ficam defasados. (grifo do autor)

Concluindo, Bauman (2007, p. 89) assevera: "Assim, permitam-me repetir, surge o paradoxo de uma política cada vez mais local num mundo progressivamente modelado e remodelado por processos globais".

O Estado é quiçá o produto mais bem acabado da modernidade. Nasceu, disse Bauman (1999a, p. 29), "como uma força missionária, proselitista, de cruzada, empenhado em submeter as populações dominadas a um exame completo de modo a transformá-las numa sociedade ordeira, afinada com os preceitos da razão".¹⁸

Warat (2010, p. 15) dizia que o Estado Nacional "é só um fetiche, um holograma".

Este Estado nacional, que foi sustentado por décadas como a referência da estabilidade está deixando de existir, saindo de cena junto com a condição moderna que o inventou. O Estado moderno é só um holograma alimentado pelos dogmas, as crenças e as drogas semióticas com o que se tenta carregar de sentido um significante vazio.

O Estado, em sua estática e em sua dinâmica, desde os seus primórdios, tem sido tencionado e precisou, ao longo de sua trajetória histórica, passar por transformações, foi se adaptando e chega ao século XXI com roupagem diferente, com um papel redefinido e, portanto, com novos desafios a enfrentar.

Nada obstante a respeitável defesa da retirada do Estado, nos dias atuais, há um quase consenso sobre a relevância do papel estatal – o que sói ficar mais evidente nas crises do capitalismo e nas crises de segurança, em que o Estado é chamado para restabelecer a ordem e a paz social (*Estado Maquero*, adjetivou CHEVALLIER, 2009).

O discurso dominante advoga que o Estado, no entanto, carece de uma nova formatação de seus aparelhos para enfrentar as complexidades e contingências que caracterizam da atual fase da modernidade que se projeta no contexto da globalização. O Estado tende a transformar-se, adaptar-se aos novos tempos. Seus elementos, tensionados pelas crises, passam por uma releitura e estão sendo redesenhados, quiçá com a tinta da

¹⁸ Bauman (1999a, p. 29) adjetiva o Estado Moderno de "Estado Jardineiro": "O projeto supostamente ditado pela suprema e inquestionável autoridade da Razão, fornecia os critérios para avaliar a realidade do dia presente. Estes critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas".

flexibilização determinante de um esmaecimento socialmente perigoso, embora economicamente vantajoso. Adaptação é a palavra-chave da pós-modernidade.

No plano jurídico, a necessidade de adaptação das instituições é um consenso científico justificado pelas mudanças sociais. O tensionamento que a nova ordem global impõe à soberania estatal reside justamente no surgimento de uma ordem jurídica supranacional estruturada a partir de características, valores e princípios que se ampliam em sua normatividade para o espaço fora do Estado Nacional (em um deslocamento pós-nacional, no dizer de Habermas).

O Direito contemporâneo, pluralista e flexível no que concerne às suas fontes e à sua eficácia, tende a se deslocar do seu *locus* histórico, concentrado no Estado Nacional, para um espaço regulatório transnacional, acompanhando o mesmo fenômeno que ocorre nas relações sociais, que se transportam para fora dos limites estatais, desafiando seus poderes regulatórios e suas bases positivistas. Eis o dilema operacional do Direito: atuar em uma dimensão espaço-temporal global com instrumentos e categorias adrede concebidos para o enfoque local.

A propósito dos efeitos da globalização, precisamente no Direito e na Justiça, nada ilustra melhor as mutações ocorridas do que o fenômeno da desterritorialização, ao qual a justiça está exposta, ou seja, a modificação dos seus tradicionais territórios de intervenção (Santos, 2001 e Commaille, 2009).

Da mesma forma que os territórios institucionalizados surgem cada vez menos como uma evidência face à natureza dos problemas que se colocam e ilustram uma desadaptação crescente do sistema político às necessidades e expectativas expressas pelos cidadãos, a justiça não escapa às novas formas de interpelação decorrentes da sociedade. A justiça enquanto instituição encontra-se confrontada com a obrigação de se submeter às contingências e admitir que são os agentes inscritos nos territórios específicos que determinam uma definição dos problemas e uma nova coordenação das instituições públicas (COMMAILLE, 2009).

Quanto à Justiça, François Ost (1993, p. 69-84) recriou, na perspectiva pós-moderna, modelos de juiz baseados na mitologia grega: os juízes Júpiter, Hércules e Hermes.¹⁹ Júpiter é o juiz positivista, que adota o modelo piramidal de ordem jurídica, nos moldes kelsenianos. O Direito é a lei estatal. Não consegue escapar do sagrado e da transcendência, baldadas as tentativas, e manifestamente entrou em desuso. Corresponde esse modelo piramidal às exigências do Estado Liberal do século XIX.

¹⁹ Teubner (1992, p. 1443-62) traz à cena a figura do juiz *Janus*, deus romano de dupla face.

Hércules é o juiz que aparece no modelo iconoclasta que faz da sua figura a fonte única do Direito válido e eficaz (Dworkin disse não ser Hércules um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o do seu poder democrático).²⁰ Este juiz inspirou as correntes realistas, especialmente o realismo norte-americano que influenciou a magistratura brasileira e suas vertentes da jurisprudência sociológica. Corresponde esse modelo de "funil" às exigências do Estado Social ou assistencial do século XX. *“El juez jupiteriano era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social”* (p. 177).

Ost (1993) diz que nada será perdoado ao juiz assistencial, que precisa resolver todos os tipos de problemas, estar em todas as frentes, incluindo relativizar o mito da supremacia do legislador. Ele é responsável pela criação do direito, que se resume à materialidade do fato. Apesar de ser o melhor modelo de juiz para a solução dos problemas sociais, está ameaçado de transformar-se em utópico, sobretudo diante da impotência para continuar cumprindo seu papel, tende a ficar hipostasiado e corre o risco de não sobreviver diante do novo modelo, o do juiz Hermes.

À figura do juiz Hermes, segundo Ost (1993, p. 172), corresponde *“El derecho postmoderno, o Derecho de Hermes, una estructura de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos”*. Um campo jurídico que se analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiáveis, uma multiplicação dos atores, uma diversificação dos papéis.

Si Júpiter insiste en el polo “convención” y Hércules en el polo “invención”, Hermes, en cambio, respeta el carácter hermenéutico o “reflectante” del juicio jurídico que no se reduce ni a la improvisación ni a la simple determinación de una regla (OST, 1993, p. 189). (grifo do autor)

Teubner (2005, p. 81) introduz a figura mítica do deus Romano *Janus* (guardião de portas e portões do começo e do fim). O pluralismo, como *Janus*, tem duas faces: o Direito, como discurso, operando fechado aos demais discursos, mas deles dependendo: "os fenômenos do pluralismo são, ao mesmo tempo, normas sociais e regras jurídicas, Direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas e espontâneos".²¹

²⁰ “Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer” (DWORKIN, 2010, p. 476).

²¹ A propósito, ver Teubner (1992, p. 1443-62; 2005, p. 79-104), no sentido de que a ambivalência e o caráter dúplice fazem o pluralismo tão atraente diante dos olhos dos juristas pós-modernos.

Uma reflexão crítica e protetiva do Direito, para encerrar este item, devemos a Ost (1993, p. 182) quando manifesta sua preocupação com a possibilidade de a cultura jurídica pós-moderna, ao cair no esoterismo, renunciar a unidade de interpretação e contentar-se com uma complexidade de minirrationalidades no seio de uma racionalidade global incontrollável a partir de agora. “*El problema consiste, una vez más, en abandonar la monofonía por la polifonía sin caer necesariamente en la cacofonía - el ‘ruido’, como se dice en lenguaje informático, lo carente de significado -*”. (grifo do autor)

As desregulações, as desterritorializações, as deslocalizações, o individualismo (desmassificação), a sociedade global de riscos (reflexividade) e a crise financeira global do capitalismo, para ficar apenas nos fenômenos mais conhecidos e estudados, implicam rediscussão e releitura do papel e da conformação política, jurídica e social dos Estados, no contexto das novas necessidades e contingências da construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária.

Comungo com Bolzan de Moraes (2011) em sua profunda abordagem sobre as transformações (crises) do Estado na perspectiva do sistema jurídico. Doravante, nós juristas teremos que refletir o Estado a partir de sua capacidade efetivação dos Direitos Humanos num ambiente constitucional. Estado, Constituição e Direitos Humanos são temas intimamente imbricados: os Direitos Humanos representam a condição de sobrevivência digna do homem (art. 1º da CR); o Estado, incluso o Poder Judiciário, é o garante da efetividade dos Direitos humanos, e a Constituição é o espaço jurídico-político em que se define o papel do Estado, as condições de reconhecimento (*locus* de positivação) e os instrumentos de efetividade dos direitos humanos.

Indo além, vai-se chegar à vinculação finalística entre o Sistema de Justiça e a proteção dos Direitos Fundamentais, entre eles, os Direitos Sociais – que dizem mais de perto com o objeto da presente tese. Para Peces-Barba (1999, p. 34), concluindo,

la ideología que impulsa los derechos sociales los entiende en una dialéctica entre el Estado y la sociedad civil, siendo la interacción de ambas dimensiones imprescindible para su existencia. No hay derechos sociales sin intervención del Estado, y sin la participación de los ciudadanos reclamando de éste, por un procedimiento jurídico, situado en la democracia parlamentaria-representativa.

2.6 O PLURALISMO JURÍDICO E A POLICONTEXTURALIDADE: APROXIMAÇÕES PARA UMA RELEITURA DEMOCRATIZANTE DO PROCESSO CRIATIVO DO SENTIDO DO DIREITO NO SISTEMA DE JUSTIÇA

As sociedades contemporâneas experimentam processos de transformação social extremamente rápidos, profundos e pudes de complexidade, que colocam definitivamente em xeque as teorias, os conceitos e, sobretudo, os modelos estruturais antes considerados eficazes para diagnosticar e solucionar os conflitos sociais. A pobreza extrema de uma parte significativa e crescente da população mundial, o agravamento aparentemente irreversível das desigualdades sociais e a ausência de soluções para tais problemas, sugerem pensarmos que o que está verdadeiramente em crise é o modelo civilizacional no seu todo, o paradigma da modernidade ocidental.

O Estado Moderno, caracterizado pelo unitarismo, pelo monismo e pela ideia de autonomia do Direito, foi guindado à condição de único detentor do império da razão. A racionalidade, no processo de construção do Direito, ficou por conta e obra do Estado, que evoluiu de uma razão transcendente e metafísica, fundada no Direito natural, passando pelo positivismo sociológico, que cultuava uma razão imanente ao corpo social, para o positivismo jurídico, de que é expoente Hans Kelsen, defensor do Estado como fonte exclusiva do Direito, e que hoje se encontra refém das teorias realistas e críticas, que transformaram o Direito na tradução de decisões judiciais.

Ao movimento de resistência ao Estado-Leviatã ergueram-se diversas correntes de pensamento, desde a doutrina liberal, de cunho jusnaturalista, passando pelo constitucionalismo e sua divisão de poderes, as doutrinas democráticas, pressupondo o poder nas mãos de todos (soberania popular) e o socialismo científico, considerando o Estado um instrumento de poder das classes dominantes, até chegar ao pluralismo, esgrimindo com uma nova proposta que não se volta mais contra o próprio Estado, senão que combate o monopólio estatal da produção legislativa, é dizer, o monopólio do poder jurídico (BOBBIO, 2001).

Para o pluralismo, explica Bobbio (2001, p. 27-35), o Estado não é mais do que um dos possíveis ordenamentos jurídicos entre os quais o homem desenvolve sua vida social, precisamente, o ordenamento jurídico da sociedade política. Toda atividade social do homem, que não seja atividade política, se desenvolve, ou deveria desenvolver-se, em sociedades distintas do Estado. Cada uma destas sociedades, enquanto conjunto de atos humanos ordenados para um fim, tem sua organização, isto é, um complexo de normas que regulam sua

estrutura e dirigem os atos dos indivíduos que a formam. Concluindo, toda sociedade tem o seu próprio Direito.

Em virtude dessas contingências, na pós-modernidade ocorre a emergência do paradigma das incertezas racionais, fundadas no ceticismo em relação à força da razão universal e das verdades comprováveis e aceitáveis. Coloca-se em questão a Razão moderna e, por conseguinte, a legitimidade do direito estatal, sistematizador e coerente. Uma compreensão do direito pós-moderno supera a frieza normativa e se volta para a realidade circunstancial dos problemas sociais.

Se na pluralidade dos *jogos de linguagem*, as estruturas idiossincráticas das respectivas regras de cada jogo não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas tão somente derivam da práxis das formas de vida reais (Teubner, 2001, p. 21), parece sintomático que a semântica do Direito estatal, na sua abstração desencarnada, na sua racionalidade imanente ao Direito positivo, já não reúne as condições para suprir as expectativas sociais em toda a sua complexidade, perdendo espaço a sua normatividade, seu simbolismo e sua legitimidade. Corolário desta contingencialidade incontrolável, que desvela a insuficiência das teorias de Justiça fulcradas no Direito estatalizado como pressuposto da solução dos conflitos, é a releitura do papel do Poder Judiciário.²²

A moderna ciência do Direito, sob a pressão da globalização e das transformações na gramática das relações sociais, na sua ontologia metodológica, mostra sinais de desgaste estrutural devido ao caráter obsoleto de seu código comunicativo (normas jurídicas) unilinguístico e geral (abstrato), impotente para decodificar contextos sociais plurilinguísticos e diversificados em seus *habitus*, assumindo feições de autênticas redes circulares de organizações sociais e povoando uma sociedade informacional extremamente complexa e descentrada pela influência de um ideário baseado na lógica utilitarista da globalização.

Esta notável disfunção afeta a simbologia da legitimidade do Direito, sob o viés de seus destinatários, no que tange à sua aptidão para solucionar conflitos advindos de demandas sociais e dos diversos sistemas sociais. O Direito é colocado em xeque quanto à sua

²² A teoria social do Direito critica as teorias filosóficas da justiça mais proeminentes na atualidade como não sendo nem históricas nem sociológicas o suficiente. Apesar de John Rawls e Jürgen Habermas levantarem a pretensão de nova formulação do conceito kantiano de justiça sob as condições do presente – Rawls integra elementos da moderna teoria econômica, Habermas introduz a intersubjetividade e a evolução das estruturas normativas –, suas concepções sobre a justiça ainda refletem a antiga relação-estrutura-semântica europeia: universalização da reciprocidade, busca do consenso, racionalidade. Cada um desses aspectos da justiça deve, no entanto, consoante as palavras de Derrida e Luhmann, ser substituído por novas conceituações: assimetria, orientação pelo ambiente e o Outro não racional da justiça (TEUBNER, 2001, p. 19).

capacidade funcional de estabilizar as expectativas sociais no mosaico cosmopolitizado da sociedade hipercomplexa pós-moderna.

Na síntese de Silva (2001),

A obsolescência (não programada) da linguagem do direito produz uma espécie de anomia linguística jurídica desvelada pela falência das significações da “fábula de Justiça” e da “segurança e certeza”, não apenas no momento da recusa ao discurso jurídico-formal para o suprimento das disfunções sentidas socialmente e individualmente, mas, sobretudo, pela formação de múltiplas áreas de “juridicidade” paralelas e eficazes a dar resposta pronta e imediata a concretude do *caso-conflito*, na exatidão da flagrância dos interesses envolvidos e do diagnóstico a ser ministrado. (grifos do autor)

O problema, assevera Cárcova (1998, p. 60-61), é que há milhares de dualidades que geram espaços simbólicos e, nesse sentido, há um pluralismo de códigos, de lógicas, sistemas e referências que deixam os indivíduos indefesos, obrigados a reprojeter constantemente seus sistemas de significações.²³

As novas relações sociais, econômicas, científicas e tecnológicas da sociedade contemporânea, redimensionadas no espaço e no tempo, desafiam a hierarquia e o caráter estabilizador do Direito, constituído por um viés rosseauiano que se expressa pela transposição da racionalidade do Direito para um texto aprovado pela vontade soberana do povo (lei), em vias de superação nos dias atuais. Os sistemas jurídicos tradicionais, sobretudo no que concerne à produção das normas secundárias (gerais), não conseguem oferecer disciplina à contingência e à complexidade que os problemas e os interesses cotidianos reais oferecem.

O cenário social policontexturado, é dizer, composto por sistemas sociais autônomos, coloca em evidência uma prolixidade de ideias, valores e opiniões entre os indivíduos, grupos e organizações, produzindo conflitos e uma multiplicidade de possíveis soluções, nem sempre encontradas na ordem jurídica estabelecida. Para regular as relações sociais com eficiência, é necessário justificar e expor as razões de forma plural, e não mais monisticamente. Tais circunstâncias determinam um novo modelo de prestação jurisdicional que não dispensa a

²³ Para Cárcova (1998, p. 60-61), a anomia deriva de várias fontes e assume diversas formas: (1) pela falta de norma numa sociedade ou grupo (Durkheim); (2) pelo estado de ânimo no qual se acha o indivíduo que perdeu seus parâmetros morais, que não rege suas condutas pelas normas e que não se identifica mais com o grupo a que pertence ou pertencia; (3) quando há uma quebra da “estrutura cultural” (R. Merton), que tem lugar quando há uma acentuada disjunção entre as normas e os objetivos culturais e as capacidades socialmente estruturadas dos indivíduos do grupo, para operar de acordo com aqueles; (4) como produto de rápidas mudanças na estrutura social, de que são exemplos as mudanças ecológicas e sociais (G. Germani); (5) quando há a “socialização deficiente” (Berger e Luckman), consequência de uma discrepância entre socialização primária e secundária, como ocorre no caso dos latino-americanos excluídos.

ampla participação dos conflitantes, sob pena de esgrimir a justiça com decisões ilusórias, que não atendem aos interesses nem da preservação da ordem jurídica nem de qualquer dos interessados, senão que apenas cumprem uma funcionalidade sem preocupação tampouco compromisso com a sua eficácia.

Se levarmos em conta o cenário social globalizado e a dinâmica da globalização, o corolário notável do Direito da pós-modernidade passa a ser a fragmentação jurídica, cujo ponto fulcral reside na superação da concepção monista – o Estado como única fonte de Direito e a superação do leviatanismo, em que o Estado atuava soberano como fonte exclusiva da produção do Direito (crise das fontes). A fragmentação jurídica decorre da emergência de normatividades que advém de uma pluralidade de atores produtores de Direito a regular uma diversidade de contextos sociais, a que correspondem sistemas autônomos com seus regimes próprios e conflitantes.

Basta lembrar que os Tribunais Internacionais praticam hoje um Direito independente dos ordenamentos jurídicos estatais, com racionalidade própria. Os blocos regionais, como a União Europeia, o MERCOSUL, a ALCA, a NAFTA, o Pacto Andino e outros não se limitam mais às transações econômicas, mas alcançam a ciência, a cultura, a tecnologia, a saúde, o esporte, o turismo, a política etc., operando com regimes regulatórios concorrentes, cada um com sua própria instância decisória.

Entra em cena o Direito extraestatal ampliando os produtores de Direito, ora com a atuação dos próprios operadores econômicos produzindo o Direito, calcados na ascensão de novos usos do comércio internacional como fontes de produção do Direito (*lex mercatoria*), ora com a tendência de autorregulação das atividades empresariais, como são, por exemplo, as cartas éticas de empresas, prevendo responsabilidade socioambiental. Veja-se que a internet e o *e-commerce* foram disciplinados à base da autorregulação, ditada pela necessidade dos operadores de ganhar confiança.²⁴

A *lex mercatoria*, ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais, provou até agora ser o caso mais exitoso de um “Direito mundial” além da ordem política internacional. Mas o significado da “Bukowina global” (Enrich e Teubner) ultrapassa em muito o mero Direito do comércio. Nos dias de hoje estão se constituindo, com autonomia relativa diante do Estado-Nação, bem como diante da política internacional, setores distintos

²⁴ Ver, a propósito, Teubner (2003).

da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.²⁵

Está-se falando sobre a fragmentação jurídica, que torna impossível qualquer pretensão de unidade normativa do Direito global. Tem-se hoje cerca de 125 instituições internacionais nas quais autoridades autônomas tomam decisões com caráter definitivo com base em regimes legais próprios, independentes. Não é possível evitar as colisões de regimes, a fragmentação jurídica.

O problema sobre o qual deve o Direito centrar-se neste início de milênio são as colisões de regimes e racionalidades jurídicas no cenário global. Teubner (2003) anotou que o direito mundial cada vez mais se diferencia internamente em “colégios invisíveis”, “mercados e ramos de negócios invisíveis”, “comunidades profissionais invisíveis” e “redes sociais invisíveis”, estendendo-se por cima das fronteiras territoriais. Todas buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas, com racionalidades próprias. Forma-se um novo Direito de regulamentação de conflitos, que deriva de conflitos “intersistêmicos”, em vez de conflitos “internacionais”.

Por outro lado, o movimento do Direito pós-moderno vai no sentido do rompimento com o primado da razão e do deslocamento para o primado das incertezas, dos relativismos, das indeterminações. Não existe mais verdade. Observa-se, inequivocamente, uma crise na racionalidade jurídica, uma revolução paradigmática que se inclina para a superação dos atributos do direito moderno e, assim, do constitucionalismo moderno: a sistematicidade (coerência sistêmica), a generalidade (abstração, perspectiva solúvel por uma racionalidade lógico-dedutiva) e a estabilidade (segurança jurídica ou durabilidade razoável no tempo) tendem ao esgotamento diante da complexidade e das contingências que caracterizam a sociedade pós-moderna, marcada pelo pluralismo e pela policontexturalidade.²⁶

A partir do rompimento, em definitivo, do paradigma do monopólio estatal do Direito para a produção de normas gerais e particulares, é inadequado situar o Estado como única fonte de Direito. A arquitetura estatal, tornada barroca, perdeu o seu rigor e o seu classicismo: o Estado não se apresenta mais como um bloco monolítico, mas como formado por elementos heterogêneos, e os antigos mecanismos que garantiam a unidade do Estado são substituídos por procedimentos mais flexíveis, tal como o contrato, que pressupõe o pluralismo e a aceitação da diversidade (CHEVALLIER, 2009, p.114).

²⁵ Aprofundamento em Teubner (2003) sobre a Bukovina global e a emergência de um pluralismo jurídico global gerando conflitos intersistêmicos.

²⁶ Ver, sobre o tema, para uma análise mais completa, Chevallier (2009, p. 115-179).

Diz Chevallier (2009, p. 24-5),

enquanto o Direito moderno fundou-se sobre um “modelo piramidal” em que o Estado é a sede de toda a juridicidade (Direito jupiteriano), um novo modelo tende a emergir, aquele de um “Direito em rede” no qual o campo jurídico se apresenta sob a forma de uma multiplicidade de pontos em inter-relação (Direito de Hermes). Surge um movimento no sentido da abertura do Direito, da sua flexibilidade, labilidade, efemeridade e ductibilidade. O Direito tende a transformar-se no produto aleatório de um conjunto de sistemas de interação e, ademais, passa a ser constantemente confrontado em sua razoabilidade e a legitimidade, que ficam dependentes da eficiência da norma produzida na perspectiva dos seus destinatários.

Ost (1993) identifica o Direito contemporâneo como uma estrutura de rede de sentidos com multiplicidade de centros e pontos de inter-relação, no interior da qual se relaciona uma multiplicidade de poderes e de atores, com papéis diversificados e intercambiáveis, ao mesmo tempo separados e confundidos, e assim uma imensa circulação de significados e informações disponíveis instantaneamente, compondo um complexo e paradoxal jogo de linguagem insuscetível de conter-se em um único código.

Evidencia-se uma crise multifacetada do sentido jurídico próprio do Estado Moderno, tocado em suas principais condições de possibilidade: funcionalidade institucional, hegemonia e legitimidade. Tais pressupostos são flexionados no contexto inter-relacional complexo e multiforme da sociedade contemporânea, marcado pela pluralidade típica da globalização, que flexibiliza as comunicações e as linguagens sociais, políticas, econômicas e culturais, emprestando-lhes também um novo sentido espaço-temporal.

Surge, em decorrência da nova ordem social, um modelo de pluralismo ordenado,²⁷ traduzindo uma lógica horizontal e não mais vertical, em que a relação jurídica passa a ser, não mais de poder e coerção, mas, de encaixamento e de ajustamento.

Boaventura de Sousa Santos é um dos mais profundos representantes da corrente de pensamento sociológico que pretende elaborar uma concepção pós-moderna do Direito baseada nas noções de pluralismo jurídico e interlegalidade, ou seja, contemplando circularmente, de uma vez, as construções sociais de diversos sistemas normativos e a experimentação humana destes.

²⁷ Expressão cunhada por Delmas-Marty para representar um cenário jurídico global marcado pelos domínios da imprecisão, incerteza e instabilidade, e que, portanto, demanda uma sistematização. Com a recursividade a uma arquitetura de “nuvens ordenadas”, traça um panorama paritário com a realidade de uma diversidade de sistemas normativos alinháveis de forma integrada e sem pretensão hegemônica. Tomando como fio condutor o respeito aos direitos humanos, o modelo do pluralismo ordenado reconhece que seus desafios estão atrelados a conceitos vagos, indeterminados, fluidos (DELMAS-MARTY, 2004).

Para Santos (2001), o pluralismo jurídico é o conceito chave de uma visão pós-moderna do Direito. Não o pluralismo da tradicional antropologia jurídica, que concebe a pluralidade de sistemas normativos enquanto entidades separadas e coexistentes em um mesmo espaço político, mas a concepção de distintos espaços legais superpostos, interpenetrados e tão mesclados em nossas mentes como estão em nossas ações legais. Nesta multiplicidade de redes jurídicas, existe uma porosidade contínua.

A vida das pessoas está constituída por interseções entre os diversos sistemas normativos, é dizer, por um elevado nível de interlegalidade. Para que essa pluralidade de contextos faça sentido, as pessoas necessitam de uma nova compreensão do jurídico, que aponta para a trivialização da nossa interatuação diária com o Direito de modo que seu significado seja claro para aqueles que não tenham um conhecimento técnico do jurídico.

Fazendo uso de uma comparação metafórica com a cartografia geográfica, Santos (2001) descreve como esses mundos normativos policêntricos representam e transformam a realidade mediante um conjunto de convenções, expondo metodologicamente as proposições teóricas que intentam explicar como as distintas normatividades estão construídas, adquirem obrigatoriedade e são experimentadas dentro e fora do âmbito estatal em que as normatividades estão em conflito.

Observa-se, digamos assim, um deslocamento do eixo Direito-Estado no sentido da construção de um direito plural (eixo Direito-Sociedade), matizado pela substituição do Estado como única fonte produtora do direito (crise das fontes) por uma pluralidade de atores produtores do direito e contextos a merecer regulação, o que Santos (2011, p. 14) nominou *novo senso comum jurídico*, que se traduz pela concepção de um Direito plural que está “presente de diferentes formas em diferentes espaços de sociabilidade e que neles pode assumir o papel contraditório de ser simultaneamente fonte de poder, diferenciação e exclusão e de luta contra o poder, a diferenciação e a exclusão...”.

Teubner (2002, p. 102) observa o pluralismo em um sentido mais radical que aquele usado na sociologia jurídica.

Ele não se refere apenas a uma pluralidade de direitos locais, de ordenamentos étnicos e religiosos ou de instituições e organizações. Antes, alude a uma pluralidade de racionalidades incompatíveis, que reivindicam, cada qual, a universalidade dentro de um sistema jurídico moderno. Diferentes racionalidades sociais parciais formam cabeças de ponte dentro do direito, a partir de onde operam no desenho de conceitos jurídicos inconciliáveis, sustentam argumentos e métodos doutrinários concorrentes entre si e projetam normas que contradizem umas às outras.

Em sua teoria do Direito como um sistema autopoietico (um sistema autossustentável e fechado em si mesmo), pode-se observar os três traços principais: o Direito, sujeito epistemológico autônomo, constrói sua própria realidade social; o Direito, processo de comunicação, produz autores humanos a modo de artefatos semânticos; o Direito moderno, precisamente devido à simultaneidade da sua dependência e independência em relação a outros discursos sociais, oscila continuamente entre posições de autonomia e heteronomia cognitivas (TEUBNER, 2002).

Com essas premissas, Teubner encaminha sua crítica à adoção do ponto de vista tradicional sobre o pluralismo jurídico, incapaz para definir satisfatoriamente o Direito. Essa incapacidade vincula-se à ausência de uma distinção apropriada entre o Direito e outros tipos de normatividades, assim como pelo fato de atribuir ao direito uma única função, em detrimento das várias possíveis.

Para Teubner (1992) o pluralismo jurídico representa uma multiplicidade de processos comunicativos que observam a ação social através do código binário legal/ilegal. Esse código binário constitui-se como um fator de discriminação que permite a exclusão de cálculos puramente econômicos ou de absolutas pressões de poder e meras normas convencionais ou de moralidade. O código binário não é característico do Direito estatal, em seu lugar cria imagens de uma hierarquia de distintos discursos jurídicos, cumprindo várias funções, entre as quais estão a de controle e regulação social, regulação dos conflitos, reafirmação de expectativas, coordenação de comportamentos ou de disciplina de corpos e almas.²⁸

Vê-se que o pluralismo jurídico, em uma perspectiva sistêmica, encontra-se imbricado com a noção de policontextualidade, forjada por Luhmann e depois desenvolvida por Teubner, para significar uma sociedade de direito fragmentado e plural, em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações, “um referente decisivo para a configuração do sentido”, diz Rocha (2009).

A policontextualidade representa uma das mais desconcertantes experiências do nosso tempo. Diante da policontextualidade, ou seja, da emergência de estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social, não se pode mais compreender a sociedade a partir da interação, afirmou Teubner (2001, p. 20). E tampouco pode a justiça ser ainda sustentada, de forma razoável, pela universalização do princípio da reciprocidade entre atores individuais.

²⁸ Ver Teubner (1992, p. 1443-62).

Segundo Neves (2009, p. 23-24), a policontextualidade faz supor, em um primeiro momento,

que a diferença entre sistema e ambiente se desenvolve em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. Em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna “centro do mundo”, a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes.

Em outras palavras, a policontextualidade caracteriza o surgimento de uma pluralidade normativa, a favorecer que a estabilização das expectativas normativas da sociedade se dê por meio da reação e interação com outros subsistemas sociais, mediante a provocação do sistema jurídico que, reconhecendo a sua limitação regulatória, busca inspiração no ambiente para ampliar cognitivamente e democraticamente a conexão com a semântica social, viabilizando um melhor nível de generalização congruente das expectativas comportamentais.

Teubner (2002, p. 104), remontando a Weber, afirma que a melhor forma de lidar com esse politeísmo é passar do discurso individual para o discurso jurídico, possibilitando que o discurso jurídico atravesse as diferentes racionalidades parciais instituídas no Direito e chegue a decisões sobre essa base sem jamais resolver o conflito permanente.

Ao “contextualizar e relativizar incessantemente os conhecimentos jurídicos”, pode abrir “possibilidades para confrontos positivos sobre os discursos”. O discurso jurídico, assim, reconstrói as diferentes projeções normativas das outras racionalidades parciais e chega a suas próprias normas mediante decisões sobre o que não pode ser decidido” (TEUBNER, 2002, p. 104-105).

Essa metamorfose se revela bem nítida na atenuação do intervencionismo estatal nas relações sociais e econômicas. O Direito inclina-se no sentido de uma racionalidade cooperativa ou governança cooperativa. O Estado, abrindo mão de sua potestade, tende a pautar suas intervenções regulatórias e pacificadoras por técnicas de diálogo e de cooperação, negociando a regulação com implicados (destinatários da norma), a quem confere um maior poder de participação na construção dos processos regulatório e decisório.

A metáfora do contrato social, que delegava ao Estado a decisão sobre todos os conflitos, é redefinida e ele passa a ter um papel muito mais mediador do que propriamente decisor. Emerge o Direito criado a partir do acordo de vontades, o que se expressa pelo

advento de uma autêntica cultura da negociação. O diálogo e o consenso tendem a substituir-se à autoridade.

Commaille (2009) usa a expressão ação pública para identificar a atuação estatal que decorre de múltiplas configurações de relações interdependentes e de estratégias interligadas de atores, redes de ação pública e sistemas de ação, de acordo com um esquema de tomada de decisão que resulta de uma acumulação de regulações negociadas e de relações de força para se inscrever mais na transversalidade, horizontalidade ou circularidade, não obedecendo a uma concepção linear e hierárquica.

O Direito negociado adquire espaço a partir da crise da razão jurídica. A força da regra passa a residir no consenso (Habermas) e é atestada pela legitimidade procedimental (Luhmann e Habermas), é dizer, pelos modos de elaboração da norma, que pressupõem a passagem por diversas formas de discussão, diálogo e vias de comunicação correspondentes, oportunizados pelo procedimento adrede constituído para tal mister.

O Direito pós-moderno valoriza a pragmática, é dizer, a propensão para a compreensão e a construção do Direito (norma) apenas no caso concreto. Muda o paradigma do fetiche da lei e, por conseguinte, o eixo Direito-lei é substituído pelo eixo Direito-caso concreto, em uma autêntica aproximação do Direito com os indivíduos, o ser-eu, e sua adequação ao contexto relacional que pretende reger. Este movimento no Direito se reflete na administração da Justiça e permite a complementação da ideia de adjudicação com a de autocomposição ou consensualidade na solução dos conflitos de interesses.

Surgem novas técnicas de governança do Poder Judiciário que pressupõem a substituição dos métodos de gestão das técnicas de prestação jurisdicional forjados na coerção e marcados por um caráter de substituição, cujo pressuposto reside na incapacidade e na falta de autonomia dos indivíduos conflitantes, por modelos de atuação mais democráticos e abertos à participação dos implicados. Os traços fundamentais dessas novas técnicas de governança são justamente a cooperação, participação, empoderamento, integração, conciliação, harmonização dos interesses conflitantes e autorresponsabilidade.

Pode-se identificar, assim, uma tendência de maior implicação dos interessados no processo de solução dos conflitos, cada vez mais persuadidos e influenciados por procedimentos descentralizados. Os assujeitados pela decisão judicial são convidados a participar do seu desenho, como condição de legitimidade da solução alvitrada.

Para finalizar, fica-se com a elucidativa consideração de Martín e Campuzano (2008, p. 17-18), acerca do novo paradigma jurídico da autocomposição.

[...] la sociedad civil trata de responder al conflicto mediante la autorregulación y el concierto de determinados sectores económicos y sociales y, simultáneamente afloran otras formas complementarias de resolución de conflictos – todas ellas englobadas en la terminología anglosajona Alternative Dispute Resolution (ADR). De esta manera, la ciudadanía comienza a adquirir un protagonismo hasta hace poco impensable que permite augurar la progresiva suplantación de la resolución judicial de los conflictos por mecanismos autocompositivos que responden plenamente al postulado de la autonomía de los sujetos (personas físicas o jurídicas) en la administración de sus propias expectativas e intereses. No se trata de eliminar los conflictos sino de aprender a gestionar adecuadamente los conflictos. [...]. Todo este complejo escenario permite vislumbrar la emergencia de un nuevo paradigma jurídico plural y flexible en el que se redefinen las categorías tradicionales de pensamiento jurídico y de la sociología jurídica. Un paradigma que apunta hacia el creciente protagonismo de los sujetos del conflicto en la resolución de éstos y que precisa ser convenientemente articulado en el horizonte aún lejano de una ciudadanía dispuesta a asumir nuevos retos en la gestación de un paradigma cosmopolita del derecho.

2.7 A LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO PELO PROCEDIMENTO E O CONTRIBUTIVO DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS LITIGANTES NA CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO DO CONFLITO

A legitimidade é o mecanismo pelo qual os sistemas jurídicos adquirem um componente mínimo de autoridade que os tornam aceitos perante a comunidade determinada independentemente do uso da força.

Rocha (2005, p. 179) mostrou, retornando às lições lefortianas, o deslocamento que a ideia de democracia impõe às sociedades ocidentais contemporâneas, no sentido prático dos pressupostos de legitimação do poder, que agora se tornam dependentes da participação social.

A legitimidade passa a ser um direito a ser conquistado todos os dias, transforma-se num discurso no qual a justificação depende da práxis argumentativa racional (Habermas). A democracia produz uma nova forma social onde as identificações dos indivíduos, suas concepções de justiça e injustiça, bem ou mal, verdade e falsidade, baseiam-se no princípio da legitimação do conflito e, conseqüentemente, da invenção das suas próprias regras (ROCHA, 2005, p. 179).

Se democratizar já era essencial às tradicionais funções adjudicantes do Poder Judiciário, na medida em que esse poder passa a tratar de assuntos políticos, como uma espécie de instância sucedânea do Executivo e do Legislativo (não substitui, mas supre as

lacunas), será preciso conquistar a legitimidade, e isso, como já foi dito, passa pelo redimensionamento do espaço participativo das partes na solução dos conflitos de interesses.

Em uma democracia substancial de fundo constitucional, a legitimidade política é dúplice: se dá pelo sufrágio, ou seja, pelo poder do voto, e se confirma na ação política voltada ao reconhecimento e concretização dos direitos fundamentais. A legitimidade do Poder Judiciário não é diferente: há de ser conquistada pela abertura democrática que as estruturas organizacionais e os programas que o sistema possa oferecer aos conflitantes²⁹ e pelo desempenho do seu papel de garante dos direitos fundamentais. É que a incorporação dos direitos fundamentais em nível constitucional, assinalou Ferrajoli (1999, p. 26), “muda a relação entre o juiz e a lei e assina à jurisdição uma função de garantia do cidadão frente às violações de qualquer espécie de legalidade por parte dos poderes públicos”.

Fala-se, portanto, de um modelo de legitimação que vai além do indesejável hiperdimensionamento do caráter procedimental da atuação judiciária (procedimentalismo), e que significa, muito mais, a própria ampliação da condição dos cidadãos pela via da prestação jurisdicional dirigida à tutela dos seus direitos fundamentais.

Ost (1993, p. 191) evidencia o laço necessário que se estabelece entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais.

Si se dirige, en efecto, a favorecer a la minoría, así como a dar sistemáticamente la palabra a la defensa, está bien que se reconozca a cada uno el derecho de expresión, incluyendo al más débil y al más extraño. Al encuentro de la dialéctica identidad (“nosotros”)/exclusión (“ellos”), los procedimientos jurídicos tienen este efecto de universalizar e, por lo tanto, de igualar, al menos parcial o potencialmente, el derecho de palabra.

A forma como os tribunais exercem a sua função em um sistema democrático é determinante para a legitimação do sistema político. O reforço da independência dos tribunais é um dos meios para legitimar o poder judicial em relação aos outros poderes e, portanto, uma forma de legitimação do próprio poder político. O funcionamento do poder judicial de um modo independente, acessível e eficaz representa a garantia da efetivação dos direitos de cidadania reconhecidos no apogeu do Estado Providência. Com a sua retirada, os cidadãos transferem a expectativa de efetivação dos direitos de cidadania social para os tribunais, acontecendo, por acoplamento estrutural, “uma transferência compensatória da legitimação do sistema político para os tribunais” (RUIVO, 1986, p. 353).

²⁹ Convém observar, com Ruivo (1986, p. 354), que “para aumentar a sua capacidade simbólica e material de resolução de conflitos, o estado se dispõe a pagar custos da descentralização, os quais, simultaneamente, porém, tenta minimizar ao controlar a quantidade de poder político distribuído”.

Há dois modos de legitimação do sistema judicial: legitimação derivada do sistema jurídico e a legitimação "vinda de baixo". Na legitimação decorrente do sistema político, inclui-se o poder constituinte, a consagração do princípio da separação de poderes, as garantias judiciárias, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões e a lei (democracia representativa).

No que concerne à denominada legitimação "vinda de baixo", que materializa e relegitima a primeira, ela ouve os consumidores ou partes potencial ou efetivamente submetidos ao sistema jurídico.³⁰ Esta modalidade legitimatória expressa-se não só pela obrigatoriedade da fundamentação das decisões (em concreto), a participação, a comunicação e o procedimento, mas também pelo resultado sensível no plano social que decorre da atuação judicial e da sua abertura às expectativas sociais (substancialismo).

Neste plano pragmático, novas práticas de legitimação são decorrência de estratégias voltadas à justiça social, ao respeito às diferenças, à redução das desigualdades, ao incentivo à autonomia e à emancipação. Estes apanágios da ideia de justiça, que supera a simples distributividade e a imparcialidade, introduzindo as variáveis diferença e opressão, certamente ampliam o fundamento de legitimação da justiça.³¹

Mas a legitimação pelo procedimento não deixa de ser relevante. Em Luhmann, o problema da legitimação do sistema jurídico não desempenha um papel relevante.³² Superadas as cosmovisões e as concepções de mundo baseadas em um *ethos* coletivamente compartilhado (direito natural, religião e moral), sobrevem a positivação. Como a positivação é um fenômeno correlato do processo de diferenciação social, implicando a mutabilidade do Direito que é estabelecido e validado por decisões, resulta em improbabilidade da legitimação.

Sucedem que em Luhmann a legitimação não pode se dar nem pela aceitação de uma determinada ordem, nem pela via dos princípios e dos valores, nem, sobretudo, no ambiente e em outros sistemas, devido à autorreferenciabilidade dos sistemas funcionais.³³ Não há *input* nem *output* direto entre o entorno e o sistema, de modo que a legitimidade precisa ser

³⁰ Consultar, a propósito, Ruivo (1986, p. 353).

³¹ Sobre os novos paradigmas da Justiça, ver: Young (2000), Nussbaum (2012 e 2014), Cortina (2010) e Ribotta (2010).

³² Bem assim a questão da motivação subjacente à aceitação das normas: um problema que está posto no "entorno extra-social do Direito". Isso não significa que o homem deva ficar excluído do universo do Direito, todavia que o sistema deve ter a capacidade de legitimar-se autorreferencialmente e não a partir das motivações, valorações ou no consenso dos homens.

³³ As mudanças externas não são nem ignoradas nem diretamente refletidas em função de um esquema de estímulo-resposta, senão que são seletivamente filtradas pelas estruturas legais e adaptadas seguindo uma lógica de desenvolvimento normativo. Somente como "construções legais da realidade social" é que podem influenciar o sistema.

encontrada internamente, na clausura operacional. A legitimidade deriva, ao contrário, de um suposto consenso, a partir da institucionalização de procedimentos³⁴ de decisão vinculantes.³⁵

Como o Direito tem a função de estabilizar expectativas normativas de modo contrafático e, na dimensão social de sentido, generalizar expectativas normativas, é fundamental que haja a preocupação com a legitimação das decisões que validam o Direito positivado, a despeito de não ter carga normativa.

A proposta luhmanniana (1980) reside na legitimação pelo procedimento. No procedimento judicial (programado), diante de uma frustração de uma generalizada expectativa de conduta (inobservância da norma), o juiz emite uma resposta normativa, que consiste na aplicação da sanção ou consequência prevista. No caso do procedimento legislativo (programante), em face de idêntica frustração, cabe uma resposta cognitiva, e com isso uma mudança de programa (modificação normativa) ou ênfase nos mecanismos vinculantes.

A legitimidade, afirmou Luhmann (1980, p. 30), está na "disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância", o que torna efetiva a função do sistema jurídico de implementação fática do direito. E o mecanismo utilizado para tal mister é o procedimento adrede concebido que contemple os atributos procedimentais para possibilitar a institucionalização do direito na dimensão social de sentido e a consequente generalização das expectativas normativas.³⁶

Principalmente no campo da concreção dos direitos sociais, mister que implementa, no Estado Democrático de Direito, mediado pela ação das estruturas do sistema judicial (*via-a-vis* o fenômeno da judicialização da política), o procedimento somente terá função legitimante na medida em que as estruturas comunicativas do processo possibilitem que cada posição divergente deduza e defenda, democraticamente, a parcela de razão que lhe cabe por meio de uma dialética dirigida ao consenso.

O papel definido pelo Direito a tais estruturas mediadoras é essencial, atuando como mecanismo neutralizador das contingências das ações individuais ou como imunizador contra as decepções inevitáveis, inclusive quanto às decisões de conteúdo incerto, a partir da crença (simbólica: uma ilusão funcionalmente necessária) na legalidade das ordens estabelecidas.

Em outras palavras, a função do procedimento é assegurar que haverá uma decisão cujos contornos são indefinidos, o que justifica, no processo particular, a participação efetiva

³⁴ Consultar Luhmann (1980)

³⁵ Teubner (2000) atenua a lógica sistêmica de fechamento operacional sem abrir mão da autorreferência do Direito, ampliando a ideia de reflexividade e introduzindo as de materialidade e responsividade.

³⁶ Ver, sobre o tema, Luhmann (1980), Filho (2006).

dos conflitantes na solução a ser encontrada, garantindo, por um lado, a sua aceitação, e, por outro, a conexão com a realidade prática.

Nos procedimentos judiciais, a organização institucional e as funções latentes, devidamente estruturadas no sentido de garantir comunicativamente a proteção jurídica, controlam as decisões da burocracia nos casos particulares e garantem o domínio do Direito, valendo-se tanto do consenso como da coação.³⁷

A institucionalização do Direito na dimensão social de sentido e a generalização das expectativas normativas, tarefa do sistema jurídico no plano material, corresponde à concretude ou sensibilidade social que se deve conferir ao discurso dos direitos. Embora isso somente seja factível na medida em que procedimentalmente pré-exista a possibilidade e a oportunidade da ampla participação de todos os destinatários das decisões judiciais nos processos decisórios, pensa-se, a despeito da posição de Luhmann e Habermas, que o procedimento, embora imprescindível, não é suficiente.³⁸

O procedimento institucionalizado a partir da evolução das estruturas do sistema reduz apenas em parte a complexidade do ambiente (prolixidade de possibilidades existentes), ficando o papel mais relevante para as decisões seletivas dos participantes do processo.

Por isso, e concluindo, é fundamental a participação qualitativa, enquanto garantia de uma perfeita sintonia entre sociedade e direito, a partir do reconhecimento de que não se pode mais, para a solução de conflitos, recorrer a receitas abstratas, previamente elaboradas à moda positivista. A autocomposição coloca-se assim como vetor de legitimidade para a Justiça. Permite a participação (procedimentalmente) e exerce um papel importante no plano da efetivação dos direitos fundamentais (substancialmente), materializando o duplo fundamento de legitimação que antes se mencionou.

2.8 O NOVO PAPEL DAS ESCOLAS DE DIREITO: FORMAR PROFISSIONAIS PREPARADOS ÀS SOLUÇÕES CONSENSUAIS

A questão epistemológica do direito é discutida na quarta onda de reformas da Justiça. Nela, abre-se o espaço dentro das academias para o questionamento do profissional do

³⁷ Todo o esforço do NCPC e da nova Lei de Mediação é no sentido de institucinalizar *procedimentos* que possibilitem a ampla participação dos interessados no processo de solução dos conflitos de interesse.

³⁸ Ferraz Jr. (2006, 173-174) critica a natural limitação da ideia de legitimidade em Luhmann, que reduz a legitimidade a procedimentos decisórios, na medida em que bastam as regras de procedimento legal com premissas legitimadoras. “Isto faz com que Luhmann conceba a legitimidade das normas como uma ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser posta a descoberto, sob pena de abalar-se a própria crença na legalidade”.

direito, sua formação e habilidades para as mudanças preconizadas nas três anteriores ondas de Cappelletti e Garth (1988). Questiona-se se estará o profissional do Direito hoje formado apto para enfrentar o deslocamento da lógica da justiça por substituição (adjudicação) para a lógica da negociação, que pressupõe ampla participação e conhecimento técnico? Os currículos universitários correspondem a uma boa formação dialética e discursiva?

Economides (1999), que também participou com Cappelletti do Projeto de Acesso à Justiça de Florença, enxerga nessa quarta e última onda do movimento de acesso à justiça, a tematização do acesso dos operadores do direito (e dos que trabalham no sistema judicial) à justiça. Essa quarta onda, segundo ele, evidencia: “as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico” (ECONOMIDES, 1999, p.72).

O pressuposto para o sucesso de qualquer avanço na abertura do discurso do Direito e da Justiça para a autocomposição passa por uma profunda transformação cultural e científica. O problema da consensualidade e da autocomposição na Justiça (e fora dela) está relacionado com o modelo científico e epistemológico predominante na cultura jurídica.

A dogmática jurídica, enquanto saber autônomo e autossuficiente, encontrando explicação em si mesma, dispensa a recursividade a elementos extranormativos. O senso comum teórico dos juristas, afirmando o caráter inquestionável e soberano do Direito, conflita com uma nova epistemologia que questiona o conhecimento pronto e acabado e não se compadece com verdades absolutas. Para Rocha (2005, p. 153),

postular, desta forma, neste contexto, um conhecimento sistemático e objetivo do direito nada mais é do que tentar ocultar as suas reais funções sociais. Assim, no saber jurídico dominante, a maior parte das análises produzidas prefere não assinalar as dimensões sociais dos diferentes discursos do Direito, bem como o seu papel como um dos elementos constituintes das relações sociais capitalistas.³⁹

A questão do ensino jurídico como pressuposto de uma mudança cultural da maneira de pensar o Direito e a Justiça depende, portanto, bem disse Rocha (2005, p. 172), “de três aspectos indissociáveis: racionalidade institucional, reforma epistemológica e conjuntura política”.

Os principais atores do sistema de justiça (juízes e advogados) aprendem a pensar o conflito de maneira destrutiva. Deixam à margem a possibilidade compositiva fora do âmbito

³⁹ A propósito da crítica do ensino do Direito e cultura política, consultar Leonel Rocha na sua obra *Epistemologia Jurídica e Democracia* (2005, p. 163-172).

da autoridade estatal. Olvidam a autonomia das partes para encontrar a melhor solução e incentivam a polarização e a disputa em torno do direito, e não a repartição.

As partes, produto de uma sociedade conflituosa, abrem mão da possibilidade de resolverem seus conflitos sem a participação ativa do Estado-Juiz. É o problema da baixa densidade de cidadania que decorreu do apogeu do Estado Social, da crença no fetiche do Estado como único detentor do poder e da capacidade de resolver os conflitos sociais, suprimindo e esmagando a capacidade, a autonomia e a autodeterminação dos sujeitos de direito, mormente em países latino-americanos com tradição de enormes desigualdades sociais.

Os juízes, do alto do monopólio da jurisdição, não têm o perfil conciliatório. Forçados para decidir, não conseguem enxergar o direito e a justiça fora da estatalidade e da normatividade, sem a força da espada e a violência da coerção. Fogem da oralidade e da possibilidade de serem substituídos em sua hegemonia decisória pela vontade e autonomia das partes.

As Escolas de Direito deveriam desempenhar um papel fundamental na promoção da consensualidade para solução dos conflitos, interferindo positivamente na formação científica pacificadora dos citados atores judiciais. No Brasil, no entanto, bem lembrou Bacellar (2011, p. 31),

as escolas de direito praticam um ensino jurídico moldado pelo sistema da contradição (dialética) que forma guerreiros, profissionais combativos e treinados para a guerra, para a batalha, em torno de uma lide, onde duas forças opostas lutam entre si e só pode levar a um vencedor. Todo caso tem dois lados polarizados. Quando um ganha o outro tem de perder.

Pouco se tem investido na formação de profissionais do Direito vocacionados para a cultura do acordo. Os currículos das Escolas de Direito dedicam carga horária mínima para a capacitação em ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Os professores, na sua grande maioria, forçados na cultura do litígio e contaminados por uma tradição processual que incentiva a solução adjudicada, transmitem um conhecimento que ensina a ganhar a demanda e não a solucionar o conflito. Novas teorias do conflito e de sua gestão adequada e democrática e técnicas negociais de pacificação social sob um enfoque multidisciplinar são matérias sobre as quais deveriam se debruçar os futuros profissionais do direito antes de ingressar no mercado, como condição mesmo para que possam interferir positivamente no sentido de uma integração mais aderente entre sociedade, direito e economia pela via autocompositiva.

Campilongo (2011a, p. 32-33), sustentando a ideia de um multiprofissionalismo, explica que os serviços legais tradicionais, exatamente por seu apego às estratégias forenses, são formados por equipes profissionais saídos exclusivamente das faculdades de direito.

A questão política, econômica ou social eventualmente conexa com a atividade jurídica fica eclipsada pelo tratamento formalista dado aos casos. O currículo das escolas de direito apenas reproduz, em escala ampliada, quadros incapazes ou desinteressados em perceber criticamente esse obscurecimento da dimensão extralegal.⁴⁰

Qualquer programa que aspire ser inclusivo dos mecanismos alternativos de solução dos conflitos precisa integrar, além das Escolas de Direito (local do conhecimento) e o Poder Judiciário (palco da experiência mediadora e conciliatória), as variáveis políticas, sociais e econômicas.

Considerando que a formação acadêmica dos operadores do Direito constitui o grande obstáculo ao uso mais intenso dos meios alternativos de resolução de conflitos, na medida em que o modelo de ensino em todas as Faculdades de Direito do país enfatiza a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses por meio do processo judicial, faz-se curial, para essa transformação, uma virada relevante no papel das universidades, que devem assumir e desempenhar a responsabilidade fundamental na formação e capacitação de profissionais teoricamente competentes e preparados também para a solução consensual dos conflitos.

A bem da verdade, a cultura de paz deveria constituir o currículo de escolas desde o ensino básico. Nossas crianças deveriam ter aulas de mediação desde tenra idade. Fatidicamente, as iniciativas de mediação, a despeito de seus objetivos arrojados de transformação sociojurídica, parecem intervir tardiamente na cadeia de apreensão e compreensão do direito, o que dificulta ou mesmo impossibilita mudanças mais tangíveis, afirmou Nicácio (2012, p. 277-278).

Ademais, a abordagem falha porque o enfoque é baseado, sobretudo, na “resolução” de conflitos, que, embora predominante, afigura-se restritiva e não contempla outras possibilidades de atuação igualmente abertas pela mediação. Uma dessas vias seria o uso da mediação como instrumento de socialização jurídica, “contribuindo não somente para uma mudança quanto à forma de resolver conflitos, mas, de modo mais englobante, também para a

⁴⁰ Para Campilongo (2011a, p. 34), nos sistemas alternativos de regulação de conflitos, o que interessa não é a perspectiva do advogado habilitado a resolver conflitos interindividuais num tribunal, mas sim a perspectiva do usuário – indivíduo ou grupo – do serviço. O impacto social da atuação dos serviços legais passa, então, a ser um dado fundamental.

reconfiguração da relação de indivíduos e grupos com o próprio ‘direito’” (NICÁCIO, 2012, p. 277).⁴¹

Se a autocomposição precisa ser conduzida por profissionais previamente qualificados e com sólida formação humanística, parece sintomático que toda a Faculdade de Direito deveria fazer constar de sua grade curricular, não apenas com caráter facultativo, mas obrigatório, disciplinas específicas de mediação, conciliação e arbitragem de conflitos com a amplitude de abordagem que permita a capacitação multidisciplinar de tais profissionais.

Também os escritórios-modelo deveriam incluir um período de estágio necessário em que o acadêmico pudesse colocar em prática seus conhecimentos teóricos. A propósito, seria importante que a Justiça firmasse convênios com as Escolas de Direito para que seus alunos pudessem receber formação e atuar junto aos centros de conciliação e mediação judiciais, como voluntários ou mediante remuneração.

2.9 O PAPEL ATIVO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO NO INCENTIVO À SOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA DE CONFLITOS

As tendências para a reapropriação da Justiça pelos cidadãos e pelos movimentos que os representam devem ser acompanhadas, sustentadas e encorajadas pelos profissionais do direito, sobretudo pelo trabalho dos advogados “que podem usar os seus talentos e os recursos à sua disposição para atingirem objetivos políticos e sociais no sentido de promover a sua causa mais que para garantir a função tradicional de representação dos interesses dos seus clientes” (COMMAILLE, 2009, p. 107).

Esta influência específica dos profissionais do Direito manifesta-se igualmente no quadro de um movimento que Commaille (2009, p. 107) nominou de *political lawyering*, no qual os advogados contribuem para a promoção do liberalismo político, isto é, uma transformação do Direito e do Estado, em defesa dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos em face do Estado. No mesmo sentido, Nonet e Selznick (2010, p. 44), no seu *direito responsivo*, referem o movimento chamado *social advocacy* nos EUA, “a iniciativa de operadores do Direito de disponibilizar seus serviços para a defesa de interesses e direitos de setores sociais desprivilegiados”.

Por isso, na projeção de Arnaud (1999, p. 20),

⁴¹ Para maior aprofundamento, inclusive reportando inúmeras experiências pedagógicas universitárias no Brasil, na França e nos EUA, sobre ações de formação no campo da mediação, o que chama de “transformação da pirâmide em rede”, ver Nicácio (2012), elucidativo texto sobre *A mediação diante da reconfiguração do ensino e da prática do direito*.

o escritório de advocacia vai se tornar – se ele ainda não o é – um dos locais em que os operadores do direito virão sistematicamente projetar suas ações antes mesmo de empreendê-las, e de solucionar amigavelmente os assuntos contenciosos entre as partes cada vez mais dispostas a transigir, e cada vez menos dispostas a transitar pelas vias ‘normais’ judiciárias ou administrativas das resoluções dos conflitos.

Os advogados são formados em um processo de transmissão de conhecimentos, sem que tenham a oportunidade de tomar consciência de que suas vidas profissionais transcorrem confinadas a um modelo de método de gestão e resolução dos conflitos que valoriza o litigante e o litígio. A cultura jurídica é estimuladora dos litígios. Os advogados não são formados para a pacificação, mas para combater no palco das chicanas em que se converteu o processo jurisdicional.

A tônica das soluções consensuais, que deverá nortear as atividades do Poder Judiciário neste início de milênio, parece ampliar o espectro das atribuições dos advogados. Acresce-se às hoje desempenhadas, na defesa do direito e enquanto atividade essencial à administração da justiça, a orientação infra e endoprocessual para a solução consensual, que constitui um trabalho imprescindível e relevante, sobretudo com vistas a possibilitar que o cliente retire o máximo de proveito das negociações.⁴²

Os advogados, alguns intransigentes e refratários à ideia de solução consensual, precisam compreender que todos ganham quando se consegue evitar a judicialização do conflito (função primeira do advogado). Não sendo isso possível, quando se busca a solução do conflito judicializado pela via autocompositiva. Nunca se pode colocar o interesse próprio (do advogado) acima do interesse do cliente (parte).

A profusão de profissionais, premidos pela necessidade de um espaço de sobrevivência no mercado de trabalho, faz com que soçobre qualquer preocupação com a solução pacífica do conflito. Mas não percebem os advogados que a pacificação do conflito pela consensualidade pode representar um adiantamento no tempo da sua justa remuneração, sobretudo quando se sabe que a crise do Judiciário impede a pronta resposta jurisdicional. Abre-se, por assim dizer, um novo mercado de trabalho, uma nova frente que pode ser ainda mais rentável e menos trabalhosa.⁴³

⁴² “Com a mudança de paradigma e a incorporação dos meios consensuais no dia a dia do advogado, uma preocupação diz respeito ao empoderamento do cliente: ele deve ter sido educado por seu advogado nas técnicas de negociação e mediação a fim de poder, assessorado pelo advogado, mas também dispendo de autonomia, atuar da melhor forma possível na abordagem consensual do conflito” (TARTUCE, 2013, p. 13).

⁴³ Tartuce (2013, p. 15) enfoca a possibilidade de retribuição imediata: “A percepção imediata e célere dos honorários por sua remuneração na preparação e no assessoramento durante as sessões consensuais por certo atende a interesses econômicos dos advogados. Além disso, a cobrança pode ser diversa quando da atuação técnica para tornar o acordo um título executivo (extrajudicial ou mesmo judicial). Em menos tempo e com

É claro que esta nova “frente de trabalho” demanda capacitação. Nenhum advogado deve tomar lugar em uma mesa de negociação sem a devida preparação. A cultura do acordo e da consensualidade exige do profissional advogado, assim como do juiz e do conciliador, outros apanágios que não se limitam ao mero conhecimento do direito.

O advogado precisa adaptar-se a uma nova performance que já não se interessa apenas pelo convencimento segundo argumentos jurídicos, nem pela disputa de espaço que se obtém desacreditando a tese oposta, senão que, muito mais pelo diálogo construtivo e pelas técnicas de convencimento amigáveis que tendem a substituir as estratégias adversariais de litigar, pressuposto para o diálogo, o consenso e a conciliação.

O advogado especialista em ADR precisa estar preparado para buscar a melhor solução (o melhor acordo, pode-se dizer) para o seu cliente, e este desiderato nem sempre depende do campo exclusivamente normativo, estando jungido também à sua criatividade e capacitação, tanto para desenhar um cenário que tenha relevância para a sua pretensão, como para argumentar e convencer o cliente e o outro lado do conflito.⁴⁴

Em conclusão, pode-se afirmar que o profissional do Direito assume importância capital para a solução pacífica dos conflitos sociais. Sua presença se torna mais efetiva quando atua também como terceiro colaborador, facilitador das comunicações, ainda que represente uma das partes, desde uma relação independente ou sob subordinação laboral. A posição do advogado e o prestígio que sua profissão goza no seio da sociedade, compondo uma elite estratégica, lhe confere um certo grau de independência para comunicar-se com a parte adversária a fim de reduzir o nível de ameaça, ensejando maior confiança e facilitando a procura de propostas viáveis e amigáveis por meio de uma comunicação intermediária que as partes muitas vezes não podem alcançar pelo diálogo direto.

atividades mais interessantes poderão o advogado e seu cliente aferir ganhos em todos os sentidos a partir de uma produtiva abordagem consensual das controvérsias”.

⁴⁴ “Convencido sobre ser a via consensual a mais apropriada para o enfrentamento de certas controvérsias, o advogado precisa obter a adesão do cliente ao método autocompositivo, o que nem sempre é fácil...” (TARTUCE, 2013, p. 9).

3. A DECADÊNCIA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E A HIPERJUDICIARIZAÇÃO DE CONFLITOS

Neste capítulo, depois de realçado o estado da arte das instituições Estado, Direito e Justiça no cenário globalizado da contemporaneidade, mostrando suas transformações, centra-se a atenção sobre o tema correlato do Estado do Bem-Estar Social e suas crises (política, ideológica, filosófica, financeira e demográfica), com o propósito de evidenciar que tais crises funcionam como molas propulsoras do fenômeno da judicialização dos direitos sociais.

O Estado do Bem-Estar Social, hoje se despedindo, além da materialização do direito, não conseguiu cumprir seu papel social sem incentivar a burocratização e a individualização, fatores determinantes da litigância exacerbada contra o Poder Público, que deságua na Justiça Federal e principalmente no JEF. Que contributos são esses? Que respostas pode dar o sistema de Justiça?

A judicialização dos conflitos sociais e a politização da jurisdição, fenômenos que escancaram a crise de representação política, encerram uma conexão paradoxal entre jurisdição e democratização. Ocupando espaço na arena política, a justiça precisa ser mais democrática do que a própria política.

A legitimação do sistema jurídico pelo procedimento pressupõe a efetiva participação dos litigantes no desenho da solução dos conflitos e está condicionada a resultados em dimensão substancial no plano dos direitos fundamentais.

3.1 AS CRISES DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: IMPULSO À LITIGÂNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO POR PRESTAÇÕES SOCIAIS

O fenômeno da judicialização em face do Poder Público, que torna insuportável a carga de trabalho do JEF, tem uma explicação complexa demandando análises sociológicas, políticas, econômicas e jurídicas. Vai-se tentar inter-relacionar essas esferas para chegar a um diagnóstico mais preciso da questão da litigiosidade crescente tendo como objeto prestações sociais a cargo do Estado.

O Estado de Bem-Estar Social, em sua complexidade, depois de ter acenado com a possibilidade de garantir a segurança ideal por todos almejada, sob os rótulos sedutores de cidadania e democratização, verificando ser vã a sua pretensão num mundo capitalista, optou por reduzir seu alcance protetivo. O abandono das promessas desenvolvimentistas da modernidade, no entanto, depois de criada a ilusão de segurança social, gera decepções,

principalmente porque, desdenhadas pelo capitalismo e sua perversa ideologia individualista e acumuladora que não conhece as palavras solidariedade e fraternidade, as pessoas não têm mais a quem recorrer para a satisfação de suas necessidades contingenciais, cada vez mais aguçadas pelo próprio capitalismo e seus irresistíveis apelos consumistas.⁴⁵

A despeito de surgir articulado com o mercado, melhor dizendo, por concessão e conveniência do liberalismo utilitarista,⁴⁶ as soluções apresentadas pelo Estado do Bem-Estar Social e seu aparato burocrático foram paliativas e, logo adiante, acabaram por esbarrar nas próprias leis do mercado, além do seu manequim paquidérmico. Mas, como bem observa Bolzan de Moraes (2011, p. 42),

apesar das crises que se abatem sobre ele, o Estado do Bem-Estar Social ainda permanece, mormente na periferia dos Estados em desenvolvimento, como, talvez, a única ou, se não isso, a grande alternativa ao lado, para uma tentativa de investir na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A crise multifacetada que assola o Estado do Bem-Estar Social, que se despe da responsabilidade de prover o bem-estar, deixando o encargo para a iniciativa privada (quer dizer, para as forças capitalistas), transforma os serviços públicos até então cobertos pelo Estado (seguridade social – saúde, assistência e previdência social – e segurança pública, principalmente), em produtos colocados no mercado, disponíveis a quem possa pagar. Fica para o Estado apenas a filantropia e o mínimo existencial.

O problema da litigiosidade intensa no Juizado Especial Federal está intimamente ligado à crise complexa do Estado de Bem-Estar Social. É possível identificar, com Rosanvallon (1998), Chevallier (2009) e Bolzan de Moraes (2011), quatro grandes crises que os Estados Sociais enfrentam – uns mais, outros menos (não há crises subjetivamente e objetivamente lineares) –, a saber: a crise política, a crise ideológica, a crise filosófica e a crise financeira. Dentro desta vai-se encontrar a crise da transição demográfica. Enlaçadas, essas crises determinam a retração do Estado do Bem-Estar Social.⁴⁷

⁴⁵ Nas palavras de Supiot (2014, p. 94-95): “Esmagado sob o peso de inumeráveis missões que lhe competem, o Estado-Providência tende, atualmente, a reduzir cada vez mais o número das que ele assume diretamente, para confiar à gestão dos operadores privados as outras, que ele coloca sob o controle de autoridades independentes instituídas e nomeadas por ele”.

⁴⁶ Ver, sobre o tema, Avelãs Nunes (2011) e Supiot (2014).

⁴⁷ Acerca da crise do Estado, dentre outros: Gentili, *Que Estado para que democracia?* (1999); Habermas, *A constelação pós-nacional* (2001); Barr, *The Welfare State as Piggy Bank: Information, Risk, Uncertainty, at the Role of the State* (2003); Luhmann *Teoría política en el Estado de Bienestar* (2007); García-Pelayo, *As Transformações do Estado Contemporâneo* (2009); Chomsky, *Estados Fracassados: abuso do poder e o ataque à democracia* (2009); Sorensen, *La transformación del Estado: Más allá del mito del despliegue* (2010); Chevallier, *o Estado Pós-Moderno* (2009); Bolzan de Moraes, *As crises do estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos* (2011); Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá...*

3.1.1 A crise política

O debate acerca do Estado de Bem-Estar Social é hoje, no mundo, um confronto político e ideológico entre o liberalismo e o socialismo e, muito mais, circunstancial entre direita e esquerda. As esquerdas defendem o Estado Social, as direitas, o eficientismo realista. Se os homens da esquerda assumem o poder, muda também o discurso, e os antigos direitistas da mesma forma amoldam suas ideologias, num verdadeiro *new look*, quando deixam o poder. Os sociais-democratas e mesmo os mais radicais socialistas mostraram isso ao longo da história. O Brasil é um exemplo dessa “síndrome de camaleão”.

No limite desta tese, fico apenas na referência das principais características da chamada crise de organização política do Estado de Bem-Estar Social: (1) a tendência política de retração dos Estados capitalistas avançados e tardios quanto aos direitos sociais (crise das políticas sociais); (2) a relativização poder político dos Estados como consequência da construção, no mundo cosmopolita, de uma ordem jurídico-social-econômica supranacional (crise da soberania); (3) a crise do direito como instrumento do Poder Estatal e da política (crise política do direito e da Constituição); (4) a desvinculação entre sociedade e política com a degeneração da democracia representativa (crise democrática); (5) a substituição da política pela racionalidade econômica (crise da política diante do economicismo); (6) a escassa concretude dos direitos fundamentais sociais contemplados na ordem normativa (crise das políticas públicas), e (7) a politização da justiça e judicialização da política, fenômenos (faces da mesma moeda) que refletem o deslocamento do eixo política – legislativo/executivo para o eixo política/judiciário (crise das funções políticas estatais).⁴⁸

3.1.2 A crise ideológica

A crise ideológica, iniciada nos anos 80, consubstancia-se na desconfiança generalizada acerca da capacidade gerencial do Estado Providência: “suspeita de que o Estado empresário não administra eficazmente os problemas sociais”, no dizer de Rosanvallon (1998, p. 24), para quem há “dúvida a respeito de um instrumental cada vez mais opaco e crescentemente burocratizado, que prejudica a sua finalidade e provoca uma crise de legitimidade” (1998, p. 24). Chevallier (2009, p. 190-196) fala de uma “crise da

Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social (2011); Hobsbawn, *Como mudar o mundo* (2011); Streck, *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático* (2013); Burgaya, *El Estado de bienestar y sus detractores* (2013); Supiot, *Homo Juridicus* (2007) e *O Espírito de Filadélfia* (2014) e Piketty, *O Capital no Século XXI* (2014) e *A Economia da Desigualdade* (2015).

⁴⁸ Análise mais acurada em Vaz (2014d) sobre os *Paradoxos e Utopias do Estado do Bem-Estar Social*.

representação”, que se caracteriza pelo questionamento da própria legitimidade interventiva do Estado ("crise de desconfiança"), cuja performance tem evidenciado, ao longo do tempo, opressão, redução das liberdades individuais, assistencialismo, irresponsabilidade, desorganização dos mecanismos de mercado e, sobretudo, não atingimento dos objetivos de redução das injustiças e desigualdades ("crise de eficiência").

Marcada pelo déficit de legitimação, a crise ideológica nutre-se, principalmente, do embate entre a lógica política democrática e a lógica tecnoburocrata. Emerge da incapacidade do Estado Social, em sua funcionalidade, diante do aumento e complexificação das expectativas sociais, de encontrar fórmulas para responder a tais pretensões a partir da constituição de um corpo técnico-burocrático a quem incumbe elaborar as estratégias de atendimento das demandas (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 46).

3.1.3 A crise filosófica

A crise filosófica é quiçá a de mais difícil solução, pois abala a própria ideia de Estado do Bem-Estar Social, o seu DNA, a sua identidade, os seus fundamentos filosóficos, o seu discurso, a sua racionalidade, o seu papel na sociedade contemporânea e os próprios critérios que devem nortear a interpretação/aplicação das regras de direitos sociais.

Como refere Bolzan de Moraes (2011, p. 47-49), a crise filosófica atinge os fundamentos sobre os quais se construiu o modelo de Estado do Bem-Estar Social, ensejando a desagregação de sua base que é a solidariedade coletiva, enfraquecendo o conteúdo tradicional dos direitos sociais e levando à construção insuficiente de estratégias e políticas públicas para a sua implementação. Isso gera a incapacidade de implantar o projeto antropológico que lhe confere o sentido – agentes dotados de uma compreensão coletiva –, resultando a transformação de indivíduos em meros clientes da Administração.

Para Rosanvallon, a crise filosófica, iniciada na década de 90, apresenta, entre os seus principais problemas, a desintegração dos princípios de solidariedade e o fracasso da concepção tradicional de direitos sociais (1998, p. 25).

Sob o rótulo de *nova questão social*, Rosanvallon avia uma crítica à relação entre seguro e solidariedade (1998, p. 76/77), sugerindo um papel menos central para o seguro social (crise do paradigma securitário) e a migração para um sistema de solidariedade (custeio pela reforma fiscal e aumento da carga fiscal). O problema reside, diz, na universalidade⁴⁹

⁴⁹ Por universalidade de cobertura e atendimento, entende-se que a proteção social deve alcançar a todos os eventos que possam ameaçar a subsistência de quem necessite. No Brasil está enumerada como um dos princípios vetores da seguridade social (art. 194 da CR).

como uma regra geral de assistência uniforme (1998, p. 168).⁵⁰ A transformação do Estado Providência em um “Estado de Serviços”, baseado em ajudas diferenciadas, solidárias e individualizadas, seria a solução. O modelo centralizado típico do Estado Providência, incentivando o individualismo, é dizer, o culto ao dualismo polarizado estatismo/privatismo, suprimiu as instâncias mediadoras das relações entre os indivíduos e o Estado. Isso torna impossível o diálogo sociedade/Estado numa sociedade cada vez mais pluralista.

Rosanvallon (1998, p. 39), a modo de solucionar o déficit de mediação, defende um novo pacto de solidariedade social, a partir da criação de instâncias específicas nas quais os indivíduos possam se reunir em grupos de interesses para levar as demandas sociais ao Estado, exercitando um modelo de democracia participativa que conferirá maior visibilidade social aos seus pleitos, com reflexo positivo na redução das desigualdades, sem a fixação de um objetivo gerador de identidade.

3.1.4 A crise financeira

A crise financeira é a mais antiga e seu agravamento remonta aos anos 70. O crescimento demográfico, a ampliação dos direitos sociais e a recessão econômica (redução da produção e crescimento da pobreza e do desemprego) constituem a fórmula para a escassez de recursos do Estado Social para atender aos seus projetos de ampliação e efetivação dos direitos sociais. O desequilíbrio entre receita e despesa que os Estados, sem muita criatividade, necessitam financiar com a elevação da carga fiscal (aumento de impostos e contribuições sociais) constitui um desafio atuarial de difícil solução. Comum a quase todos os países industrializados, tendo começado pelos em desenvolvimento e se espalhado entre os países desenvolvidos, a crise financeira se generalizou e passou a definir as limitações nas políticas sociais e as consequentes tendências de enxugamento do Estado Social.

O que se deseja pontuar, sem embargo, é o fato de a crise financeira representar muito mais um discurso neoliberal que se iniciou com o tatcherismo, na Inglaterra, do que propriamente uma realidade. Um discurso que se interpõe, em contraposição ao alcance do Estado Social, como: (1) uma tendência de mercantilização dos direitos sociais, agora transformados em bens e serviços entregues à iniciativa privada; (2) um artificial desequilíbrio entre mercado e Estado: endeusamento do mercado e satanização do Estado,

⁵⁰ Ferrajoli (1999, p. 112), ao contrário, no modelo constitucional italiano, defende a universalização da assistência social, estendendo-se a todos o direito ao benefício mínimo de manutenção e assistência social, desvinculando-o do estado de necessidade derivado da incapacidade para o trabalho, o que equivaleria ao reconhecimento da ruptura, já irreversível, do tradicional nexos entre desenvolvimento produtivo, emprego, capacidade profissional e subsistência.

associado ao mau e ao ineficiente; (3) a manipulação do ideário popular com o objetivo de criar um senso comum que confere legitimidade às escolhas políticas de cunho econômico e social (manipulação do consenso democrático); (4) o convencimento das elites políticas capitalistas sobre as vantagens do seu programa de desmonte do Estado Social e indiferença diante do aumento das desigualdades econômicas e enfraquecimento das instituições democráticas como resultado de retrações dissimuladas em supostas e indispensáveis metas sociais da pós-modernidade não diretamente vinculadas ao capitalismo.

Com a crise do capitalismo do final da última década, as medidas governamentais adotadas na operação de salvamento do sistema financeiro global marcaram o retorno forte da intervenção estatal na economia, agora para aplacar uma crise que ameaçava a economia mundial. Paradoxalmente, o Estado foi chamado para restabelecer a ordem econômica e, nessa medida, o apelido *Estado Maqueiro* (Chevallier) é irrecusável. Beck (2013, p. 24) notou este paradoxo:

Quem teria pensado, ainda há poucos anos, que precisamente os bancos que outrora protestavam veementemente contra qualquer intervenção estatal pediriam ajuda aos Estados endividados, e que estes Estados disponibilizariam realmente montantes astronômicos?

É importante correlacionar a crise do sistema financeiro global com a crise financeira do Estado Social, isto é, a relação da face capitalista do Estado com a sua face social (Estado do Bem-Estar Social). Depois de irrompida a crise nos EUA, seus efeitos chegaram à economia europeia, que não foi atingida de forma linear: Grécia, Espanha, Itália e Portugal estão a sofrer os maiores abalos; Alemanha e França gozam hoje de melhor saúde financeira. A chamada “crise do euro” repercutiu em profunda recessão econômica e imediata massificação do desemprego. A UE e o FMI (Fundo Monetário Internacional) aplicaram, na delicada operação de salvamento, suas cartilhas de medidas de austeridade apostando em soluções que passam pela recessão econômica e pela limitação dos salários e das aposentadorias. O desmanche do Estado de Bem-Estar Social é apontado como panaceia.

Tanto na crise americana quanto na crise do euro, a solução encontrada foi, além da adoção de políticas econômicas recessivas, que geram o desemprego (problema social), o sacrifício dos direitos sociais. Quem paga a conta dos desmandos do capitalismo é o social. O elevado custo da salvação da economia mundial depois das manobras arriscadas dos

operadores do sistema financeiro global, verdadeiro cassino, recaiu sobre o Estado de Bem-Estar Social.⁵¹

A conclusão revela-se de clareza solar: houve, de rigor, dupla punição ao Estado de Bem-Estar Social. Há uma espécie de circularidade neste processo. Primeiro, porque os recursos destinados ao social foram repassados ao sistema financeiro. Isso gerou déficit, aumento pesado das despesas públicas diretamente empenhadas na operação de salvação. Depois, porque a salvação, como se disse, encontra na recessão econômica o seu fundamento, o que gera desemprego. O desemprego, por sua vez, onera o Estado de Bem-Estar Social.

Do ponto de vista econômico, a crise provocada pelo “estouro da bolha” de crédito imobiliário nos Estados Unidos em 2008 evidencia um paradoxo. Ao exigir o socorro a inúmeras instituições financeiras, ela acabou difundindo a noção equivocada de que o Estado deve sobrepor-se ao mercado como agente alocador de recursos econômicos escassos. Levada ao extremo, essa falsa ideia, no Brasil poderá ter consequências graves, pois é inegável que, quanto maior o Estado, maior o incentivo à corrupção, maiores serão as despesas com a sua burocracia e menos recursos sobrarão para os serviços sociais (fins sociais).

Avelãs Nunes (2011, p. 175-6) sintetiza esse paradoxo:

Quando os excessos do jogo levaram os grandes especuladores à beira da falência, o estado (sob a responsabilidade dos conservadores, socialistas ou sociais democratas) aparece a salvá-los da bancarrota, com o dinheiro que cobra dos contribuintes, em grande parte trabalhadores por conta de outrem. É, verdadeiramente, o estado garantidor, o estado que garante os interesses da pequena elite do grande capital financeiro.^{52 53}

Apesar da crise – e agora, paradoxalmente, em razão da crise –, os dirigentes europeus continuam adotando as práticas monetaristas de culto ao combate da inflação a custo

⁵¹ Paradoxal é também o “retorno do Estado” e suas instituições, como apontou Piketty (2014, p. 460): “é que os governos e os bancos centrais dos países ricos dessa vez não deixaram o sistema financeiro ruir e aceitaram criar a liquidez necessária para evitar as cascatas de falências bancárias que nos anos 1930 conduziram o mundo à beira do abismo”. [...] Em situações de pânico financeiro total, eles desempenham um papel indispensável de prestador de última instância e são também a única instituição pública que, em caso de urgência, evita o desmoronamento completo da economia e da sociedade”.

⁵² “Se não houver uma mudança radical, a única certeza é esta: os ‘pobres do costume’ pagarão um preço mais elevado para sanar a crise de que não são responsáveis. É o que já está a acontecer, sem qualquer disfarce, na Grécia, em Portugal, na Irlanda e também na Espanha, que se contam entre os elos mais fracos da Eurolândia” (AVELÃS NUNES, 2011, p. 218).

⁵³ Segundo este autor, a Organização de Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE) calcula que, em todo mundo, foram mobilizados, nessa cruzada salvadora, 11,4 mil milhões de dólares, o que equivale a dizer que cada habitante do planeta contribuiu com 1,676 dólares para salvar da bancarrota aqueles que utilizam a poupança coletiva para jogar na roleta dos *jogos da bolsa* e em outros jogos, à margem da economia real à custa dela e mesmo à margem da lei.

do desemprego e da recessão. A solução da crise “exige sacrifícios humanos para apaziguar a cólera dos deuses invisíveis (mas bem conhecidos)” (Paul Krugman).

O fato é que a crise financeira determinou uma retração sem precedentes no nível das prestações sociais devidas pelo Estado.⁵⁴ As reformas nos parâmetros de seguridade social ocorridas nesses dez últimos anos no Brasil, que encerram uma forte conotação utilitarista, não levaram em conta a segurança jurídica e apertaram os requisitos para a concessão de benefícios sociais, reduzindo o nível de proteção social dos indivíduos e deflagrando uma nova corrida ao Poder Judiciário.⁵⁵

3.1.5 A crise demográfica

Agravando a crise financeira, a transição demográfica ameaça o futuro da Seguridade Social, a função mais importante do Estado de Bem-Estar Social brasileiro.

O crescimento demográfico da humanidade é objeto de preocupação desde que Malthus prognosticou que a humanidade cresceria em progressão geométrica enquanto os meios de subsistência em progressão aritmética. Pois esse fantasma, que parecia sepultado, nos albores deste novo milênio volta a assustar quando se constata que a população mundial, em 50 anos, passou de 3 bilhões para 7.2 bilhões e chegará a 8.1 bilhões em 2025 e a 9.6 bilhões em 2050.

A transição demográfica é um dos fenômenos estruturais que ameaça os Estados Sociais desde a segunda metade do século passado. Embora tenha uma conotação universal, recebendo influxo das condições históricas dos diferentes países e regiões, ela se manifesta de maneiras não lineares e assimétricas. Há uma tendência de ocorrer de forma diferente nos países desenvolvidos, nos países em desenvolvimento e no chamado terceiro mundo.

O que há hoje de relevante na crise financeira do Estado Social é justamente esse fenômeno que afeta mais drasticamente alguns países da Europa: o desequilíbrio na pirâmide etária ou transição demográfica. Houve um considerável aumento da expectativa de vida dos indivíduos em detrimento das taxas de natalidade. Alguns países europeus sofreram uma redução drástica na População em Idade Ativa (PIA) – composta por pessoas de 16 a 64 anos

⁵⁴ O Brasil, desde os anos 90, vem aprovando emendas à sua Constituição para limitar direitos sociais com requisitos constitucionalizados, especialmente limitando as aposentadorias. No plano da lei ordinária, foram várias as limitações a benefícios previdenciários do Regime Geral. Já não mais se opera o esfacelamento do Estado do Bem-Estar Social em doses homeopáticas, mas em um ritmo alucinante, fazendo supor que, em 50 anos, a Seguridade Social estará nas mãos da iniciativa privada, acessível apenas a quem possa pagar pelos seus serviços, restando ao Estado apenas alguma atuação marginal, quase filantrópica.

⁵⁵ Com análise crítica da crise financeira do Bem-Estar Social e suas consequências, consultar Vaz, *Paradoxos e utopias do Estado Social* (2014d).

– e um aumento considerável na população economicamente inativa (idosos com idade acima de 65 anos), da qual se ocupa mais de perto o Estado Providência. Esse desequilíbrio afeta diretamente a relação receita pública/despesas sociais. Resulta em uma espécie de geração sacrificada (dos 20 aos 45 anos), que, estando economicamente ativa no sistema de seguro social, culmina por pagar a conta da antecessora. A contribuição dos jovens custeia o serviço prestado aos idosos.

As razões de dependência demográfica partem do pressuposto de que a população jovem, de 0 a 14 anos, e a idosa, de 65 anos a mais, podem ser consideradas dependentes da população em idade ativa, de 15 a 64 anos. Os países desenvolvidos, desde o final da Segunda Guerra Mundial, precisaram suprir parte das suas necessidades de mão de obra por meio da migração internacional. É o caso da Itália e da França, por exemplo. No presente, a população economicamente ativa é menor.

O Brasil, atualmente, assim como os tigres asiáticos, se beneficia do chamado *bônus demográfico* (menos crianças e idosos, mais jovens economicamente ativos: a pirâmide está em forma de pera). Isso deve perdurar até aproximadamente 2040, quando passará a ter uma população idosa maior, com tendência ao desequilíbrio das contas da Previdência.

A situação é cíclica e desafia sempre as políticas públicas preventivas. Por exemplo: não adianta ter uma grande população economicamente ativa, como ocorre em alguns países da América Latina, que se beneficiam do bônus demográfico e não ter políticas econômicas de geração de emprego e de controle de natalidade para prevenir problemas que certamente ocorrerão no futuro. Evidentemente haverá um aumento do quantitativo de desempregados, que, por sua vez, irá onerar o Estado Social. O interessante é que, por ser um fenômeno que não oferece surpresas, pois leva décadas para se consumir, a transição demográfica permite aos Estados planejarem, por meio de políticas públicas, o controle de seus efeitos com muita antecedência.⁵⁶

Soma-se aos desafios do Estado do Bem-Estar Social a solução do problema da “equidade intergeracional”. À ideia de redução das desigualdades, entendida geralmente como a redução imediata das disparidades de renda, de falsa simplicidade, adicionam-se, pouco a pouco, as noções de uma equidade entre as gerações, ou de uma nova equidade das possibilidades, visando à equidade das situações ao longo do tempo, e não apenas no ponto de partida, conforme anotou Rosanvallon (1998, p. 47).

⁵⁶ Cf. Brito (2008).

A originalidade da transição demográfica no Brasil está por conta do contexto histórico em que ela se insere, marcado por fortes desequilíbrios regionais e sociais. Assim, ela é única, enquanto um processo global que atinge toda a sociedade brasileira, mas, ao mesmo tempo, múltipla, pois se manifesta diferentemente segundo as diversidades regionais econômicas e sociais. Inserida e intensamente articulada nesse contexto de desenvolvimento desequilibrado, a transição demográfica não é autônoma. Ela é um processo social que não se limita aos efeitos combinados das variáveis estritamente demográficas. Pelo contrário, imersa nas profundas mudanças sociais e econômicas que têm assolado o Brasil, é, a um só tempo, causa e efeito. Com estes contornos, está longe de ser considerada neutra: paradoxalmente, tanto pode criar possibilidades demográficas que potencializem o crescimento da economia, aumentando o bem-estar social, quanto potencializar as externalidades negativas econômicas e sociais, ampliando as graves desigualdades sociais que marcam a sociedade brasileira (BRITO, 2008).

Brito (2008) adverte que haverá, nas próximas décadas, um crescimento expressivo da população brasileira em razão dos efeitos da fecundidade passada sobre a estrutura etária da população, caracterizada por uma grande proporção de mulheres em idade reprodutiva, o que favorece o crescimento populacional, a despeito dos baixos níveis de fecundidade atualmente predominantes. As projeções indicam para 2050 que o tamanho da população brasileira será de 253 milhões de habitantes.

Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou recentemente uma pesquisa alertando para a tendência de inversão do bônus demográfico. A queda da fecundidade e o aumento da expectativa de vida vêm provocando um envelhecimento acelerado da população brasileira, representado pela redução da proporção de crianças e jovens e aumento na proporção de idosos na população. O envelhecimento virá a afetar a razão de dependência da população, que é representada pela proporção entre os segmentos economicamente dependentes (abaixo de 15 e acima de 64 anos de idade) e o segmento etário potencialmente produtivo (15 a 64 anos de idade), ou seja, a parcela da população que, teoricamente, deveria ser sustentada pela parcela economicamente produtiva. Em 2013, cada grupo de 100 indivíduos em idade ativa tinha que sustentar 46 indivíduos. Este número ainda está decrescendo e vai chegar, em 2022, a 43,3. Depois, a tendência é que comece a aumentar, chegando a 66, em 2060. O percentual da população com 65 anos ou mais de idade passará de 7,4%, em 2013, para 26,8%, em 2060.⁵⁷

⁵⁷ Fonte: site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (www.ibge.gov.br/home/). Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?wiew=detalhes&id=293322>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

Notada tendência, que sequer começou a se expressar em números, deve ser o argumento ultraliberal para a restrição ainda mais ampla de direitos sociais. Paradoxalmente, porque hoje deveríamos estar nos beneficiando dos efeitos do bônus demográfico, que, para o brasileiro, pouco avanço trouxe, senão que foi desperdiçado por políticas públicas equivocadas.

A transição demográfica brasileira necessita ser compreendida e tratada dentro do nosso contexto social. A extensa pauta de mudanças sociais e econômicas que o Brasil definiu, a partir do ideário neoliberal, representa causa e efeito. Os bônus demográficos, no caso do Brasil, estão condicionados pela gravidade do quadro de exclusão social. Isso fica evidente quando se constata que a maioria da população jovem, no Brasil, é pobre e que os índices de desemprego entre jovens de 18 a 24 anos, em abril de 2015, chegou a 16,2%, conforme dados do IBGE.⁵⁸

Deve-se lembrar que os países desenvolvidos, quando estavam na fase atual da transição demográfica brasileira, tinham não apenas uma economia com crescimento sustentado, mas também um Estado do Bem-Estar Social consolidado. O Brasil, ao contrário, não tem registrado taxas satisfatórias de crescimento da sua economia, assim como se apressa em reformar seu sistema de seguridade social, que ainda se encontra a uma enorme distância da experiência dos países desenvolvidos.

O desafio crucial para as políticas públicas é de dupla contingência: projetar a situação tanto dos jovens como dos idosos. A proporção de idosos no estrato mais pobre da população tinha aumentado entre 1980 e 1991, mas teve uma grande redução entre os dois últimos censos. Por outro lado, aumentaram aqueles com renda domiciliar entre meio e um salário mínimo e, fundamentalmente, o grupo entre um e dois salários mínimos. Essas mudanças, provavelmente, devem ter sido causadas pelas políticas de transferência de renda definidas pela Constituição de 1988. Boa parte dessa parcela da população tem sido objeto de políticas de transferência de renda, como a aposentadoria rural e o Benefício de Prestação Continuada (BPC).

É fundamental, para equacionarmos a questão dos idosos, uma rigorosa política de investimentos de curto e médio prazo na população jovem pobre, com o objetivo não só de garantir sua dignidade atual, mas, sobretudo, para projetar as condições de mobilidade e definitiva inclusão social como garantia de um futuro melhor, francamente condicionado às

⁵⁸ Fonte: site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (www.ibge.gov.br/home/). Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?wiew=detalhes&id=293322>>. Acesso em: 27 ab. 2015.

possibilidades criadas pelo crescimento da economia, principalmente a geração de mais empregos e ocupações que aumentem o número de contribuintes.

É certo que o sistema de previdência social, no qual, em princípio, haveria uma contrapartida adequada da parte dos futuros beneficiários, precisa estar compatibilizado com o padrão demográfico emergente. A situação demográfica é favorável, o número de contribuintes potenciais é quase dez vezes maior do que o de idosos. A dificuldade, então, não se encontra, neste momento, nas relações intergeracionais, mas sim na maioria da População em Idade Ativa (PIA) que não contribui, gerando graves problemas para o seu financiamento.

Os últimos censos mostram uma relação entre população ocupada e população contribuinte muito desfavorável à política previdenciária: praticamente a metade dos ocupados não contribuía para a Previdência. O cenário para a definição das políticas de previdência social, em particular, e da seguridade social, em geral, não pode deixar de levar em conta quem são os idosos hoje e como o serão no futuro, do ponto de vista da sua renda. Hoje, a dimensão absoluta da população idosa, bem assim a da população em idade ativa, ainda não é tão relevante como será no futuro e, só por isso, a situação dos idosos ainda pode ser minimizada pelas políticas de transferência de renda definidas pela Constituição.

Deve-se sublinhar, novamente, que, apesar de as implicações da transição demográfica sobre o sistema previdenciário serem observáveis, elas ainda estão distantes de constituir uma das principais causas da sua crise, ao contrário da situação atual dos países desenvolvidos. Hoje em dia, enquanto se aumenta o peso relativo dos idosos, também cresce a população em idade ativa, de quem se espera – pela produção, poupança e investimentos – que seja a fonte de transferência de renda para os idosos, ao menos em tese.

Ninguém duvida que o sistema de Previdência Social, no qual, em princípio, haveria uma contrapartida adequada da parte dos futuros beneficiários, precisa estar sintonizado com a emergência no novo padrão demográfico, sob pena de implodir. A situação demográfica hoje é favorável, o número de contribuintes potenciais é, dizem os economistas, quase dez vezes maior do que o de idosos. A dificuldade, então, não se verifica, no atual estágio, na existência de uma *geração sacrificada*, como disse Rosanvallon (1998), mas sim na maioria da população jovem (População em Idade Ativa) que, à míngua de oportunidades de emprego e incentivo, não contribui, produzindo uma situação de autoinsustentabilidade.

A informalidade é um problema prioritário, que deve ser atacado antes do enxugamento da Previdência. De fato, os últimos censos mostram uma relação entre população ocupada e população contribuinte muito desfavorável à política previdenciária: perto da metade dos ocupados não contribui para a Previdência, gerando um profundo

desequilíbrio atuarial. Nós sabemos que a maioria da massa trabalhadora brasileira não tem carteira de trabalho assinada. Perto de 45% das pessoas em idade economicamente ativa não possuem carteira assinada ou trabalham por conta própria, na informalidade. Temos cerca de 11 milhões de pessoas trabalhando na informalidade. De cada 10 (dez) novos empregos gerados nos últimos 14 (quatorze) anos, 7 (sete) são informais (Organização Internacional do Trabalho - OIT). Micro e pequenas empresas têm 12,5% de empregados informais e 10,9% dos empregadores são informais, segundo dados do SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas).

Concluindo, pensa-se que equacionar o sistema de previdência social sem que o país tenha implantado um verdadeiro Estado do Bem-Estar Social é um difícil desafio para as políticas públicas que pretendam incrementar os objetivos do Estado Democrático de Direito a partir da ideia de justiça social, sobretudo visando à redução das desigualdades sociais sem perder o fio do desenvolvimento econômico. Não se pode persistir na perda das oportunidades demográficas, que ainda nos são favoráveis!⁵⁹

3.2 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E SUAS DUAS HERANÇAS: DA BUROCRATIZAÇÃO À INDIVIDUALIZAÇÃO COMO FATORES DETERMINANTES DA LITIGÂNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO

Vai-se tratar primeiro da práxis burocratizada, que representa o divórcio entre o interior e o exterior, entre as formas e conteúdo. A exterioridade ou formalização da prática é o traço característico do burocratismo: a forma, extraída de um processo anterior, aplicando-se mecanicamente a um novo processo. Ao burocratizar-se uma prática, a lei que a rege se converte em uma lei *a priori* estranha ao seu conteúdo.

Claro que não se está aqui falando de uma forma específica de práxis, com um objeto próprio, como é atividade de um corpo de funcionários, prática legítima e necessária, mas de um tipo de práxis social-estatal, política, cultural, científica etc., exercida de um modo burocrático.

Para Vázquez (2011, p. 279),

a práxis se burocratiza onde quer que o formalismo ou formulismo dominem ou, mais exatamente, quando o formal se converte em seu próprio conteúdo.

⁵⁹ Sobre o tema, para uma melhor compreensão, remete-se a Vaz, *O paradoxo da transição demográfica e o futuro da Previdência social* (2014e).

Na prática burocrática, o conteúdo é sacrificado à forma, o real ao ideal, e o particular concreto ao universal abstrato.

Weber (1974) mostrou os dois lados da burocracia, o positivo e o negativo, mas nunca negou que ela fosse indispensável à organização do Estado enquanto modelo social mais adequado para a organização capitalista da produção e para a formação de uma sociedade adaptada às finalidades de sua produção maximizada racionalmente. Reconheceu também que a burocracia estatal representa a garantia da objetividade para o tratamento dos administrados, não dispensando um aparato de racionalidade legal.

Castoriadis (1979, p. 130) sintetiza sua crítica à burocracia mostrando que a burocratização não significa somente a emergência de uma camada social, cujo peso e a importância crescem constantemente; nem simplesmente que o funcionamento da economia sofra, em função da concentração e da estatização, modificações essenciais. A burocratização ocasiona uma transformação dos valores e das significações que fundam a vida dos homens em sociedade, uma remodelagem de suas atitudes e suas condutas. Se não se compreende este aspecto, o mais profundo de todos, não se pode compreender nem a coesão da sociedade atual, nem a sua crise.⁶⁰

Luhmann (2007b, p. 112) evidenciou que a burocracia cresce constantemente, sobretudo pelo fato de o Estado de Bem-Estar unicamente conseguir cumprir seus deveres recorrendo à burocracia. *“Aun así, sería un error considerar los problemas de la política en el Estado Social única o predominantemente como problemas de su burocracia”*. Luhmann discorda de Weber no que considera a burocracia como a *jaula de ferro* ou mesmo *lei de ferro* da “racionalidade” da sociedade moderna. Assevera que o conceito de “racionalidade” transmite pouca informação.

El punto decisivo que conecta la sociedad con la organización parece residir, por el contrario, en los fácilmente esquematizables medios de comunicación de derecho y dinero, que en las sociedades suficientemente complejas están disponibles para la formación de la organización (LUHMANN, 2007b, p. 116-117).

Entre nós, Bresser-Pereira (1972), desde os anos 70, advertia que o capitalismo se inclinaria para a tecnoburocracia, e não ao socialismo, como predisse Marx. Uma análise do perfil da burocracia do Estado Social brasileiro permite ver a hegemonia dos técnicos. O capitalismo, sem embargo de suas crises, se mantém íntegro como ideologia. Porém, assume

⁶⁰ Para melhor análise do pensamento de Castoriadis sobre a burocracia, ver França, *Criação e Dialética: o pensamento histórico-político de Cornelius Castoriadis* (1996, p. 29-102).

uma feição mais voltada à racionalidade tecnológica do sistema. Para administrar um sistema social racional, é preciso uma grande soma de conhecimentos técnicos, que vão se tornando monopólio de profissionais. Veem-se os técnicos (economistas, administradores, engenheiros e outros) no poder e na defesa de uma racionalidade de eficiência econômica, tal como preconizada por Weber.

A previsão de Bresser-Pereira (1972) parece ter se confirmado: hoje se tem um Estado Social dominado pelo racionalismo utilitarista, em que toda a população é manipulada através dos meios de comunicação de massa modernos para aceitar a supremacia dos objetivos econômicos sobre todos os demais.⁶¹

Ao que se pensa, as práticas burocratizadas encontram dificuldade de escapar do generalismo de matriz weberiana (regulação abstrata da prática da autoridade) e culminam por esquecer a realidade empírica que lhes corresponde. Quem observar as estruturas burocráticas vai perceber que a burocracia, devido a seu espírito de corpo, tende a dominar o Estado ao se colocar contra a massa dos cidadãos. São raros os casos em que o cidadão que tem razão possa ver reprovado pela própria Administração o burocrata que impugnou um dos seus direitos.

O demasiado apego à eficiência transforma o serviço público em uma atividade matematizada. O que importa não são os fins que um serviço público efetivo poderia alcançar, mas sim a quantidade de processos administrativos que são baixados, a estatística. Todo trabalho é voltado para a maximização da eficiência e para a redução dos custos.

Relativamente à política do Estado Social, a colonização do mundo da vida produziu a juridificação e a burocratização enquanto limites da política social. No caso do direito ao seguro social, sendo as pretensões jurídicas prestações monetárias (seguro que cobre riscos sociais de natureza previdenciária), a juridificação dos riscos da vida cobra um preço elevado, “a ser pago na forma de *interferências no mundo da vida* dos beneficiados, provocando uma reestruturação desse mundo” (HABERMAS, 2012b, II, p. 651).

Esses custos, segundo Habermas (2012b, II, p. 651), decorrem da realização burocrática e do resgate monetário das prestações do direito social. A estrutura do direito burguês implica a necessidade de formular claramente as garantias oferecidas pelo Estado

⁶¹ “Em resumo, a ideologia tecnoburocrática valoriza a própria técnica e os técnicos, valoriza a eficiência, o desenvolvimento econômico e o consumo em massa resultante. A ideologia tecnoburocrática acredita no planejamento econômico e na administração racional. [...] é, antes de mais nada, fruto de um racionalismo econômico utilitarista e efficientista. Ela valoriza a segurança, a ordem e a autoridade, que são essenciais para a eficiência. Em contrapartida, desvaloriza a liberdade, a justiça social, a beleza, ou, quando os valoriza, os transforma em decorrência da eficiência” (BRESSER-PEREIRA, 1972, p. 121).

Social em termos de pretensões a direitos individuais genericamente disciplinados.⁶² A generalidade ou tipificação do caso é definida pela capacidade de realização burocrática, ou seja, é configurada conforme a Administração, que precisa responder ao problema social decorrente da pretensão jurídica. Este cenário de desarticulação é assim descrito por Habermas (2012b, II, p. 652).

A situação carente de regulamentação, inserida no contexto de uma história de vida e uma forma de vida concreta, tem de ser submetida a uma violenta abstração, não apenas porque ela tem de ser submetida ao direito, mas também para que ela possa ser enfrentada de um ponto de vista administrativo. As burocracias encarregadas de fornecer o benefício têm de proceder de modo seletivo porque se veem obrigadas a escolher as situações sociais carentes, que podem ser apreendidas recorrendo-se a meios de um poder burocrático que procede legalmente tendo em conta a ficção jurídica de prejuízos a serem compensados.

Há outro fator relevante a desencadear a litigância contra o Poder Público: a individualização dos direitos sociais, é dizer, o fato de as pretensões serem atribuídas a um determinado sujeito de direitos que age estrategicamente na busca de seus interesses privados. Este fenômeno, típico da modernidade, além de acarretar consequências gravosas para a autocompreensão dos interesses, comprometendo os ideais de solidariedade e comunidade, produz um efeito nefasto em termos de judicialização dos conflitos.

É que os mecanismos de proteção judiciais e administrativos, de cariz liberal-subjetivista, privilegiam a tutela individual subjetiva em detrimento de políticas públicas. A tutela administrativa assim subjetivada é voltada às condutas positivas arbitrarias da Administração limitando-se, na maioria das vezes, a proteger apenas o sujeito individual e os seus interesses tutelados na forma de direitos subjetivos, sempre pela via jurisdicional, deixando de lado a preocupação com a construção de mecanismos administrativos e judiciais voltados à realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Dos princípios da legalidade – moralidade, eficiência e isonomia – depreende-se o dever objetivo de a Administração tutelar e possibilitar a fruição universalizada e coletiva (proteção de interesses jurídicos transindividuais) dos direitos sociais, a despeito de qualquer lesão direta à esfera jurídica de interesse de um indivíduo determinado.

⁶² As práticas funcionalistas burocratizadas encontram dificuldade de escapar do generalismo de matriz weberiana (regulação abstrata da prática da autoridade) e culminam por esquecer a realidade empírica que lhes corresponde.

Dessa visão individualista resulta o incremento invencível da judicialização, o ativismo judicial e, em última análise, a inadequada, fragmentária e insuficiente tutela dos direitos sociais.⁶³

A centralização administrativa, que constitui a administrativização ou burocratização dos direitos sociais, trouxe consigo também um problema hermenêutico, que, até os tempos atuais, se interpõe como óbice à concretização dos direitos sociais prestacionais que incumbem ao Estado manter. A burocracia não conseguiu até agora desvencilhar-se das amarras dogmáticas positivistas. Não superou os modelos de subsunção e aplicação das regras jurídicas. Opera com uma compreensão do direito que se esgota na literalidade dos textos legais, desprezando a hermenêutica.⁶⁴ Falta-lhe, ademais da compreensão dos textos a partir da faticidade, a ética do social e da socialização.

O atraso secular que contaminou a práxis administrativa moderna tem sido responsável pelo aumento exponencial da litigiosidade na Justiça Federal e, com mais intensidade, no Juizado Especial Federal, *locus* privilegiado de reivindicação das prestações estatais de direitos da seguridade social (previdência e assistência social e saúde), representando tais pretensões a maioria dos processos que tramitam nesse subsistema de justiça funcionalmente especializada (73,1% dos casos).

Neste contexto, no limite da tese, o propósito foi evidenciar que, embora a burocracia seja inevitável, ela pode se tornar mais permeável à política dos direitos sociais, mais humanizada e voltada ao estímulo, à responsabilidade e à iniciativa de ações, mais aderente à realidade social e menos generalista. Em última análise, menos comprometida com a racionalidade de mercado (que visa transformar cidadãos em números).

Selznik e Nonet (2010, p. 152) propõem o que chamam de *sistema jurídico responsivo*, em que há uma maior participação das forças sociais na construção do direito, que se desloca do monismo para um sentido mais plural, em que também as instituições tendem a se democratizar e a estimular as decisões participativas, perseguir a racionalidade dos fins e reduzir as arbitrariedades, superando os paradigmas do direito repressivo e autônomo, substituídos pelo direito responsivo: a regulação, como mecanismo para a clarificação do interesse público, e não a adjudicação. Numa organização dedicada a uma finalidade (segundo traço fundamental da responsividade), a autoridade deve estar aberta à participação, a

⁶³ Ver, a propósito, HACHEM, 2014.

⁶⁴ Consultar Ohlweiler (2007, p. 145-174): "O Direito Administrativo há de ser (re)pensado filosoficamente por meio de uma prática interrogativa capaz de abrir-se para as várias faces de sentido; quer dizer, um novo modo de ser jurídico voltado não para as evidências lógico-formais do dogmatismo, mas para o desvelado no horizonte significativo do caminho percorrido pelos entes jurídico-administrativos" (2007, p. 151).

estimular a discussão e a deliberação coletiva, a explicar os motivos das decisões, a acolher positivamente as críticas e a encarar o consentimento como uma prova de racionalidade.

Almejou-se também demonstrar que o resultado da performance administrativa do nosso Estado Social é representado por um incremento invencível de demandas judiciais, cenário que justifica a pesquisa sobre respostas judiciais alternativas. Vai-se discutir adiante, com mais vagar, essa hipótese.

3.3 A JUDICIARIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS E A POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO: CONEXÃO PARADOXAL ENTRE JURISDIÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO

A expressão judiciarização ou judicialização designa a ampliação do papel da Justiça como instituição no tratamento de problemas da sociedade, notadamente aqueles que dizem respeito ao campo político, em relação aos quais a Justiça não era solicitada no passado a atuar ou sobre os quais ela não estava preparada para intervir. Já o termo juridicização ou juridificação diz respeito à extensão do Direito e de seus processos jurídicos a um número crescente de domínios da vida econômica e social.

Os reflexos da judiciarização constituem os fenômenos que se convencionou chamar judiciarização da política e politização da justiça, consubstanciando o exponencial crescimento global da importância do Poder Judiciário. Judiciarizar a política significa utilizar os métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas, seja por meio da ampliação das áreas de atuação dos tribunais, pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*, ou mediante a introdução ou expansão do modelo estrutural judicial ou de procedimentos judiciais no âmbito do Executivo (caso dos contenciosos administrativos) e no Legislativo (caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

A juridificação se aproxima mais da Sociologia do Direito por ser um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica.⁶⁵

Teubner (1988, p. 19) vê na juridificação um fenômeno complexo e que, portanto, demanda uma abordagem multidisciplinar. Se for analisado em perspectivas seletivas de

⁶⁵ Ver, a propósito, Teubner (1988, p. 1-37).

disciplinas específicas, corre-se o risco de alcançar conclusões pouco satisfatórias. Restringir o fenômeno à inundação de leis, como querem os juristas, ou a expropriação do conflito, na interpretação dos sociólogos, ou ainda a um fenômeno de restrição do espaço de ação dos movimentos sociais ou grupos de interesses, segundo a avaliação da ciência política, produz resultados em certo sentido parciais sobre o fenômeno da juridificação.⁶⁶

Por isso, Teubner (1988) sustenta que somente é possível analisar e interpretar o fenômeno da juridificação enquanto moderno Direito Regulatório, no qual o sistema jurídico se revê como politizado e socializado. Assim, sugere que se conecte a juridificação ao processo de materialização do Direito. A juridificação expressa, desta forma, o advento de um novo direito pelo Estado Social: o Direito regulatório.⁶⁷ A materialização e o finalismo político intervencionista são dois elementos fundamentais para a adequada compreensão da juridificação.

Habermas (2012b, II, p. 639), de sua vez, explica a patologia das sociedades modernas capitalistas sob a influência dos subsistemas Economia e Estado, que, regidos, respectivamente, por meios monetários e burocráticos, interferem na "reprodução simbólica do mundo da vida". O direito amplia sua regulação jurídica sobre assuntos sociais que antes eram geridos de maneira informal no contexto do mundo da vida. Para ele, a colonização do mundo da vida produz, inevitavelmente, processos de juridificação (*Verrechtlichung*) constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito (2012b, II, p. 641).⁶⁸

O contexto da modernidade hipercomplexa e reflexiva desgasta e enfraquece as instituições do Estado e, sobretudo, suas funções políticas. Dentro desse quadro, agravado pela obsolescência da gramática política, não tem sido possível evitar a emergência da judicialização das relações sociais e políticas. A expectativa social é centralizada no Poder Judiciário, cujo papel, em um sentido amplo, passa a ser a instituição e manutenção do estado

⁶⁶ A juridificação apresenta também uma significação negativa, na medida em que está vinculada ao fenômeno de inflação de normatividade jurídica, cada vez mais regulando extensos setores das esferas sociais públicas e privadas. Uma tendência da burocratização, que, desde a modernidade, interpõe-se nas relações entre os indivíduos e o Estado.

⁶⁷ Neste mesmo sentido, Sánchez (2007).

⁶⁸ Habermas (2012b, II, p. 641) distingue "entre a *extensão do direito*, ou seja, a normalização jurídica de novos fatos sociais, até então regulados de modo informal, e a *condensação* do direito, isto é, a especialização de matérias jurídicas globais que se solidificam em matérias particulares". Habermas (2012b, II, p. 641-642) enxerga quatro ondas de juridificação: (i) *Estado burguês* que se desenvolveu na Europa ocidental em forma de sistemas de Estados na época do Estado absolutista; (ii) *Estado de direito*: modelo paradigmático da monarquia alemã do século XIX; (iii) *Estado Democrático de direito*: difundido na Europa e na América do norte como consequência da Revolução Francesa; e (iv) *Estado social e democrático de direito*: institucionalizado no curso do século XX, fruto das lutas do movimento operário europeu.

democrático de direito e, em um sentido estrito, a construção de uma ordem jurídica mais justa.

Garapon (1996) observa a existência de uma crise valorativa e simbólica nas sociedades contemporâneas, matriz de um volume e de uma diversidade demasiados de pleitos submetidos aos juízes. Esse fenômeno é justificado pela circunstância de ser o juiz um “sobrevivente no universo simbólico da humanidade”, a última instância moral de nossa sociedade e uma das últimas instâncias simbólicas que ainda se mantém. "Perante a decomposição do político, doravante é ao juiz que se pede a salvação" (1996, p. 23). Surge o juiz como "recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram" (GARAPON, 1996, p. 23).

Assim, a expansão do papel do Judiciário é um fenômeno social que se reforça através da expansão do Direito, diz Garapon (1996, p. 22). A viragem judiciária da vida política resulta do enfraquecimento do legislativo e do executivo, que, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, fazem o possível, sem sucesso, para governar o dia a dia de cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com a sua própria vida privada, mas esperando do político algo que ele não lhes saberá dar: uma moral, um projeto duradouro (GARAPON, 1996, p. 45).

O Poder Judiciário centraliza a esperança e a responsabilidade pelo gerenciamento dos riscos e a imprevisibilidade da pós-modernidade em sua multicomplexidade. De sua atuação espera-se, além de cumprir um dever de guardião e garante do Estado Democrático de Direito, que o faça justamente por mecanismos (procedimentos) legitimados pelos destinatários da regulação, eis a essência procedimental da democratização da formação do processo decisório no processo jurisdicional: a ampla participação dos interessados.

Campilongo (2011b, p. 82) vê nesse processo o desafio de administrar uma democracia contenciosa em que o Judiciário, como interlocutor da sociedade e regulador de conflitos abandonados pelo Legislativo e pela Administração, assume o compromisso democrático com a governança dos litígios. Muito mais do que decidir, tem agora que transferir do plano da teoria da democracia para a teoria da administração da justiça as ideias de deliberação, cooperação e governança, expandindo o espaço para manifestação dos interesses contrapostos e combinando uma administração cooperativa dos conflitos com o caráter contramajoritário e de proteção das minorias.

O movimento exponencial e vetorialmente dirigido à judicialização das relações sociais e da política constitui um fenômeno mundializado (como tudo na sociedade contemporânea!), embora albergue diferenças importantes nos fundamentos de sua ocorrência

nos diversos “mundos” e países. De uma maneira geral, ele está vinculado, tanto na Europa como na América, à incapacidade do sistema político de regular-se por si mesmo e de responder às expectativas da sociedade, o que gera o fortalecimento da figura do juiz.

Rosanvallon (2011, p. 224) mostrou que “la judicialización de lo político se inscribe en el cuadro de una declinación de la ‘reactividad’ de los gobiernos frente a las demandas de los ciudadanos”. Ampliando a causalidade, aduziu que “el deslizamiento a la judicialización ha sido provocado también por la creciente opacidad de los procesos de toma de las decisiones y la complejidad en aumento de las estructuras gubernamentales” (p. 224).

No Brasil, alguns acontecimentos influenciaram, ou atuaram como componentes facilitadores desse processo. Entre nós, quizá o mais relevante seja a promulgação da Constituição da República de 1988, marco histórico de um processo transformativo do papel do Poder Judiciário.

Houve, por assim dizer, um incremento do sentimento de cidadania, com a identificação pelos indivíduos da autotitularidade dos direitos. Com o novo texto constitucional, além da ampliação do leque de direitos sujeitos à proteção estatal, foram aperfeiçoadas as condições para o acesso à justiça no plano formal (novas vias de acesso à jurisdição) e material (novos direitos reconhecidos a serem efetivados). Surge uma ideia original do devido processo legal, que se assume como devido processo justo, marco da autonomização do Judiciário perante os demais poderes, na medida em que o pressuposto de justiça passa pelo reconhecimento da capacidade produtora do direito.⁶⁹

Se a Política se judiciariza a Justiça se politiza: duas faces da mesma moeda. A politização da Justiça, no entanto, é paradoxal, porque acontece dentro de um quadro de despolitização do direito. Parece certo que a Justiça não tem desempenhado um papel muito relevante na regulação social e, principalmente, sua incursão na política não reflete uma efetiva contribuição para a construção de uma sociedade mais justa. O aumento das desigualdades e da consciência social de sua injustiça é reflexo da despolitização do direito. A redução do direito ao Estado pelo liberalismo e seu primado individual-positivista da legalidade foi um contributo ou condição para a despolitização.

No plano da política, tanto a juridicização como a judiciarização envolvem a incapacidade do modelo de democracia representativa para dar conta da sociedade complexa, marcada cada vez mais pelo esvaziamento do auditório público. Vive-se uma “fantochização da democracia” como uma simulação de propostas políticas diferenciadas, que, frente aos

⁶⁹ Nesta linha, por todos, Vianna, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (1999).

problemas político-econômicos, apresentam respostas homogêneas. O discurso único do mercado soterra a política e seus mecanismos.

Vive-se uma profunda crise política. Hoje o político é associado ao pouco eficiente, à perseguição do interesse privado, ao sem credibilidade e ao facilmente cooptável por centros de poder privado. Este distanciamento da confiança (lealdade) das massas reflete-se no que Habermas (2002, p. 64) identifica como influência do capitalismo tardio a produzir uma crise de legitimidade do sistema político. O sistema político, diz, requer um insumo de lealdade das massas que é tão difuso quanto possível, de forma que um déficit de legitimidade significa que não é factível, por meios administrativos, manter ou estabelecer estruturas normativas efetivas na extensão desejada.

Em outras palavras, o sistema legitimante não tem êxito em manter o nível requerido de lealdade das massas, enquanto os imperativos de decisão, tomados do sistema econômico, forem executados. Para Habermas (2002, p. 64), enquanto o aparelho do Estado estiver agindo como "órgão executivo inconsciente, a maneira natural, da lei valor" e também como "agente planejador do capital monopolista unificado", o resultado será que a racionalidade administrativa, comprometida com o zelo em relação às estruturas alheias e com os interesses opostos dos capitalistas individuais, perde a sua legitimidade.

O domínio público despolitizado gera a desorganização do aparelho do Estado e corrompe as tarefas de planejamento governamental desencadeando o abandono do núcleo essencial da democracia, que é a vontade popular manifestada pelos representantes eleitos. A obstrução dos canais de diálogo entre as estruturas do processo decisório dos assuntos de interesse público e a vontade social deslocam para o Poder Judiciário, primeiro, as funções de governo e, segundo, a estabilização das expectativas da sociedade de solução dos problemas vivenciados. Sabemos que a sociedade necessita e deseja sempre mais e que as possibilidades de satisfação dessas expectativas são, em tempos de crise econômica, cada vez mais escassas (HABERMAS, 2002, p. 65).

Campilongo (2011a, p. 72), melhor conhecedor da realidade brasileira, mostrou que a judicialização da política, isto é, o recurso ao direito e aos tribunais não para o exercício do controle da constitucionalidade das leis, mas simplesmente como segunda e inadequada instância do jogo político, também subverte a representação.

Como alternativa ao déficit de representação apresenta-se outra ambiciosa falácia: a suposta capacidade do mercado de decidir em lugar dos mecanismos de escolha coletiva. Sai a política e, em seu posto, entra a economia. Flexibilização do trabalho, privatização e desconstitucionalização

do direito – diferentes roupagens do neoliberalismo – transferem para o sistema econômico os malogros do sistema político.

O deslocamento das expectativas sociais com quase exclusividade para a força normativa do Direito⁷⁰ e, conseqüentemente, para o crivo decisório do Poder Judiciário, fertiliza paradoxalmente um movimento contraposto de desjudiciarização, traduzido na necessidade de o Poder Judiciário democratizar a prestação jurisdicional, incentivando os métodos consensuais de solução dos conflitos. Tem-se então a desjudiciarização dentro da judiciarização.

Como resposta, o modelo tradicional da democracia representativa, que é marca dos sistemas políticos ocidentais, passa a conviver com mecanismos de participação direta e semidireta, que apostam na democracia participativa e deliberativa, reconhecendo os limites e problemas da transformação da representação em delegação.⁷¹

Na democracia deliberativa, embora não haja consenso sobre sua definição, todos concordam que ela inclui a tomada coletiva de decisões com a participação de todos os que haverão de ser por elas afetados por meio de argumentos oferecidos por e para os participantes que estão comprometidos com os valores de racionalidade e imparcialidade, que compreendem a parte deliberativa.

Para Rosanvallon (2011, p. 299),

El trabajo de resimbolización de lo político participa en esa medida de una empresa de puesta a prueba permanente de las diferencias sociales existentes: consiste en dar forma a una colectividad organizada según reglas de justicia distributiva, principios de ampliación de las posibilidades y normas de la relación entre lo individual y lo colectivo claramente discutidas.

Finalizando, uma reflexão. A jurisprudência, embora tenha um papel central na concretização dos direitos fundamentais sociais, além de atender às demandas sociais de forma fragmentada e atomizada (não molecular), não imuniza os direitos sociais reconhecidos contra o retrocesso nos momentos de crise econômica. Não garante a sustentabilidade. É preciso, pois, devolver à Política e à Administração as suas funcionalidades, o desempenho dos seus papéis no Estado Democrático de Direito.

⁷⁰ "O direito se investe de uma relevância particular no Estado Social, na medida em que está dotado do caráter técnico que o capacita a assumir a função de um meio de comunicação simbolicamente generalizado" (VIANNA, 1999, p. 19, citando Ferrarese).

⁷¹ Acerca do tema, para um aprofundamento: Rosanvallon, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, (2011), Elster, *La democracia deliberativa* (2001), Bolzan de Moraes, *As crises do Estado e da Constituição...* (2011), Campilongo, *O Direito na Sociedade Complexa* (2011a), Bauman, *En busca de la política* (2011) e Mombiot, *A Era do Consenso* (2004).

4 REESCREVENDO A DIFERENÇA FUNCIONAL DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Antes um pedido de desculpas. Meu conhecimento sobre o marco teórico dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann é demasiado superficial e ainda contaminado por preconceitos que não tive tempo de superar. Os três anos de pesquisas, que permitiram apenas ler uns sete ou oito livros e umas duas dezenas de artigos da extensa obra de Luhmann, não me autorizam a ensinar uma metodologia que não é “fácil”. Mas a mim pareceu mais adequado e útil observar o Poder Judiciário e sua diferença funcional a partir dos instrumentos sistêmicos. O quão suficiente isso possa ser, ainda é uma incógnita.

Neste capítulo, que apresenta os fundamentos epistemológicos introdutórios da tese com base da matriz teórica sistêmica, procura-se expressar, a partir dos conceitos básicos da teoria dos sistemas biológicos de Maturana e Varela, traduzida para os sistemas sociais por Luhmann, a funcionalidade e a autopoiese do sistema jurídico e do seu centro, o Poder Judiciário.

Devido ao elevado nível da dificuldade de entendimento dos conceitos e, mesmo da linguagem da observação do sistema jurídico e do direito como sistema autopoietico, buscase, de forma mais singela e didática, reavivá-los, descrevendo a função da Justiça, sua organização e a dinâmica das suas decisões, para facilitar a compreensão dos interessados não conhecedores da teoria sistêmica.

Foi preciso inovar para descrever a autocomposição dentro do sistema de justiça, espécie de comunicação que, de certa forma, reescreve a teoria da decisão, a essência da teoria sistêmica de enfoque organizacional.

Os objetivos a serem alcançados com a defesa e valorização da consensualidade na solução dos conflitos sociais estão assentados nas ideias neoevolucionistas teubnerianas de reflexividade e de abertura cognitiva da Justiça como condição para uma mais estreita conexão entre as semânticas da Justiça e da Sociedade pluralista e policontexturada.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA SISTÊMICA E A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

A visão sistêmica representa um contributo importante para auxiliar na contextualização do conflito e da lide em uma cadeia de eventos dentro da complexidade do ambiente. Permite, ao mesmo tempo, um olhar holístico desse mesmo conflito e a

consequente adequação do seu tratamento, ensejando, ademais, por meio do diálogo, efeitos evolutivos positivos e transformadores nas relações.

O paradigma contemporâneo é sistêmico enquanto o paradigma da modernidade era linear e mecanicista. Ao invés da relação de causa e efeito, tem-se a interação; ao invés da previsibilidade, tem-se a possibilidade; ao invés do observador isento, tem-se o observador que interfere; ao invés da competição, tem-se a colaboração; ao invés da autoria, tem-se a coautoria; ao invés da especialidade, tem-se a interdisciplinariedade. Em um mundo sistêmico, não se pode escapar da coautoria e da consequente corresponsabilidade para uma convivência social harmoniosa: todos são responsáveis pelo todo e, ao mesmo tempo, pelas partes que o compõem.

Observado sistemicamente, o mundo corresponde a uma rede de interações em que as intervenções estão disseminadas por contextos desconhecidos. O alcance e as consequências de nossas intervenções são imprevisíveis, positivas em um nível e negativas em outro, e a capacidade de metabolização e absorção da intervenção difere em cada elemento das redes, de maneira que a contingência e a imprevisibilidade devem ser consideradas a cada intervenção.⁷²

A história do conhecimento humano, da cognição ou da compreensão do mundo pelos seres vivos, o que Maturana e Varela (2001) chamaram de *biologia da cognição*, estabeleceu-se como apreensão da realidade sem a interferência do sujeito, é dizer, uma representação fiel da realidade independente do conhecedor. O mundo é pré-dado. A construção humana não constitui conhecimento, assim como as artes e os saberes humanos. Essa ideia, não sem contestações, persiste hígida nos dias atuais: o conhecimento é objetivo e a subjetividade deve ser descartada, o cérebro humano recebe já prontas as informações e apenas as processa. É a essência do chamado representacionismo (a mente como espelho da natureza), que constitui o marco epistemológico da cultura moderna.

A tese central de Maturana e Varela (2001, p. 9-10) parte da premissa de que vivemos no mundo e, por isso, fazemos parte dele; vivemos com os outros seres humanos e, portanto, compartilhamos com eles o processo vital. Construimos o mundo em que vivemos durante nossas vidas. Por outro lado, ele também nos constrói ao longo desta viagem comum. O mundo não é anterior à nossa experiência.

Em suma: se a vida é um processo de conhecimento, os seres vivos constroem este conhecimento não a partir de uma atitude passiva e sim pela interação. Aprendem vivendo e

⁷² Sobre a sociedade em rede, entre outros, Capra (1997 e 1998), Castells (1999), Chevallier (2009) e Ost (1993).

vivem aprendendo. As três premissas básicas da autopoiese em Maturana e Varela (2001, p. 32) são as seguintes: “Tudo o que é dito, é dito por alguém”. “A reflexão é um fazer humano, realizado por alguém em particular num determinado lugar” e “Todo ato de conhecer faz surgir um mundo”.

Assim, Maturana e Varela iniciam seu projeto de estruturação biológica cognitiva na presunção de romper com a tendência, dizem, de vivermos num mundo de certezas, de solidez perspectiva não contestada, em que nossas convicções provam que as coisas são somente como as vemos e não existe alternativa para aquilo que nos parece certo. Essa é a nossa situação cotidiana, nossa condição cultural, nosso modo habitual de sermos humanos.

A proposta original dos autores, no livro *A Árvore do Conhecimento* (2001, p. 22), representa um convite à suspensão do hábito de cair na tentação da certeza, que fomentou o pensamento moderno (a dicotomia conhecimento *versus* experiência). De fato, Prigogine (2004, p. 112), discorrendo sobre os paradigmas modernos, afirmava que

o desenvolvimento científico desemboca numa verdadeira eleição metafísica, trágica e abstrata: o homem tem que eleger entre a tentação, tranquilizadora, mas irracional, de buscar na natureza a garantia dos valores humanos, a manifestação de uma pertinência essencial, e a fidelidade a uma racionalidade que o deixa só em um mundo mudo e estúpido (tradução livre).

A autopoiese, em Maturana e Varela (2001), é concebida como instrumento de investigação da realidade. A palavra autopoiese deriva do grego, auto-αυτο, "auto", e ποιησις, *poiesis* "criação" ou "produção". Constitui, em verdade, uma espécie de neologismo empregado para designar a organização dos sistemas vivos. A condição para que haja autopoiese é a existência dos seres vivos sobre a produção contínua de si mesmos. O termo foi empregado na biologia, sendo, mais tarde, adotado por outras ciências, principalmente a sociologia e o direito. Hodiernamente, ele é utilizado em diversos campos como a psicoterapia, a administração, a antropologia, a cultura organizacional e em outros tantos.

Maturana e Varela definem o sistema a partir da diferença em relação ao ambiente ou entorno.⁷³ Como um termostato que mede não a temperatura, mas a diferença de temperatura, um sistema tem como pressuposto e pressupõe a diferença em relação ao seu entorno. É justamente esta diferença que faz do sistema um objeto autorreferente e autopoietico. O

⁷³ Os sistemas estão sempre, do ponto de vista de sua estrutura, *acoplados e orientados* em relação a um determinado entorno. “Se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno e utilizam seus limites para regular tal diferença. Sem diferença com relação ao entorno não haveria autorreferência” (LUHMANN, 1998a, p. 40).

entorno é pura complexidade e contingência. A visão sistêmica possibilita a observação, a descrição e a solução dos problemas com mais eficiência, reduzidos em sua complexidade, temporal, social e materialmente generalizando, estabilizando e simbolicamente imunizando as expectativas comportamentais.

A autopoiese é, neste sentido, a propriedade que os sistemas autorreferidos apresentam de, a partir dos seus próprios elementos, produzir a si próprios como unidades diferenciadas. Para tal empreendimento, os sistemas precisam se autorreparar, autorreestruturar, autotransformar e autoadaptar sem perder suas identidades.

O conjunto de transformações que um sistema autopoietico pode sofrer é determinado pela sua organização (invariante) e pela sua estrutura (variante). Não possui nem entradas nem saídas, é dizer, são estruturalmente determinados. A sequência de tais mudanças é definida pela sequência de deformações sofridas pelo sistema. As deformações a que se submete um sistema autopoietico se radicam ou do meio externo ou do próprio sistema (os estados que se constituem para compensar as deformações podem gerar outras mudanças compensatórias). Estas duas matrizes de deformações são indistinguíveis na fenomenologia da organização autopoietica e o entrelaçamento das duas compõe uma única ontogênese.

Vê-se, de plano, que organização e estrutura são as noções fundamentais para a teoria autopoietica dos sistemas biológicos em Maturana e Varela. Organização de uma unidade ou sistema tem a ver com as relações que ocorrem entre os seus componentes para que possam ser reconhecidos como membros de uma classe específica (tipo particular). Portanto, necessariamente, estarão presentes no sistema (unidade composta) para lhe definir a existência (2001, p. 50). As organizações, enquanto forma de acoplamento estrutural, no desempenho das suas funcionalidades institucionais, produzem observações, descrições e tomadas de decisão que interessam ao sistema social como um todo, mas que serão sentidas de forma diferente em cada um deles.

Em Parsons (1974), as estruturas são modelos de cultura normativa institucionalizada. A estrutura é representada pelo conjunto de relações efetivas entre os componentes presentes numa máquina concreta dentro de um espaço dado. Simplificando, a estrutura corresponde à dinâmica de funcionamento efetivo do sistema, por isso a organização de um sistema pode se dar a partir de muitas estruturas diferentes, na medida em que o conjunto de relações e propriedades que a definem são um subconjunto daquelas.

Cada observador pode perceber a estrutura como pertencente a diversas classes de unidades compostas, pois poderá abstrair subconjuntos diferentes de relações e propriedades em diversas estruturas de efetivação. Para que a organização possa permanecer invariante,

enquanto realizável por diferentes estruturas, existem limites (estabilidade) para as variáveis dessa estrutura, que, uma vez superados, produzem a mudança da organização (MATURANA e VARELA, 2001, p. 54). São estruturas dos sistemas sociais os papéis, as normas, as coletividades e os valores (PARSONS, 1974).

Todos os sistemas construídos pelo homem têm uma finalidade específica. Os conceitos de finalidade, objetivo e funcionamento são introduzidos pela necessidade de comunicação no domínio do observador. A finalidade não se apresenta como uma característica da sua organização, mas sim do domínio do seu funcionamento. Um carro, mantida a sua integridade física (ou seja, mantido o conjunto de relações entre os seus componentes, e, portanto, mantida a sua organização) não deixará de ser um carro se lhe for dada uma finalidade diferente, (se, ao invés do transporte de objetos e pessoas, passe a servir para escorar uma parede, v.g.).

Maturana e Varela (2001, p. 54) exemplificam o conceito com o sistema de descarga do banheiro. A organização é invariável (controle da passagem de água), mas a estrutura é variável, na medida em que cada casa pode utilizar um modelo próprio, de plástico, madeira ou outro material.

Outras categorias fundamentais na obra de Maturana e Varela, ao lado da organização e estrutura dos sistemas, são comunicação, acoplamento estrutural, informação, cognição, observação e observador. Começamos pelo fim. O observador é, segundo a definição de Maturana, tomada de empréstimo por Rocha e Duarte (2012b, p. 15),

un ser humano, una persona; alguien que puede hacer distinciones y especificar en que distingue como una entidad (un algo) diferente de sí mismo, y puede hacerlo con sus propias acciones y pensamientos recursivamente, siendo capaz siempre de operar con alguien externo (distinto) de las circunstancias en las que se encuentra él mismo.

A observação, em Luhmann (1997, p. 92), "*debe ser toda forma de operación que lleve a cabo una distinción para designar una (y no la otra) de sus partes*". O objetivo imediato⁷⁴ da observação sistêmica é observar o que outros observam (ou o mesmo observador em outro momento), constituindo uma observação de segunda ordem (*second order cybernetics*), em que o observador deve lançar mão de todos os preceitos da teoria

⁷⁴ Mediamente, a observação de segundo grau está baseada em uma nítida redução de complexidade do mundo das possíveis observações: só se observa a observação, e só com esta mediação se chega ao mundo, dado pela diferença entre igualdade e distinção das observações (de primeiro grau e segundo graus). Mas, como ocorre com frequência, a redução de complexidade é o meio para a construção de complexidade (LUHMANN, 1997, p. 94).

circular (constituição operativa dos sistemas, clausura operativa e autopoiese) para entender como é possível que uma operação possa se produzir a si mesma, ao produzir a observação.⁷⁵

Esse é, aliás, o paradoxo de ser, ela mesma, uma operação de observação, melhor dizendo, a diferença entre operação e observação (*re-entry into the form*).⁷⁶ Para Luhmann (2009, p. 168), o que a observação de segunda ordem faz é uma tentativa de observar o que o observador não pode ver devido à sua localização. A observação de segunda ordem "deve fixar exatamente o ponto a partir do qual se observa como o outro observa o mundo". Daí ser inócua a ideia de que dois sistemas possam ter acesso comum a uma mesma realidade, pois a observação é construída a partir de bases operacionais (pontos de partida) diferentes (2009, p. 126). "A única restrição em relação à observação é a de que se deve operar com um ponto cego, com um ponto de invisibilidade, que garante a unidade da diferença, não importando qual seja a distinção, uma vez que a unidade da diferença não é observável" (LUHMANN, 2009, p. 160).

O ponto cego constitui a distinção fundamental própria de um sistema social autopoietico, "que não pode ver que não pode ver o que não pode ver". O sistema simplesmente fracassa em observar a distinção fundamental subjacente à observação. O ponto cego é o preço que o sistema paga pela sua autopoiese, resultando que os sistemas sociais permanecem invariavelmente alheios ao contingente e limitados às suas próprias observações.

O observador não é o sujeito e sim uma classe de sistemas muito especiais que Luhmann chamou de *sistemas de sentido*. O observador é um sistema de sentidos que se produz a si mesmo enquanto produz distinções e os resultados dessas observações são significados organizados ao nível da percepção, da consciência e da comunicação.

Cada observação é dividida em dois: de um lado da observação fica o efetivamente observado e organizado em forma de significado e de outro fica o que não foi levado em conta, ou seja, todo o mais que não entrou no campo perceptivo. Uma vez que a percepção é sempre parcial, porque muita informação da realidade fica fora, é preciso sempre outra observação.

Rocha e Duarte (2012b, p. 15), destacando a obra de Maturana, descrevem a cognição como um acoplamento estrutural adequado aos sistemas vivos e seu aspecto ecológico. Para Maturana, *viver é conhecer*. Os sistemas vivos, determinados pela estrutura, quando interagem entre si, não permitem interações instrutivas, o que significa dizer que tudo

⁷⁵ Luhmann (1997, p. 93) conecta os conceitos de observação e contingência. "*Sólo las observaciones de segundo grado dan ocasión para referirse a la contingencia y eventualmente reflejarla de modo conceptual*".

⁷⁶ Expressão cunhada por Spencer-Brown (1972), que significa a reentrada da distinção naquilo que por ela mesma foi distinguido.

o que acontece em seu interior ocorre como mudança estrutural. Dessa forma, deve o observador entender a *cognição* como "lo que hacemos o como operamos en esas coordinaciones de acciones y relaciones cuando generamos nuestras declaraciones cognitivas" (Maturana).⁷⁷

Interessa uma breve noção de acoplamento estrutural em Luhmann. Os sistemas, na medida em que são completamente autodeterminados, se desenvolvem em uma direção determinada, tolerada pelo entorno. A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema chama-se *irritação*, e surge de uma confrontação endógena de eventos do sistema com possibilidades próprias, com estruturas estabilizadas, como expectativas.⁷⁸

O conceito de acoplamento estrutural, no dizer luhmanniano (2009, p. 136), corresponde a "um pequeno espectro de seleção de efeitos possíveis sobre o sistema, levando, por um lado, a que no sistema se realize um ganho muito alto de complexidade e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas". Assim, a função dos acoplamentos estruturais "consiste em abastecer de uma permanente irritação o sistema; ou, então, do ponto de vista do sistema, trata-se de uma constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante acoplamentos estruturais".

Em Luhmann, a sociedade é um sistema de comunicação,⁷⁹ de forma que o elemento central da sua teoria é a comunicação. Um sistema é definido pela fronteira entre ele mesmo e o ambiente, separando-o de um exterior infinitamente complexo. O interior do sistema é uma zona de redução de complexidade: a comunicação endógena do sistema seleciona apenas uma quantidade limitada de informações disponíveis no exterior.

A informação é o conceito-chave para teoria sistêmica. Representa um acontecimento que seleciona estados do sistema atualizando estruturas pré-concebidas para

⁷⁷ Cfe. Rocha e Duarte (2012b, p. 15), que, ademais, observam também, a partir de Maturana, a importância do construtivismo para a metalinguagem e a cognição da sociedade moderna, na medida em que permitem propor uma análise pragmática radical da comunicação e da linguagem.

⁷⁸ Não existe nenhuma *irritação* no entorno do sistema, nem sequer a possibilidade de transferência de *irritação* ao sistema. Sempre se trata de uma construção do sistema: "*El sistema tiene, entonces, la posibilidad de encontrar en sí mismo las causas de la irritación y aprender de ella, o bien imputar la irritación al entorno y así de tratarla como casual, o bien buscarle su origen en el entorno y quitarlo*", disse Luhmann (1993, p. 57). O ambiente pode afetar o sistema apenas a partir de irritações que são reelaboradas internamente. Reage aos estímulos não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. É a partir da seleção (depuração seletiva) de acontecimentos ocorridos no meio que o sistema pode atuar (LUHMANN, 2009, p. 132).

⁷⁹ Na teoria luhmanniana não é o homem que pode comunicar-se, apenas a comunicação pode comunicar-se, constituindo uma realidade emergente *sui generis*. Os sistemas de consciência também são sistemas operacionalmente fechados. Não podem ter contato uns com os outros. Não existe a comunicação de consciência a consciência, nem entre o indivíduo e a sociedade. A sociedade não é composta de seres humanos, mas de comunicações.

limitar as possibilidades e reduzir as complexidades. A seleção constitui um acoplamento interno e não um acontecimento que se desenvolve no meio, tendo como função excluir possibilidades e, com isso, reduzir a complexidade externa e aumentar a interna. A informação é sempre informação de um sistema.

A comunicabilidade é o elemento operacional por excelência dos sistemas. A teoria dos sistemas sociais está baseada, como se disse, na ideia de comunicação justamente porque a capacidade de comunicação representa um traço comum de todos os sistemas parciais, a modo de lhes permitir a autopoiese e o acoplamento estrutural. O sentido, na teoria dos sistemas sociais, depende da comunicação (e da linguagem). A compreensão do fenômeno social, por meio dos laços de interdependência, pressupõe a comunicabilidade. As normas de direito são comunicações providas de sentido e sua reprodução se dá apenas como comunicação, ou seja, como direito.

Os sistemas são autopoieticos porque reproduzem a si próprios, seus elementos e suas estruturas, e observam o mundo por meio do desenho próprio das suas distinções: sua observação encontra-se confinada dentro de uma distinção fundamental expressada pelo seu código binário.

Luhmann abstrai os seres humanos como base do sistema social, ou seja, os sistemas não podem mais ser concebidos como sistemas de ações humanas inter-relacionadas, mas sim de comunicações, ou, mais precisamente, enquanto sistemas autorreferenciais e autoprodutivos que produzem constantemente comunicação a partir da comunicação. Luhmann introduz, em substituição ao indivíduo, a comunicação e a operacionalidade às estruturas do modelo parsoniano.

A proposta epistemológica de fugir da subjetividade não representa que ele esteja desinteressado pelo homem, pelo indivíduo ou pelo sujeito. Ao seu desiderato de relativizar a filosofia da consciência, retira o foco do sujeito, do indivíduo, vezo perigoso da modernidade, sem, no entanto, suprimir o sentido humano de sua teoria. O que antes era o fundamento seminal das explicações sociológicas e filosóficas, agora se situa à parte na teoria, na medida em que o sujeito passa para o entorno dos sistemas sociais.⁸⁰ Este deslocamento, em absoluto, representa a redução da importância do sujeito. Significa apenas que o sujeito não pode mais

⁸⁰ Assim, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann recebe a crítica de Maturana, Morin e Capra, entre outros, no sentido de retirar o humano do “entorno” do social e colocá-lo com um papel central ao lado das estruturas. Luhmann disse que não é o homem que pode se comunicar, “somente a comunicação pode se comunicar”. Para esses autores, ao lado das estruturas formais e dos programas normativos, coloca-se também o cotidiano da vida e a informalidade, como condição de dar “vida ao sistema social”.

ser ponto de partida para a descrição da sociedade e a construção de uma teoria social responsiva e que atenda às complexidades da modernidade.⁸¹

O construtivismo, ao localizar os indivíduos (e, portanto, os sistemas psíquicos) fora da sociedade, não lhes retira a importância. Eles continuam essenciais ao ato da comunicação e entendimento. O entorno é parte inseparável da unidade que se conforma como sistema e não menos importante do que ele.

Os sistemas se formam a partir de algum tipo de observação do entorno, observação esta que organiza os dados e lhes confere significado. Dessa característica do entorno também participa o ser humano, e isso o enriquece mais do que se estivesse dentro do sistema. Aceitar, portanto, que os seres humanos são parte do entorno – e não parte do sistema da sociedade – possibilita a ampliação da sua complexidade. E isso enseja que os indivíduos ganhem em liberdade e em possibilidades de aumentar a gama de seus próprios comportamentos, incluindo condutas imorais e irracionais.

Sintetizando, a Teoria da Sociedade como Sistema de Luhmann representa uma proposta construtivista, funcionalista e generalista de teoria social. Sistemas representam uma quantidade de elementos em constante interação, que se diferenciam e delimitam em relação ao seu entorno, operando dentro dos seus limites, é dizer, operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos, tendo como função precípua mediar a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade de processamento do indivíduo por meio da redução de complexidade. Atuam, assim, como sistemas autopoieticos de comunicação, percebendo-se reciprocamente como sistemas de ação. Embora não tenham interfaces, produzem acoplamentos estruturais que são interações sistêmicas que permitem a comunicação com o entorno por meio de irritações e perturbações.

Na limitação da presente tese, remete-se o leitor à extensa obra de Luhmann e seus corifeus, centrando a investigação na tentativa de mostrar sua operacionalidade e a dinâmica sistêmica na práxis da decisão judicial.

Luhmann, em sua tarefa descritiva do Direito (Habermas intenta criticamente justificá-lo), chama a atenção para o fato de que sempre ocorrerá uma diferenciação funcional quando a sociedade estiver diante de um problema e precisar resolvê-lo. Cumpre ao Direito (na sua diferenciação funcional) o papel de comunicar expectativas de comportamento e fazer

⁸¹ Ver, sobre o chamado escândalo da teoria, Luhmann (1998, p. 156-166), em especial, cap. III-10, *La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre*. Melhor análise crítica em Izuzquiza (2008).

com que elas sejam reconhecidas.⁸² O significado social do Direito é admitido quando há consequências sociais justamente em virtude de sua potencialidade estabilizadora das expectativas comportamentais.⁸³

O Direito é, pois, uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal, social e objetivo (prático).⁸⁴ As expectativas temporalmente estáveis são as expectativas normativas, que constituem verdadeiras regras. São expectativas de conduta estabilizadas contrafaticamente, que se mantêm para o futuro mesmo diante da ocorrência do fato desestabilizador (conduta desviada). A expectativa violada é mantida (não é abandonada) e a conduta desviada (discrepância) é atribuída ao autor enquanto algo irrelevante para sua vigência.

Assim, a dimensão temporal da função do Direito atende à seguinte sequência: expressar expectativas de comportamento, comunicar tais expectativas e fazer com que elas sejam reconhecidas. Estas tarefas são desenvolvidas no sistema por meio de operações que não têm início nem fim, atuando circularmente na construção da estrutura que irá manter a história de produção das operações e, ao mesmo tempo, realizar as operações no sentido de condensá-las na forma de estruturas que conectam, recursiva e tautologicamente, as operações umas às outras, preparando as subsequentes e assim atualizando o sistema no tempo.⁸⁵

Se levarmos em conta a dimensão social, a generalização vai ocorrer com a institucionalização das expectativas. Institucionalizar é possibilitar que a expectativa saia do modelo simples de interação social entre duas posições e ganhe uma anuência suposta e simbólica geral capaz de constituí-la como pauta de comportamento comum válida para todos. A generalização social atribui à expectativa um consenso geral suposto, independentemente do fato de existir ou não a aprovação de cada indivíduo.

Na dimensão material (pragmática), a generalização tem a função de identificar as expectativas em um contexto fático. Na sociedade pós-moderna, a identificação de complexos

⁸² A função do sistema jurídico não reside na criação do Direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. “Ele envolve um filtro processual pelo qual todas as ideias jurídicas têm de passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito” (LUHMANN, 1985, p. 8).

⁸³ Em Luhmann, a função do Direito não é a de controlar condutas; se as condutas fossem controláveis, o Direito seria desnecessário. A conduta é sempre contingente, é o que ela é, mas poderia ser de outra maneira. (contingência é liberdade de escolha e, ao mesmo tempo, obrigação de escolher). Uma sociedade fracionada e completamente descentralizada é avessa à sujeição passiva.

⁸⁴ E as normas são estruturas simbólicas generalizadas congruentemente, representando dizer que não podem ser afetadas por fatos, mas apenas por comunicações.

⁸⁵ Cfe. Simioni e Pereira (2009, p. 6504). Estes autores descrevem a tautologia e a circularidade de operações e estruturas, afirmando, com Luhmann, que essa tautologia expressa a profundidade e a insólita abstração do conceito de autopoiese e representam que “as operações produzem as estruturas que reproduzem as operações, sem um início absoluto, nem um fim necessário” (Simioni e Pereira, 2009, p. 6504).

práticos de sentido socorre-se dos papéis sociais e dos programas de decisões. O direito, a propósito, é definido como complexo de programas decisórios.

No sistema jurídico, a autoprodução e a reprodução são possíveis graças à comunicação, que se revela polissemicamente, é dizer, uma de suas faces representa o lugar da interação formado por símbolos normativos com funções persuasivas; enquanto a outra mostra que este sistema de símbolos normativos age como elemento causal dos comportamentos sociais.⁸⁶

4.2 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DECISÃO JUDICIAL NO SISTEMA DO DIREITO

O sistema jurídico ou do Direito é um sistema parcial autônomo do sistema social, autorreferenciado porque tem a capacidade de produzir-se a si próprio pela autopoiese, como já dito. Mediante suas próprias operações, comunicativa e cognitivamente aberto, a partir da redução de complexidade encontrada no entorno, comunicando-se com a periferia e acoplando-se com o meio (demais sistemas e seus entornos), o sistema do Direito se atualiza nas suas funções e diferenciações funcionais, estabilizando, institucionalizando e dando praticidade às expectativas sociais, sempre tendo como referencial normativo a Constituição da República, que constitui por excelência o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político.⁸⁷

Neves (2012, p. 95-106) observa que o acoplamento estrutural permite as comunicações entre os sistemas parciais recursivos pré-dispostos à adaptação de seus programas de autorregulação. No caso dos sistemas sociais, possibilita, em última análise, o encontro entre o autodirecionamento jurídico e o autodimensionamento social. Age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais, possibilitando a constante e recíproca troca de influências entre os sistemas parciais, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui, promovendo uma solução jurídica à autorreferência do sistema político e fornecendo resposta política à autorreferência do sistema jurídico.

⁸⁶ Ver, a propósito, Arnaud e Dulce (2000, p. 318)

⁸⁷ A Constituição é o exemplo clássico de acoplamento estrutural, na medida em que promove a ligação entre o sistema jurídico e o político. Funciona, pois, como fator de exclusão e inclusão: inclui novos valores e exclui outros anteriormente impostos ao Direito. Constitui também um mecanismo de irritação do sistema por trazer novas comunicações.

Sabe-se que o Direito é um subsistema social porque ele tem a sua própria funcionalidade e responde ao seu próprio código binário de referência, e que a mais importante das suas funcionalidades é a decisão. A sua autopoiese dá-se a partir da distinção entre a sua unidade e a complexidade (seleção forçada) do seu entorno, ou seja, a existência de mais possibilidades do que se pode realizar.

O entorno, já se disse, é pura complexidade, desconhecimento, obscuridade, incerteza e desordem. Como o entorno é inçado de complexidades (no sentido das suas conjecturas), contingências e circunstâncias (que refletem perigo de desapontamentos e necessidade de assumir riscos), da sua total diferença e de comportamentos que infringem as normas, e como cada expectativa pode não ser correspondida, ao sistema é imperioso reproduzir a si mesmo apenas dentro da sua unidade, cortando o cordão umbilical que o une ao entorno, se autonomizando.⁸⁸ No seu universo depurado, é dizer, reduzido em complexidade e com limites devidamente demarcados, o Direito tem condições de existir, operacionalizar suas funcionalidades e desempenhar seu papel estabilizador das expectativas sociais.

O Direito é visto pelo observador⁸⁹ enquanto Direito, ou seja, a partir de um código binário próprio (diferença entre direito e não direito), como já se disse. É, pois, autorreferente no modo de observar a realidade, porque elege um código de comunicação que funciona como um filtro decodificador que lhe permite relacionar-se consigo mesmo e diferenciar estas relações diante das de seu entorno, compartilhando uma linguagem comum.

A resposta a esse teorema está em que a contingência adquire relevância para o sistema jurídico apenas segundo a diferença do seu próprio código de referência, isto é, na medida em que possa ser classificada a partir da diferença entre direito e não direito.

No seu próprio código, diz Luhmann (1990, p. 161), dispõe o sistema de uma contingência reformulada que lhe possibilita selecionar seus próprios estados e desenvolver

⁸⁸ O conceito de autorreferência exclui qualquer continuidade sistema e entorno. Quer dizer: cada descrição que o sistema faz do entorno (portanto, toda heterorreferência e toda abertura) só é possível com a construção do sistema. A complexidade do mundo não pode de maneira alguma ver-se refletida no sistema ou reproduzida por ele, porque isso implicaria a falência do sistema, o fim de sua autopoiese.

⁸⁹ Para a teoria da autopoiese sistêmica, o observador substitui o sujeito (do dualismo metafísico sujeito-objeto). O sujeito assujeitador (*subiectum*) dá lugar ao observador, e a observação fica dependente da posição do observador: não existe mais o observador absoluto, nem o objeto insuscetível de observação. Do observador é retirada toda a carga ontológica (absolutamente relevante para a filosofia clássica) e ele passa a ser considerado também fruto da observação que parte de alguma posição, preenchendo de construtivismo a operação de observação. Observar não é, para a teoria dos sistemas, acessar uma realidade situada no exterior, mas sim, observar as distinções: o que acontece em comparação com o que não acontece. A observação, diz Luhmann, não é arbitrária, "dado que a teoria dos sistemas fechados autopoieticos parte do pressuposto fundamental de que a operação dos sistemas, ao estar determinada estruturalmente (MATURANA), depende de sua estrutura e seu passado" (LUHMANN, 2009, p. 153).

seus próprios programas (normas, princípios, doutrina, decisões de casos precedentes etc.), que regulamentam o que deve ser considerado direito ou não direito em cada caso específico.

Cumprindo à doutrina, por excelência, a delimitação do código binário e dos subcódigos do direito, selecionando, na sociedade, os fatos que podem/devem ser considerados integrantes do sistema jurídico, numa relação não normativa, mas, antes, cognitiva. Sua atuação é mais dinâmica do que a normativa e mais estável do que a judicial.

Com isso, sintetizando, pode-se afirmar que a autopoiese do sistema jurídico significa que ele reproduz os elementos de que é constituído em uma ordem hermético-recursiva por meio de sua própria dinâmica interna, mas na dependência da interação com o seu próprio conjunto e da comunicação que estabelece com o entorno. No Direito, para Luhmann (1994, p. 20), a "comunicação autopoietica transmite, tanto na vida cotidiana como na prática organizada da decisão, a *qualidade normativa da comunicação* para a comunicação e reproduz, com isso, a si mesma".

Assim, o pressuposto para a constituição de um sistema jurídico autopoietico é o caráter mutável e relativamente transitório do Direito. A positividade do Direito exige que ele seja variável (em contraposição à imutabilidade do direito natural). O Direito positivo é válido porque poderá ser mudado por uma decisão (é válido em razão de decisões que garantem sua validade), nisso também reside a sua legitimidade. Em outras palavras, é o próprio Direito que atesta e acredita na sua validade, que exsurge exatamente da possibilidade de sua negação (não há legitimidade externa para a teoria sistêmica).

De uma maneira muito singela, pode-se afirmar que o Direito vigente produz frustrações, que são expectativas normatizadas não concretizadas, mas que, não obstante, se mantêm e, por isso mesmo, necessitam ser constantemente reprocessadas (ou estabilizadas, no dizer sistêmico). São as decisões judiciais que cuidam desta reciclagem, deste caminho necessário para depois serem absorvidas e servirem de base à mudança do Direito.

É curial notar que o hermetismo recursivo do sistema jurídico impede que haja *input* e *output* normativo. O Direito, afirma Luhmann (1994, p. 20),

não pode importar as normas jurídicas de um ambiente social (não existe nenhum 'Direito Natural'), tampouco pode dar normas a esse ambiente (as normas jurídicas não podem valer como Direito fora do Direito). A normatividade é o *modo interno de trabalhar do Direito*, e sua função social consiste, precisamente, em que cumpra a missão de disponibilidade e modificação do Direito para a sociedade. (grifo do autor)

O sistema do Direito se organiza autopoieticamente, fechado no seu interior, mas aberto ao entorno, é dizer: fechado operacionalmente e aberto cognitivamente. Todavia, bem observa Teubner (1993, p. 87) que a clausura autopoietica do sistema jurídico não implica necessariamente uma espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, funcionando justamente como condição para a sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio envolvente.

A evolução do Direito como sistema autopoietico reside na interação entre a parte endógena (unidade desprovida da complexidade e das contingências do entorno) e o exógeno social, porque funciona como unidade autônoma que interage com o mundo circundante ou ambiente, o que se dá exclusivamente por meio da diferenciação entre estruturas cognitivas e normativas de expectativas.

Toda a orientação do Direito em relação ao seu ambiente dá-se pela cognição. A atitude cognitiva está disposta a aprender. Pressupõe um esquema de aprendizagem que predetermina com suficiente clareza o que entraria em jogo como expectativa substitutiva, ao não se cumprir uma expectativa. Esses processos de aprendizagem criam as necessárias condições para o Direito se adaptar ao seu ambiente.

Avançando um pouco, tem-se que o Direito torna-se autopoietico quando suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto em que as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais e outros processos de criação endógena. Em outro dizer, quando suas normas se originam de outras normas do próprio sistema e suas decisões ou se socorrem de outras decisões antecedentes ou de normas do sistema, inclusos os contributos da ciência jurídica, que compõe o programa do sistema jurídico.⁹⁰

A autorreprodução do Direito somente ocorre quando as normas jurídicas perpassam atos judiciais (decisões) e vice-versa, ou, ainda, quando as normas procedimentais e a doutrina se imbricam mutuamente. Isso não solapa, nem abala, a recursividade hermética (o fechamento operacional) do sistema jurídico, pressuposto da sua autopoiese, senão que a confirma e, antes, comprova que a operacionalidade nos sistemas autopoieticos é comunicante.

De rigor, a diferença entre abertura cognitiva e clausura operativa encerra um interesse didático se enxergarmos a clausura como autorreferência e a abertura como heterorreferência da decisão jurídica. A decisão, ao conferir ao fato social (informações do

⁹⁰ Não existem *lacunas no direito*, quanto muito situações (problemas) de decisões não regulamentadas pela lei, visto haver mecanismos eficazes de proteção no sistema jurídico à disposição dos Tribunais.

ambiente) um valor conforme o Direito precisou da abertura cognitiva (heterorreferência) do sistema, para isso socorrendo-se dos programas do sistema jurídico – regras, princípios, doutrina e jurisprudência –, quando providos de caráter normativo válido.

Para a recombinação contínua de reprodução fechada e orientação ambiental aberta de modelos normativos e cognitivos de expectativa, o sistema jurídico faz uso de duas formas de comunicação: a decisão e os argumentos, que permitem a interpenetração/acoplamento entre as estruturas dos sistemas.

O sistema autopoietico do Direito, então, tem como elemento comunicativo próprio a essência mesma da sua funcionalidade, a decisão judicial, e é mediante a repetição dessa função básica de decidir que o sistema jurídico produz diferença e inicia sua própria autopoiese.

Portanto, na autopoiese do Direito, a jurisdição é fundamental, na medida em que ela agrega um dado indispensável, que se consubstancia no caráter coercitivo intrínseco à decisão judicial, a sua normatividade. Isso ocorre segundo o código do Direito, pela mediação do seu símbolo comunicativo: jurídico e não jurídico, que, em razão da ambivalência contraditória, pode ser aplicado a qualquer comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto.

Luhmann se intitulava o teórico das diferenças. Isso fica claro quando assentou (1990, p. 154) que a posição dos Tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela diferença entre legislação e jurisdição, ou seja, a diferenciação de um sistema jurídico autoconstituente encontra respaldo organizacional na diferenciação entre legislação e jurisdição, que se condensa na proibição da negação de justiça (regra do *non liquet*).

A separação de legislação e jurisdição é formulada paradoxalmente como não separação, como vinculação do juiz à lei, e isso possibilita a intervenção politicamente motivada na sociedade.⁹¹ Tudo depende da manutenção da separação e da canalização diferencial de influências externas. "A desistência da separação representaria o colapso do sistema jurídico e também o colapso da separação de Política e Economia", disse Luhmann (1990, p. 155).

A partir da diferenciação entre legislação e jurisdição, podem-se incluir os fundamentos de vigência do Direito no próprio sistema jurídico na forma de uma lei

⁹¹ Graças às relações de *feedback* existentes entre legislação e jurisdição (v.g., regulamentações globais em que a solução passa do legislador para a jurisprudência e vice-versa), ambos os órgãos do sistema jurídico interagem e cooperam, participando da atualização e aperfeiçoamento do Direito.

constitucional, concebendo-se aos juízes a função de não só aplicar a lei, senão que também de interpretá-la, na medida em que precisam julgar todos os casos que lhes são apresentados (LUHMANN, 1990, p. 154-155).

Essa diferenciação, ao lado de outras decorrentes de subcódigos (como a entre direito e não direito e normas jurídico-positivas e código binário e programação, que se materializam ou concretizam na organização), é importante do ponto de vista da estrutura da sociedade (sistema social) porque garante a diferenciação funcional das organizações e a interação entre estas segundo a divisão dos seus papéis, do seu trabalho e de suas respectivas funções. Ela vale, pois, ao nível organizacional como "pressuposto da especificação das tarefas", possibilitando que o sistema jurídico possa se diferenciar do seu entorno (mundo circundante) e para que ele possa, enquanto sistema operacionalmente fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias, dissolvendo assim "o paradoxo da unidade do que é distinguido" (LUHMANN, 1990, p. 151).

Os Tribunais são os órgãos centrais do sistema jurídico no sentido de que têm a responsabilidade pela atualização das operações do sistema (todo o mais, inclusive a legislação, constitui periferia).

Não existe hierarquia entre o órgão central, Judiciário, e a periferia, assim como não há um sistema mais importante do que outro (cada um desempenha uma função específica). A diferença entre ambos não implica nenhuma distinção de ordem hierárquica para a continuação da autopoiese do Direito. Pelo contrário, a diferença, em Luhmann, é uma forma de dois lados que demarca a separação destes dois lados e que pode estruturar o sistema como unidade de diferença, pressuposto para que possa existir. Sem periferia não há centro, sem centro não há periferia. A distinção foi formulada com vistas a um constante *crossing* (SPENCER BROWN, 1972).

O legislador fixa as condições a partir das quais os Tribunais podem entender, aceitar e praticar a decisão adjudicatória, afirmando sua existência. Assim, substitui-se a cadeia hierárquica por uma diferenciação entre centro e periferia. A organização da jurisdição seria um sistema parcial (subsistema) no qual o sistema do Direito tem seu centro.

A tomada de posição da magistratura significa que o juiz se subordina a restrições de comportamento que não são válidas para qualquer pessoa, ou seja, ele deve atender à produção de regras jurídicas voltando-se para os *standards* metodológicos e de conteúdo vigentes.

Para a periferia não há a necessidade de decidir; nela são manejados interesses de qualquer caráter, sendo desnecessária a distinção entre interesses legais e interesses ilegais.

Precisamente por isso, a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade: economia, família ou política, contribuindo para a criação do consenso social. As requisições de consenso se delegam à periferia e ficam introduzidas na forma do contrato ou da lei que se aprovou mediante consenso. De igual maneira, a legislação, ao ceder à pressão política, infiltra-se, cada vez em maior escala, nos espaços antes não ocupados pelo direito em vários setores da vida social. É na periferia que as irritações se formalizam (ou não) juridicamente. Os Tribunais, por sua vez, operam com base em um isolamento cognitivo muito mais drástico (“*sólo un minúsculo porcentaje de cuestiones jurídicas se presenta a los tribunales para que se decidan*”), possuindo uma zona de atuação menor na medida em que só operam com base no código direito/não direito, observa Luhmann (2002, p. 230).

A coação legal à decisão se resume na proibição da recusa da prestação jurisdicional (a não decisão não é permitida!), consagrando o princípio universal da proteção legal. Mesmo diante de *hard cases*, os tribunais devem tomar uma decisão, não obstante sejam as regras para tanto duvidosas. Os tribunais devem decidir onde não podem decidir. E se não podem, devem se esforçar por poder; se não se encontra o direito, deveria ele ser inventado, diz Luhmann (1990).

A decisão representa o terceiro excluído da própria alternatividade da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou melhor, a unidade dessa diferença. Um paradoxo na medida em que sempre pressupõe algo que é não é passível de decisão, e não apenas que não está decidido. Do contrário, a decisão já estaria anteriormente tomada e seria o caso de apenas reconhecê-la e reproduzi-la.

O paradoxo reside na relação desse terceiro excluído com a alternativa que ele constrói para se manter excluído – para poder decidir –, à semelhança do observador que não pode ser ele mesmo a distinção com a qual distingue, mas dever ser, antes, o ponto cego da observação (LUHMANN, 2002, p. 220).

Luhmann recorre à parábola do décimo segundo camelo para explicar como a introdução de uma referência externa vai complementar a ausência da possibilidade de decisão (no caso, o camelo cedido pelo juiz). A metáfora é assim contada por Luhmann: um beduíno de muitas posses fixou em seu testamento a divisão dos seus bens – basicamente os camelos – entre os três filhos homens.

Seguindo o costume, determinou que o mais velho deveria receber a metade dos animais, o segundo receberia um quarto e o terceiro um sexto. Quando da morte do beduíno, seu legado era de onze camelos. Como não havia como cumprir a regra na íntegra e não houve acerto entre as partes, a questão foi levada ao Cadi, o tribunal local. O juiz fez aos

litigantes a seguinte oferta: colocaria à disposição dos irmãos um dos seus camelos, e determinou: “Se Alá assim o permitir, devolvam-no tão logo for possível”.

Agora com doze camelos, a divisão do testamento tornou-se fácil: o mais velho recebeu os seis; o segundo, os três e o terceiro, os dois que lhe correspondiam – tudo segundo a determinação do pai. E os onze camelos da herança estavam distribuídos. Realizadas as operações, sobra um camelo. E então o juiz resgata o seu. Ou deixa-o. Este é o problema.

Desde o problema suscitado, se observa o paradoxo. Ou não se vê! De Giorgio (2007) explica que o direito é constituído de modo paradoxal, pelo qual o camelo é necessário e não é necessário. O camelo realiza uma operação simbólica. Ele constitui o fazer possível a operação. Nele, a operação e o resultado da operação se confundem.

E desta maneira que a indizibilidade constitutiva do paradoxo constitutivo do direito encontra a possibilidade de decidir: o sistema se bifurca e, através desta bifurcação, cada operação do sistema desparadoxiza o direito. A produção do direito é simultaneamente produção de não-direito. O paradoxo é tratado como se fosse uma contradição: a contradição entre direito e não-direito (DE GIORGIO, 2007, p. 32).

Nesta operação do sistema, o camelo, que permitiu uma divisão legítima do legado paterno daqueles irmãos, é supérfluo e indispensável ao mesmo tempo. Seria impossível, sem ele, fracionar adequadamente os animais, mas como o testamento não abrangia a totalidade dos bens, sua presença foi performativa para a solução do conflito, ao final da qual ele restou excedente. Luhmann refere no texto problemas interessantes como: ele será devolvido em atendimento à determinação do juiz? Ele pode ser devolvido? E se alguém contestar a decisão, como refazer o processo se o décimo segundo camelo não estiver mais à disposição?

No relato de Luhmann, a realidade do Direito produz-se porque se utiliza um camelo que não existe, ou ainda: um camelo que está porque não está. E é precisamente este paradoxo que torna possível a construção do sistema, melhor dizendo: *o camelo é o tornar possível a decisão*.

Como não se pode antecipar, num sistema jurídico, quais conflitos serão resolvidos, ele funciona como um sistema operativo fechado, isto porque somente precisa reproduzir suas próprias operações, mas ele é exatamente nessa base um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que deve estar disposto a reagir a proposições (*Anregungen*) de qualquer espécie, conquanto elas assumam a forma jurídica.

Assim, diz Luhmann (1990, p. 161), a proibição da recusa da justiça garante a abertura por intermédio do "fechamento" (*Geschloseinheit*), que constitui o paradoxo da

transformação da coerção em liberdade: se aos Tribunais é vedado não decidir, se os programas do Direito não são exaurientes, é preciso que tenham liberdade para decidir, ainda que esta liberdade se revele em termos, decorrência dos condicionamentos e limites que o próprio sistema elege, como são o seu código binário (jurídico - não jurídico) e os seus programas (normas, princípios, doutrina e jurisprudência).

A construção autopoietica da decisão judicial na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann traduz algumas peculiaridades que, de rigor, não fogem dos *standarts* metodológicos e conteúdos sistêmicos que se viu, valendo referir, por sua fundamentalidade, a noção de operação, enquanto conceito-chave da teoria sistêmica. As operações, sintetizando, atualizam constantemente as possibilidades de sentido disponibilizadas pela autopoiese do sistema, construindo novas estruturas circularmente e produzindo a diferença que constitui a realidade (diferença entre sistema e meio).

As decisões representam um tipo especial de operação do sistema. Do sistema porque, do ponto de vista do observador, não são os juízes que realizam essas operações. São elas operações sociais comunicativas referidas ao sistema do Direito a partir de condicionamentos estruturais em que se insere o sujeito prolator da decisão.

Para a teoria dos sistemas, o que interessa é a observação da complexidade, e o valor dessa observação não é percebido se o indivíduo continua preso à unidade de um sujeito do conhecimento, visto que na observação tanto há uma pluralidade de sujeitos como também os sujeitos observam o mundo com olhares paralelos. Luhmann, em seu construtivismo operativo, observa a teoria do conhecimento a partir da estrutura organizacional, superando distinção ontológica ser/não ser.

4.3 CONCILIAÇÃO E COMUNICAÇÃO

A construção de uma cultura organizacional no JEF fundada no incentivo ao diálogo e ao acordo significa a superação de uma visão bélica e estratégica, substituída por uma visão do processo como espaço de comunicação voltado à coordenação e à integração.

A comunicação é a base do sistema social na teoria funcionalista de Luhmann (2009, p. 293-315), sua unidade referencial e o pressuposto mesmo da autopoiese do sistema de comunicação (sociedade), por isso ele a concebe como uma improbabilidade. "A função da comunicação reside em tornar provável o improvável: a autopoiese do sistema de comunicação". A busca do entendimento depende da comunicação, que, atuando como mecanismo redutor de complexidade e de acoplamento estrutural entre os sistemas, possibilita

a troca de informações entre estes. Constitui, ademais, o pressuposto da decisão (a escolha de uma das alternativas e a renúncia às demais).

Para Luhmann (2009, p. 297), a comunicação, enquanto processo de seleções de sentido autônomas, autorreferenciais e fechadas, constitui uma realidade emergente, um estado de coisas *sui generis*, obtido mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) a seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; e c) a seleção realizada no ato de entender (ou não entender) a informação e o ato de comunicar. Fora da comunicação não há informação nem partilha da comunicação, tampouco ato de entender a comunicação.

Luhmann (2009, p. 294), infirmando a metáfora da mera transmissão⁹² (transferência), considera a comunicação um problema – apesar de imperceptível na vida quotidiana – improvável de se concretizar, mas necessariamente superável para se realizar.

O problema da comunicação é decomposto por Luhmann em três improbabilidades. A primeira delas é a de que “alguém compreenda o que o outro quer dizer” e é motivada pelo isolamento e a individualização da consciência de cada indivíduo – fruto da autorreferência do seu sistema psíquico – e depende do contexto (do meio) que por sua vez está circunstanciado pela memória de cada um.

A segunda improbabilidade consiste em aceder aos receptores. É relativa às contingências de tempo e espaço em que a comunicação é feita. Isto significa a manifestação da improbabilidade em comunicar a mais pessoas do que aquelas que estão presentes no mesmo espaço e tempo. Ainda quando há reprodutores móveis que possam ampliar o número de interlocutores contactados, continua a verificar-se a improbabilidade, pois nesse caso, volta-se a deparar com a primeira das improbabilidades: a incompreensão sobre o que o outro quer comunicar (LUHMANN, 2001, p. 42-43).

Como evento factual – e sendo assim –, já se encontram na sociedade elementos para superar a improbabilidade. Se existem sistemas sociais, é porque a comunicação é possível e esta possibilidade só se garante com a transformação das improbabilidades em probabilidades de comunicação, sendo que tal transformação regula a formação dos sistemas sociais, permitindo a evolução da sociedade.

Assim, deve-se entender o processo de evolução sociocultural como transformação e as possibilidades de estabelecer uma comunicação como possibilidade de êxito, graças à qual a sociedade cria suas estruturas sociais; e é evidente que não se trata de um mero processo de crescimento, mas de

⁹² Na teoria dos sistemas, a comunicação não transmite nada, havendo apenas uma redundância criada no sentido de que a comunicação inventa a sua própria memória, que pode ser evocada por diferentes pessoas, e de diferentes maneiras (LUHMANN, 2009, p. 299).

um processo seletivo que determina que tipos de sistemas sociais são viáveis e o que terá de se excluir devido a sua improbabilidade (LUHMANN, 2001, p. 44).

A comunicação acontece no momento em que se compreende a diferença entre informação e o ato de comunicar. No ato de entender a comunicação ocorre a conexão entre a informação e o ato de comunicar. Luhmann (2009, p. 307) observa que a "teoria da autopoiesis da comunicação foca a unidade comunicacional *no ato de entender a comunicação*, e exclui todo o restante. O entender deixa em aberto que se responda com um sim, ou com um não, pois, para que existe a possibilidade do não, na linguagem?"

A linguagem, aliás, é o meio fundamental da comunicação porque garante a regularidade da autopoiese da sociedade, criando uma base comum de símbolos com capacidade de estabelecer com clareza a intenção de comunicar.

Aqui, no limite do texto, convém assentar que, para Luhmann, ao contrário de Habermas,⁹³ o que se obtém com a comunicação não é o consenso, mas uma bifurcação da realidade.

Quem chega a entender a comunicação, considera tal entendimento necessariamente como premissa para rechaçá-la, ou para fazer a próxima comunicação. Sob essa consideração abstrata, a comunicação está aberta ao *sim* e ao *não*. E seria terrível que a comunicação basicamente favorecesse os *nãos*, e se convertesse numa espécie de técnica persuasiva. O processo comunicacional não deve obrigar a considerar a comunicação como um valor, mas deve estar sempre aberto à opção entre o *sim* e o *não* (LUHMANN, 2009, p. 307). (grifo do autor)

Em verdade, Luhmann não defendeu que a comunicação não deve levar ao acordo, mas sim que o ponto basal da comunicação é a bifurcação da realidade da comunicação: possibilidade do sim ou do não. E observa, ademais, que a sociedade atual tende mais ao *não* do que à concordância básica. Veja-se sua conseguinte locução (2009, p. 312):

Elevou-se tanto a aspiração pelo adequado, verdadeiro e justo, que os problemas já não podem ser resolvidos naquela mesma ordem, mas sim em uma prática de acordos momentâneos, para situações de passagem. Assim não se aspira ao consenso, mas ao acordo passageiro, e isso ocorre em um espectro muito amplo da realidade, que vai da política à relação matrimonial.

⁹³ Na sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas (2012, I e II) adepto da racionalidade comunicativa e da subjetividade e da intersubjetividade, também considera fundamental a comunicação. Não há outra saída para se apreender a racionalidade do mundo da vida, senão pela troca ou comunicação pública - discurso - de argumentos sobre aquilo que se experimenta, pensa e pretende.

A derradeira constatação vai no sentido da identificação de um paradoxo: na sociedade pós-industrial da informação e da comunicação, vivencia-se um momento em que o déficit de comunicação nos obriga a pensar na figura de terceiros para mediar a comunicação entre conflitantes para a viabilizar o consenso.

4.4 A DECISÃO E A CONCILIAÇÃO

Luhmann mostrou que a decisão do sistema judicial representa a sua razão de ser. As organizações são sistemas autopoieticos voltados à decisão. A ideia de decisão jurídica está na sua própria impossibilidade de decisão, o que a coloca sob a condição de ter que lançar mão de valores externos ao sistema, o que deve fazer segundo justificáveis argumentativas ou racionalidades também externas ao sistema de referência.

Caso não fosse impossível, ela seria apenas uma operação de reprodução de decisões anteriores (operações anteriores), desprovida de conteúdo inovador (redundante mesmo) e dispensando a necessária fundamentação argumentativa. Decorreria disso a sua inaptidão para produzir diferenças e conseqüentes atualizações no sistema do Direito, na medida em que seria apenas a repetição de decisões pretéritas.

Como fica a decisão do sistema judicial com a autocomposição? A solução consensual, substituindo a adjudicação judicial, representa, no sistema jurídico, assente a ideia contingencial de justiça, o mecanismo que permite a conectividade sistema-entorno e também a operacionalidade de um modelo decisório que se encaminha para uma base normativa edificada sob o signo da policontextualidade, do pluralismo e da reflexividade.

A consensualidade no âmbito do processo judicial, devolvendo aos conflitantes o poder de autocomposição, representa uma releitura da teoria sistêmica no que concerne à decisão, a essência mesma do sistema de justiça e seu desiderato organizacional. Há um deslocamento, uma transferência da busca do sentido do direito às partes, mas não desaparece o caráter autopoietico e autorreferencial da operação.

Por influência que vem tanto da periferia (doutrina), como do entorno (inclusos outros subsistemas, como o econômico e o político), a solução consensual representa uma revolução no processo de formação da decisão e acontece por meio de reiterados acoplamentos estruturais intra e intersistêmicos.

Acontecem reiteradas interações entre o sistema e o entorno, que preparam as mudanças estruturais dentro do sistema judicial, mantida incólume a organização, por meio de acoplamentos comunicativos amplos, mediados pela linguagem, que são as comunicações. A

linguagem é fundamental para garantir a autopoiese comunicativa segundo um código que possibilita a aceitação ou rechaço. Ao processualizar comunicações em forma de sons ou traços com sentido (oralidade) desenvolvem-se estruturas que fortalecem expectativas para que as comunicações sejam aceitas ou não.

Se observarmos a diferença entre a decisão adjudicada e a decisão autocompositiva, vamos perceber que a primeira é substitutiva da vontade das partes e a segunda representa o consenso entre essas vontades. A diferença que se estabelece a partir opção entre a decisão própria ou a decisão de terceiro é fundamental, do ponto de vista de uma observação sistêmica, para atender à necessidade de manter uma relação seletiva entre os elementos ou para a organização seletiva da autopoiese evolutiva do sistema.

Deste o início do processo de conciliação até a homologação do eventual acordo, operam as estruturas organizacionais da justiça autorreferencialmente diante do código binário direito/não direito. Quando o conciliador esclarece às partes acerca do direito, o faz com base na diferença direito/não direito. Depois, quando homologa o acordo, mais do que nunca, o juiz desempenha essa operação comunicativa autorreferencial consultando aos programas do próprio sistema, sobretudo os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e as regras positivadas.

A estrutura de produção do sentido normativo da decisão homologatória, usada pela referência comunicativa, leva em conta o código da diferença entre direito e não direito, não podendo deixar de observar a autorreferibilidade, sob pena de permitir a corrupção do sistema jurídico.

Por isso, um acordo ilegal não pode ser homologado, pelo menos quando celebrado diante das estruturas da justiça. Conquanto seja o Judiciário o centro do sistema jurídico, não decorre desta circunstância a natureza jurídica das suas decisões, mas sim do emprego da diferença entre direito e não direito.

No sistema jurídico, a transmissão da regulamentação das condutas, garantindo expectativas de comportamentos por meio das normas do sistema, tanto ocorre por obra dos juízes e tribunais ao decidirem os conflitos, dos legisladores, ao elaborarem novas leis, como pelos particulares, nas suas relações negociais e contratuais. Assim, as decisões jurídicas não constituem exclusividade da Justiça, embora seja este o seu *locus* por excelência.

A autocomposição pode também ser o caminho para a elevação do nível de “materialização” do Direito, uma das preocupações de Teubner, remetendo-se à teoria do Direito responsivo de Nonet e Selznick (2010), em que estes autores procuram explicar as

tendências de construção negociada do Direito a partir da crise interna do formalismo jurídico.

No caso dos conflitos em que são partes entes públicos, pode-se falar de uma clivagem entre elementos internos e externos ao Direito e de uma releitura democrática da relação de administração, em que o Poder Público transcende o seu poder enquanto ator político e "mira além das demandas que lhe são dirigidas em direção às necessidades que deve satisfazer, volta-se para os interesses dos que não têm poder e estimula a participação, tomando a frente da descoberta de novos problemas e aspirações incipientes", dizem Nonet e Selznick (2010, p. 169-170).

4.5 PERSPECTIVAS DA REFLEXIVIDADE E DA ABERTURA COGNITIVA DA JUSTIÇA: APROXIMAÇÕES NO SENTIDO DA VALORIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE COMO CONDIÇÃO À CONEXÃO ENTRE AS SEMÂNTICAS DA JUSTIÇA E DA SOCIEDADE

Uma nova metodologia do Direito como sistema autopoiético foi construída pelas Escolas de Luhmann e Teubner, centradas no fenômeno da globalização, em que a reflexão filosófico-científica do ordenamento jurídico não mais prioriza a manutenção da vigência do Direito e nem resguarda a intangibilidade do centralismo e da exclusividade social a seu poder, mas sim volta sua atenção em como reintegrá-lo ao contexto social, buscando formas de concepção de uma nova roupagem que permita ao Direito viger em uma sociedade global complexa, policontexturada e policentrada juridicamente, otimizando sua capacidade de estabilizar as expectativas normativas sociais e sua evolução.

É justamente a *re-entry* das análises sociológicas no Direito que permite a abertura de um “espaço imaginário” para a normatividade da justiça, mais adiante do direito natural e do positivismo.⁹⁴

A justiça, na perspectiva de Teubner, revela-se não mais primordialmente como uma construção do discurso filosófico. Ao contrário, ela deve ser reconstruída a partir de práticas sociais concretas e autoimagens constantemente modificadas do Direito, supondo a elevação do nível de conectividade com as modificações de distinções fundamentais nas estruturas sociais.

⁹⁴ A positividade, em Luhmann (1985, p. 7-17), significa que o Direito passa a ser visto pela legislação como, em princípio, modificável. Somente condições legalmente fixadas na legislação podem fundamentar objeções contra a vigência e a validade das leis.

Essa perspectiva evidencia a desvalia das aspirações jusfilosóficas a uma justiça universal, temporal e espacialmente válida, embora isso não represente um salvo conduto para o relativismo do tipo vale tudo. Ao invés disso, ela busca revelar as conexões ocultas entre a semântica da Justiça e as estruturas sociais (Teubner, 2001, p. 17).

Para o sistema do Direito e o seu centro, a justiça, o desafio é a aproximação com a semântica social, o que fica cada vez mais distante diante da sua complexidade (o entorno é pura complexidade). O acoplamento entre o centro do sistema jurídico (justiça) e o ambiente social do Direito (entorno) pressupõe o estabelecimento de zonas de contato entre ambos, mecanismos ou estruturas que ensejem a interação e o ajustamento condicionado de seus discursos. Nem a justiça pode corromper-se adotando um discurso que não é jurídico, segundo o seu código (direito/não direito), nem os fatos sociais podem ser olímpicamente olvidados.

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann, com o reforço epistemológico de Teubner, opera com o conceito de reflexividade, com o qual explica o processo de interação entre fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) na configuração dos sistemas jurídicos contemporâneos.

O conceito de direito reflexivo representa justamente as condições da comunicação sistema/ambiente que são pressupostos para a concreta interação entre o sistema social e os subsistemas jurídico, político e econômico e destes entre si e seus entornos. Em outras palavras, Teubner busca uma solução para o problema crucial da relação entre as semânticas da sociedade pós-moderna e da Justiça, concebendo uma reflexividade explicativa do processo de interação entre fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) nos modelos de solução de conflitos contemporâneos.

Teubner (2001) incorpora o desafio da aplicação da noção de Direito autopoietico em contextos reais e concretos: o processo jurídico de reflexão define a autolimitação do Direito, mas sempre dentro do contexto de seus vínculos com a realidade social. Com isso, a resposta somente pode ser encontrada se observados os limites regulatórios do Direito dentro deste contexto.

A reflexividade e a circularidade do Direito, propostas por Luhmann e Teubner, incorporando o desafio da aplicação da teoria do direito autopoietico em contextos reais e concretos, supõe três tipos de direito (formal, material e reflexivo) dimensionados por três níveis distintos (racionalidade interna, racionalidade normativa, racionalidade sistêmica). A cada racionalidade corresponde uma visão de sociedade. A racionalidade jurídica não se restringe às características formais do Direito liberal clássico, mas pode apresentar outra versão, uma nova racionalidade jurídica, um novo paradigma: a racionalidade reflexiva.

O contexto social atual, caracterizado pela intensa participação do Direito nas mais diversas áreas sociais, com todos os desdobramentos político-sociais daí decorrentes, revela uma racionalidade jurídica rematerializada antes de uma racionalidade extrajurídica. Tem-se hoje uma interdisciplinaridade forte no âmbito do Direito, que se obriga a recorrer notadamente às ciências sociais (*latu senso*), valendo-se de conceitos típicos da sociologia e da economia, bem como de seus conhecimentos teóricos, como tentativa de lograr êxito em seus ideais regulatórios, autênticas sociologização e economização do Direito.⁹⁵

A juridificação dos contextos sociais representa a comunicação e a integração entre os subsistemas do direito, da política e da economia, o que ocorre mediante acoplamentos estruturais. No entanto, a chave para assegurar que o sistema jurídico mantenha sua autonomia sem perder o insumo de fidelidade social indispensável está na capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.

É essa a condição democratizante que vai conferir legitimidade ao sistema jurídico (Teubner, 1989, p. 32). O pressuposto para a compreensão da autonomia do sistema jurídico está na relação tripartite de auto-observação, autoconstituição e autorreprodução. No momento em que a comunicação jurídica sobre a distinção básica lícito/ilícito inicia o processo de diferenciação em relação à da comunicação social geral, ela se torna inevitavelmente autorreferencial e é compelida a tematizar a si mesma, tendo por referência as categorias intrinsecamente jurídicas (fechamento operacional).⁹⁶

Esse é o processo que conduz à emergência de “círculos autorreferenciais”⁹⁷ no que respeita a atos jurídicos, normas jurídicas, processos jurídicos e dogmática jurídica, o que, por sua vez, implica uma maior autonomia do sistema jurídico. O sistema jurídico torna-se perfeitamente autorreprodutivo apenas quando seus componentes sistêmicos autorreferencialmente constituídos se encontram de tal modo imbricados que atos e normas

⁹⁵ Consultar Teubner (1996).

⁹⁶ O conceito de autorreferência exclui qualquer continuidade entre sistema e entorno. Quer dizer: cada descrição que o sistema faz do entorno (portanto, toda heterorreferência e toda abertura) só é possível com a construção do sistema. A complexidade do mundo não pode de maneira alguma ver-se refletida no sistema ou reproduzida por ele, sob pena de falência do sistema e do fim de sua autopoiese.

⁹⁷ Teubner observa a circularidade enquanto um movimento ao nível da hierarquia das fontes, em que a fonte superior aparece legitimada pela fonte inferior, levando a que o sistema se torne autorreflexivo, isto é, encontre dentro do próprio sistema a forma de legitimação. A autorreferência pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento do sistema residem não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas no interior do próprio sistema.

jurídicas se produzem reciprocamente entre si e o processo jurídico e a doutrina jurídica relacionam, por seu turno, essas inter-relações.

A auto-observação sistemática permite que as “irritações”, por força da constante interação com o ambiente, sejam apreendidas de forma a serem reconstituídas pelo sistema, introduzindo assim elementos materiais. Representa, pois, a capacidade do sistema de se estruturar espontaneamente: a sua ordem não é imposta pelo exterior, mas internamente através da interação dos elementos do sistema.

A doutrina jurídica produz autodescrições das operações jurídicas primárias e das respectivas estruturas, apesar de não produzir Direito válido e aplicável, estrutura somente as operações da sua produção. Mas o sistema jurídico utiliza as normas secundárias para a produção de normas de conduta primárias.

Quiçá hoje a mais relevante função do Poder Judiciário (epicentro do sistema jurídico) seja assegurar e valorar todas as observações dos sujeitos de direitos, é dizer, garantir eficácia para a pluralidade e a policontextualidade, sendo uma das hipóteses a mediação dos conflitos como condição para a descentralização do poder no corpo social.⁹⁸

E o Direito, paradoxalmente, precisa ser, ao mesmo tempo, valorizado em sua normatividade e cogência, embora se desloque das fontes estatais para a própria sociedade, para a periferia e para o ambiente. Deixa de ser monopólio estatal, em um processo de releitura da hierarquia das normas jurídicas, embora se mantenha centralizada na justiça a mediação estabilizadora dos conflitos.

Melhor dizendo, ocupando-se com o desempenho de uma função mais pacificadora e harmonizadora de interesses, pressuposta à preservação das normas primárias confrontadas com as normas (secundárias) criadas na periferia e no entorno com o código binário direito-não direito, que constitui a autorreferência do sistema jurídico. Responsável, mas não exclusivo, pela compatibilização normativa do Direito fragmentado nos conflitos dos segmentos autônomos da sociedade, talvez seja esta a melhor fórmula para adequar a funcionalidade do Poder Judiciário aos anseios da sociedade pluralista e policontexturada, com expectativas normativas contingentes e complexas, a demandar estabilidade.

O homem, a ciência, o Estado e o Direito constituem-se como discursos hegemônicos, pilares sobre os quais se edificou a razão moderna, instituindo uma ordem atrelada à narrativa homogênea da humanidade depois da secularização. Viu-se, pela lente dos

⁹⁸ Empregada a expressão em um sentido amplo, que contempla, tanto a *mediação* em sentido estrito e a *conciliação*, como a ideia de aproximação das partes e empoderamento, para uma solução autocompositiva do conflito de interesses judicializado ou em vias de sê-lo.

pós-modernistas, que houve um abalo desse discurso de legitimação, é dizer, nas chamadas metanarrativas. As concepções ideológicas sobre a humanidade e sua história entram em colapso, contestadas no interior desses mesmos discursos.

O questionamento e enfraquecimento das grandes instituições, sobretudo das de enquadramento e controle social, decorre do declínio das ideologias e metarrarrazões. A humanidade é convidada a questionar a validade de tais instituições que regem o vínculo social: elas também precisam ser (re)legitimadas.

O monopólio da justiça relaciona-se assim com um metarrelato, no mesmo grau que a verdade, que tende a esmaecer diante da liquidez (Bauman) da pós-modernidade, e, abalado seu discurso hegemônico, precisa encontrar nos novos discursos o seu fundamento de legitimidade. Ainda mais no cenário de intensificação do processo de globalização que assistimos atualmente, produzindo novos e mais complexos conflitos, a modo de comprometer a atuação quantitativa e qualitativa dos sistemas de justiça tradicionais devido à inflação das demandas que desnivela os fluxos e desqualifica as respostas apresentadas.

Se, na pluralidade dos jogos de linguagem, as estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo de linguagem não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas tão somente derivam da práxis das formas de vida real (WITTGENSTEIN, 1999, p. 23), parece sintomático que a semântica do Direito estatal, na sua abstração desencarnada e na sua racionalidade imanente à positivação, já não reúne as condições para suprir as expectativas sociais em toda a sua complexidade, perdendo espaço a sua normatividade, o seu simbolismo e a sua legitimidade.

Corolário dessa contingencialidade incontrolável, que desvela a insuficiência das teorias de Justiça fulcradas no direito exclusivamente estatalizado, que ignora os discursos dos demais sistemas parciais como pressuposto da solução dos conflitos, é a necessidade de uma completa releitura do papel do Poder Judiciário.

No exemplo extremo da obra *Crônica de Uma Morte Anunciada*, de Gabriel García Marquez, Teubner (2005) demonstra que a semântica social pode obstar a normatividade do direito, melhor dizendo, que a eficácia social do Direito pode ficar comprometida pelos discursos sociais hegemônicos e herméticos. "Não nos encontramos diante de um conflito de normas no interior de um discurso, mas de um choque de discursos colidentes entre si, de um

irreconciliável conflito de diferentes sistemas de regras" (p. 28). O Direito não é ouvido. O discurso da honra imuniza-se contra o idioma do Direito.⁹⁹

Trazendo o conflito de diferentes sistemas de regras descrito por Teubner para a nossa realidade de pesquisa, ou seja, para o cenário dos conflitos que o sistema de Justiça tenta apaziguar, verifica-se que é frequente, nas pretensões discursivas dos demandantes de prestações sociais, por exemplo, encontrar uma variação ou *fattispecie* do mesmo gênero, é dizer, um conflito (*différend*) em que o idioma econômico imuniza-se contra o idioma do direito, no qual preponderam os programas e códigos da economia. A resposta ao conflito que se esperava do sistema do Direito e da sua normatividade é ofuscada por uma outra orientação normativa concorrente. Descaracteriza-se o *litige*, isto é, o conflito capaz de ser solvido a partir de um mesmo idioma, o do Direito. A lógica econômica eficientista que nutre e coloniza as estruturas sociais encontra dificuldades para se acomodar dentro da binariedade lícito/ilícito.

A sociedade hipercomplexa dos dias atuais parece querer dizer alguma coisa semelhante, em outro contexto – o pós-moderno –, que não representa o discurso social da honra violada, mas o discurso social do consenso e da participação no processo decisório como condição da eficácia social e legitimidade da atuação judicial, tendo como pressuposto a adaptação do direito a uma nova forma de lidar com os discursos sociais, melhor trabalhando as irritações que o sistema jurídico produz no ambiente. Mas como pode a Justiça, na sua tarefa de solucionar os conflitos, levar em conta as várias gramáticas sociais e seus discursos conflitantes?

O Direito e a Justiça (sistema jurídico), na policontextualidade da pós-modernidade e seu pluralismo reescrito, passaram a ser constantemente confrontados e pendem às modificações. Superar seu autismo e dar voz às gramáticas e discursos dos demais sistemas parciais que colonizam as práticas sociais¹⁰⁰ é desafio do Direito.

Sob pena da perda de sua eficácia, diz Teubner (2002, p. 95), o Direito tem de abandonar o simples modelo de ameaça aos sujeitos (des)obedientes com sanções e reformular suas normas para enquadrá-las conforme as exigências de outros domínios e seus

⁹⁹ Ocorreu, diz Teubner (2005, p. 26), um conflito de diferentes sistemas de regras, o que Lyortard chamou de conflito (*différend*): “entre duas partes ocorre um conflito (*différend*) quando o apaziguamento do conflito pelo qual se confrontam ocorre no idioma de uma das partes, enquanto a injustiça, que a outra sofreu, não é figurada nesse idioma”.

¹⁰⁰ A própria prática jurídica também não foi poupada do politeísmo. A politização, a moralização, o cientificismo e a economização da prática jurídica transformaram profundamente os métodos de tomada de decisão judicial e o uso que fazem da doutrina jurídica (Teubner, 2002, p. 96).

discursos: o político, o econômico e o científico-cultural, que representam, ao lado do direito, uma espécie de neopoliteísmo weberiano composto por racionalidades excludentes.

A reflexão jurídica obriga-se a simular as práticas de outros subsistemas sociais de modo a produzir normas socialmente adequadas, isto é, normas que reflitam a lógica interna dos ambientes sociais do direito: equilibrar, por exemplo, os interesses como método judicial é uma típica simulação do processo político (Teubner, 2002, p. 97). As racionalidades dos sistemas parciais e suas reivindicações se infiltram poderosamente no Direito, que pouco controle sobre elas mantém, superando a idealização de uma frustrada pureza. O sistema de justiça passa então a decidir segundo o código de outros sistemas, notadamente, o do sistema econômico.

O sistema jurídico é impactado pela policontextualidade na medida em que para ela contribui com a sua própria racionalidade e porque observa outras racionalidades a partir de sua própria contextura específica. Teubner (2003, p. 102) mostrou que

o Direito não pode se livrar da ameaçadora policontextualidade da sociedade porque, primeiro, contribui para ela com a produção de sua própria racionalidade e porque, segundo, observa o pluralismo de outras racionalidades sociais através do espelho da sua própria racionalidade.

A legitimidade dos textos legais e suas normas concretizadoras, já se disse, assume um nível importante de dependência da aceitação dos seus destinatários. A legitimação democrática é hoje o único fundamento válido do Direito. Há uma tendência cada vez mais concreta do *accountability* que conecta justiça e sociedade, uma espécie de duplo controle, que se opera antes e depois da concretização do texto em norma.¹⁰¹

O Judiciário, sendo o centro do sistema jurídico, é afetado em sua funcionalidade institucional, vitimado, certamente, pela sua rigidez e formalismo para neutralizar litigiosidades que exigem equacionamentos eficazes, operacionalizados em moldes flexíveis à corrente do imprevisível e em tempo funcionalmente real. É igualmente impactado em sua

¹⁰¹ "Como o texto não 'carrega' o seu próprio sentido - sendo a norma o produto da atribuição do sentido ao texto - deixam de existir (de forma *stricto sensu*) julgamento 'de-acordo-com-a-lei' ou 'em-desacordo-com-a-lei'. A lei (uma vez apreendida enquanto realidade, é dizer, simbolicamente estruturada) nunca é 'em-si-mesma', nunca é 'ela mesma', porque somente se apresenta/aparece para nós mediante uma simbolização (pela linguagem). A norma é sempre o resultado da interpretação do texto. O texto não subsiste separadamente da norma (não confundir a equiparação entre texto e norma com a necessária diferença, que é ontológica). Nunca se sabe o que pode acontecer com a realidade até o momento em que se reduziu definitivamente a inscrever-se numa linguagem. Para a hermenêutica aqui trabalhada, 'o conteúdo de um texto jurídico (que somente passa a existir na *applicatio*) está na literalidade e além dela (e, também nos silêncios produzidos pelo texto)'. O que efetivamente produzirá a resposta acerca do sentido do texto é a faticidade, uma vez que *não existem conceitos sem coisas*. Portanto, é no plano da dupla estrutura da linguagem, isto é, na dobra da linguagem (nível apofântico e nível hermenêutico), *que se dá o sentido*" (STRECK, 2011, p. 306-308). (grifo do autor)

hegemonia ao ver-se relativizado em sua soberania formal pela ação de um setor econômico megapolitizado.

Por conseguinte, sofre com o desgaste da racionalidade do seu discurso de legitimidade, na perspectiva dos destinatários da normatividade, justo pela perda da capacidade de manter o respaldo da autonomia e a completude frente à formação e à ameaça de poderes de juridicidade paralelos, funcionalmente hábeis para as disfunções de uma sociedade complexa e fracionada, ou, melhor dizendo, das muitas sociedades que emergem e que demandam o poder de se auto-organizar, de criar suas estruturas e de construir o seu próprio Direito e que, paradoxalmente, demandam ao Estado certificar autoridade e normatividade.

O modelo constitucional de Estado Democrático de Direito reforça o papel da Justiça, em sua diferenciação funcional, no sentido de não só se colocar a serviço das limitações ao poder constituído, mas também de oferecer à sociedade um serviço que tenha a aptidão de solucionar democraticamente seus conflitos mediante a participação mais efetiva no processo de construção da solução adequada a cada caso concreto e, assim, estabilizar contrafaticamente as expectativas sociais normativas.

Eclipsado o modelo monopolista de Estado em seu projeto de generalização e estabilização das expectativas de conduta mediante a representação das normas, decorrência mesmo da crise do direito regulatório, que a sociologia (empirista) do direito mal consegue explicar, tende a repriminar ao sistema social as tarefas da auto-organização e autorregulação, que se expressam por meio de uma reunificação das forças livres das camadas mais profundas da sociedade.

O sistema jurídico brasileiro não se alforria do processo de transformações. Pressionado pelo paradoxo do Estado Democrático de Direito,¹⁰² no afã de encontrar respostas satisfatórias ao desafio de superação de sua crise multifacetada, que enlaça tensões de efetividade, eficácia, identidade e legitimidade, assume um renovado compromisso evolutivo.

Dito compromisso engloba uma de dupla funcionalidade: atender às novas exigências de ampliação do acesso democrático à jurisdição e efetivar os direitos humanos fundamentais reconhecidos na Constituição, até então carentes de concretização e de

¹⁰² Paradoxo porque quanto mais intensa e difundida a ideia de Estado Democrático de Direito, maior é o número de excluídos do seu âmbito: os não cidadãos. A cidadania, apesar de ser cada vez mais escassa e precária para os que a tem, é cada vez mais preciosa para os que não a tem. O mundo tem mais gente na condição de não cidadãos do que de cidadãos. Os cidadãos são muito mais *objeto* do discurso dos direitos humanos do que *sujeitos* de tal discurso, como tem insistido Boaventura de Sousa Santos ao longo de sua extensa obra.

sensibilidade social, mister que originariamente incumbia aos demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo).

Como reação espontânea à hegemonia e à rigidez da solução adjudicada de conflitos pelo Poder Judiciário, nas últimas décadas do século XX, começaram a se difundir novos métodos de solução de disputas, que logo, sincronicamente, se generalizaram no mundo ocidental, não como um fenômeno casual ou uma moda, mas sim como um dos fatores que servem para indicar emergência de profundas e transcendentais transformações no conjunto da estrutura social, no direito e na justiça.

O desafio evolutivo do sistema judicial está em, reduzindo a complexidade do ambiente, atualizar suas estruturas comunicativas para possibilitar a evolução social, fazendo sair do texto a Constituição – tanto a Constituição política e sua axiologia, como a Constituição jurídica e sua normatividade – num ambiente democrático que lhe confira a necessária legitimidade para ser protagonista da edificação de uma ordem jurídica mais justa. A tal mister, parece curial que se harmonize com a ideia de uma maior participação dos implicados nos seus processos decisórios e de implementação da promessa de concretização dos direitos fundamentais.

Conquanto se deva manter, no modelo brasileiro, o monopólio estatal da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR), que não se confunde com o monopólio da Justiça, a reflexão se constrói no sentido de uma abertura democrática da função jurisdicional em dois eixos interligados: um, que pressupõe a maior participação das partes conflitantes na construção da norma regulatória do caso concreto; e outro, que propugna a inserção do modelo de justiça consensual como técnica de gestão democrática dos conflitos de interesses, que se pode nominar modelo de tratamento adequado dos conflitos, cuja base estruturante é a autocomposição, relegando-se a solução adjudicada jurisdicional para a hipótese de insucesso da tentativa de conciliação entre as partes.

A proposta evolutiva das operações estruturais da Justiça para que, ao lado da solução adjudicada por sentença estatal se institua o modelo autocompositivo de tratamento adequado dos conflitos, que pressupõe o procedimento adrede concebido como mecanismo processual destinado a ser o momento do diálogo entre partes, passa pelo enfrentamento da problemática da releitura democrática do princípio da jurisdição.

É o próprio modelo estrutural de prestação jurisdicional que precisa evoluir para fazer face à complexidade e às contingências da sociedade contemporânea. A legitimação da atuação do sistema parcial do JEF há de ser haurida tanto dos procedimentos que vierem a ser instituídos para possibilitar essa efetiva participação dos implicados nas estruturas

comunicativas do processo decisório, como dos resultados que alcançar no sentido da concretude dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, em um sentido substancial.

Uma alternativa ao sistema de justiça é continuar tentando colocar em prática um modelo de jurisdição cognitivamente fechado, que nunca conseguiu implementar a contento, resolvendo todos os conflitos a modo substitutivo da vontade das partes. Outra, que se sustenta, seria reconhecer a incapacidade, ao menos para alguns tipos de litígios, como são os que tramitam no JEF, e assumir uma posição de protagonista ativo no incentivo ao empoderamento das partes para buscar pelo diálogo e o consenso a melhor solução para o conflito, adotando uma técnica gerencial de conflitos de interesses que possibilita o alargamento democrático do seu campo de atuação.

Resumindo. Pode-se cogitar da emergência de uma ideia de metajustiza, um ir além da justiça tradicional e um (re)pensar da própria essência do ato de julgar, uma profunda reflexão sobre a maneira como se produz e como se expressa a justiça estatal. Nessa nova epistemologia da justiça, o paradigma da força (coerção), do poder e da autoridade, enquanto fundamento legitimador (weberiano), tende a ceder espaço aos métodos negociais de solução de conflitos, à ascensão das técnicas cooperativas e de superação do confronto ostensivo. É cada vez mais realçada, em uma espécie de neocontratualismo, para usar a expressão de Chevallier, a necessidade de se contar com o consentimento da outra parte como abordagem construtiva e de resultados duradouros à resolução de conflitos.

5 BREVE PANORAMA COMPARADO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA EUROPEIA E DAS AMÉRICAS DO NORTE E LATINA

A emergência da Justiça Conciliativa, inclusive nos conflitos administrativos, representa um movimento globalizado. Há uma tendência de se estabelecer inclusive obrigatoriedade da prévia tentativa de conciliação como condição de procedibilidade na instância judicial. Vários países discutem hoje a jurisdição condicionada à tentativa da solução consensual (conciliação, mediação ou arbitragem), e alguns já a estabeleceram em seus sistemas judiciais.¹⁰³

Nos EUA, por exemplo, a *Alternative Dispute Resolution* (ADR) para os conflitos civis praticamente tornou-se obrigatória. Adota-se um sistema híbrido, com programas privados e programas de tribunais federais, estaduais e locais. Sem embargo, atualmente, viceja uma crítica doutrinária quanto às consequências dessa imposição.

Na Itália, se discute sobre a *giurisdizione condizionata*, com decisão da Corte Constitucional não reconhecendo a inconstitucionalidade material no condicionamento da ação à prévia tentativa de conciliação.¹⁰⁴

Na Alemanha, o Tribunal Federal de Justiça (BGH), com um argumento pedagógico, no sentido de criar a cultura da conciliação, afastou a alegativa de inconstitucionalidade. Da mesma forma, a Bulgária e a Romênia instituíram a conciliação obrigatória. Na Argentina, a conciliação prévia necessária vigora desde 1995, com resultados positivos para a desobstrução da justiça formal.

Deve-se ressaltar que os métodos consensuais de solução de conflitos, em quase todos os países onde são adotados, estão radicados em quatro ordens de ideias ou fundamentos. O primeiro (econômico), diz respeito a uma pressão neoliberal contra o protagonismo social judicial e em favor da previsibilidade, como clima favorável ao desenvolvimento do ideário capitalista e seus negócios.¹⁰⁵

O segundo (harmonizador) concerne a um projeto, encabeçado por movimentos americanos reacionários, de se incutir na sociedade a ideia de um aparente clima de harmonia

¹⁰³ EUA, Itália, Alemanha, Bulgária, Romênia e Inglaterra (em matéria trabalhista), por exemplo.

¹⁰⁴ Sobre a *giurisdizioni condizionata*, recomenda-se: Marzocco (2012), Di Feo e Nigro (2013) e Pinho e Paugartetten (2012).

¹⁰⁵ Apregoando acessibilidade, eficiência, independência, transparência, credibilidade e previsibilidade, o Banco Mundial estimula a aplicação dos MARD (Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas) para romper com o monopólio do Poder Judicial. Sobre o tema, consultar Candeas (2004) em alentado artigo sobre os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais.

e paz. A ideologia da harmonia, que está na base da ADR, é assim sintetizada por Nader (1994, p. 23):

Era uma mudança de pensar sobre direitos e justiça, um estilo menos confrontador, mais "suave", menos preocupado com a justiça e com as causas básicas e muito voltado para a harmonia. A produção de harmonia, a rebelião contra a lei e contra os advogados (vinda muitas vezes dos próprios advogados), o movimento contra o contencioso, foi um movimento para controlar aqueles que foram privados dos direitos civis.¹⁰⁶

O terceiro (funcional) representa uma necessidade, reconhecida pelos próprios tribunais, de fazer frente à sua própria falta de eficiência decorrente de carências estruturais e da conseqüente perda de legitimidade. Constitui, portanto, uma alternativa diante da insuficiência da Justiça tradicional de apresentar respostas quantitativa e qualitativamente adequadas, exacerbada pela crescente litigiosidade observada na sociedade contemporânea.¹⁰⁷

O quarto (político-social), que, bem compreendido, de rigor, deveria ser o primeiro e o mais importante, diz respeito a uma revolução paradigmática no Direito e na Justiça. Uma abertura para a socialização e a politização, o resgate da autonomia e da capacidade dos sujeitos sociais de solucionarem seus próprios conflitos. Em duas palavras: pacificação e cidadania.

É a partir dessas premissas que são vertidas essas aproximações acerca da evolução dos métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito dos principais sistemas de Justiça do mundo ocidental e a inter-relação com o sistema brasileiro, notadamente no que concerne a duas temáticas fundamentais: obrigatoriedade da mediação/conciliação e a incidência nos conflitos em que é parte o Poder Público.

¹⁰⁶ Nos EUA, a *Pound Conference: Perspectivas da Justiça no Futuro*, realizada no estado de Minnesota em 1976, foi o momento decisivo em uma época em que tanto o modelo de harmonia como o modelo de eficiência vieram, oficialmente, a substituir o litígio, procedimento jurídico considerado ideal. A conferência, organizada a partir do escritório do presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, visava a esboçar uma alteração cultural com ramificações que se estendiam para muito além da lei. Dramatizou-se uma forma de pensar sobre as relações sociais, sobre os problemas estruturais da desigualdade, sobre as soluções desses problemas através de meios culturais. Veio à tona uma preocupação central com a harmonia através da reforma dos procedimentos (NADER, 1994, p. 23).

¹⁰⁷ “A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o *fundamento funcional*. Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subseqüente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição” (GRINOVER, 2011).

5.1 ADR NOS EUA

Nos Estados Unidos da América, a mediação, a conciliação e a arbitragem são utilizados desde sempre.¹⁰⁸ Os colonizadores, para assegurar o cumprimento dos seus princípios morais e tradicionais preferiam a ADR, socorrendo-se do sistema judicial apenas como último recurso, diante da desconfiança que nutriam em relação aos advogados e à administração da Justiça.

O modelo de ADR mais conhecido provém dos procedimentos de resolução de conflitos nas relações entre patrões e empregados. Ao longo da história do país, seus tribunais, tanto civis como penais, se debatem com a explosão de litígios e a consequente sobrecarga de trabalho. Em razão disso, passaram a demorar na entrega da prestação jurisdicional, gerando a insatisfação dos cidadãos frente ao sistema formal de justiça.

A partir desta realidade, diversas organizações se estabeleceram para proporcionar os serviços de mediação, conciliação, arbitragem e outros meios alternativos de resolução de disputas, constituindo-se uma ampla rede de serviços voltados para a ADR, tanto apenas complementando, como efetivamente deslocando para instâncias privadas os procedimentos utilizados pelos órgãos jurisdicionais.

Na década de 1970, ante o colapso dos tribunais e o crescente desejo dos cidadãos de participarem da tomada de decisões que lhes afetavam, a administração do presidente Jimmy Carter impulsionou a criação dos primeiros Centros de Justiça Vicinal. O objetivo desses Centros, conhecidos como *programas de mediação comunitária*, era oferecer uma alternativa à Justiça oficial que permitisse aos cidadãos solucionarem seus próprios conflitos.

No início da década de 1980, alguns programas de mediação comunitária tentaram repetir o êxito obtido nesse âmbito junto aos conflitos escolares, ensinando aos estudantes a mediar em seus problemas, constituindo-se os centros escolares em verdadeiros espaços de resolução não adversarial de conflitos. Entre as experiências mais interessantes, encontram-se as dos *Community Boards* de São Francisco, precursores dos programas de justiça social nos Estados Unidos desde 1982.

Em 1985, o Congresso aprovou o financiamento de oito programas pilotos de arbitragem endoprocessual obrigatória. Posteriormente, em 1988, o *Judicial Improvements and Access to Justice Act* (Lei sobre aperfeiçoamento judicial e acesso à justiça) não somente

¹⁰⁸ Segundo Ripol-Millet (2001, p. 36) "na América do Norte, o 'concerto amistoso' foi sempre e é, ainda, em algumas das muitas culturas que configuram o país, um caminho alternativo de resolução de disputas menores, que se pratica, com frequência, por meio de serviços privados de conciliação e mediação...".

autorizou o prosseguimento das experiências, mas inclusive as incentivou e ampliou. Dois anos depois, o *Civil Justice Reform Act* (Lei sobre a reforma da justiça civil), de 1990, favoreceu enormemente a afirmação e o desenvolvimento da ADR dentro da Justiça Federal. A esses procedimentos, menos ortodoxos, é dado o nome genérico de *Alternative Dispute Resolution – ADR*.¹⁰⁹

No sistema judicial americano, a solução consensual sempre representou um caminho alternativo de resolução de disputas menores, sendo a ADR (a sombra do sistema de Justiça: *Shadow of Justice*) amplamente praticada por meio de serviços privados de conciliação e mediação, que também fazem parte da estrutura judicial. Tanto é assim que, ao ingressar no prédio da Justiça, o interessado é imediatamente encaminhado para uma triagem especializada, sendo encaminhado a uma das portas de solução de conflitos: pequenas causas, assistência social, serviços psicológicos, mediação, conciliação ou arbitragem.

A ideia de tribunal multiportas, hoje implantada em quase todos os Estados americanos, com o apoio da *American Bar Association*, surgiu no ano de 1976, na Conferência sobre a Insatisfação Pública para com o Sistema de Justiça, ocasião em que foi apresentado o inovador projeto *Multi-Door Courthouse* pelo professor de Harvard E. A. Sander. Em 1983, a partir do manifesto de Derek Bok, enviado à Harvard, sobre o ensino jurídico, propondo que as Faculdades de Direito orientassem seus alunos para as práticas amigáveis da conciliação e do acordo, surgiu o Movimento conhecido como ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Nos Estados Unidos, o *Multi-Door Courthouse* é uma instituição *top-down* que redireciona casos ao fórum mais adequado (*screening process*). Nem sempre reconhece que as decisões judiciais são o processo indicado para todos os casos. Ou seja, a Corte MultiPortas introduz as partes no sistema judicial e, em seguida, dependendo tipo de conflito, as encaminha ao mais apropriado método de resolução do conflito. Também fornece um link, permitindo que a lei e as normas culturais das partes possam ser integradas através de um processo ADR, compatibilizando, assim, normas legais e culturais, Direito e práticas sociais. Essa estrutura revela-se eficiente e eficaz na medida em que permite às partes chegar a uma

¹⁰⁹ Seu conceito formal foi assim disposto pela lei federal conhecida como *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*: “For purposes of this chapter, an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial, and arbitration...” (tradução livre: “Para os fins desse capítulo, um processo de resolução alternativa de litígios abrange qualquer processo ou procedimento, não presidido nem julgado por um juiz togado, em que uma terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução de questões controversas, através de procedimentos como análise precoce e neutra, mediação, mini-julgamento e arbitragem...”).

solução relativamente barata e rápida, aumentando o nível de satisfação com o resultado e a probabilidade de cumprimento dos acordos.

Em 16 de agosto de 2001, a Conferência Nacional de Comissionados em Leis Uniformes Estaduais "*National Conference of Commissioners on Uniform State Law*" (NCCUSL), cujo objetivo é desenvolver leis uniformes e leis-modelo, estimulando a ratificação e aplicação pelos Estados, aprovou o "*Uniform Mediation Act*" (UMA), também aprovado pela *American Bar Association Philadelphia, Pennsylvania*, em 4 de fevereiro de 2002. Essa lei promove a uniformidade no processo de mediação nos EUA, fazendo referência expressa à mediação comercial internacional e às assinaturas eletrônicas no ato do comércio global e nacional.¹¹⁰

O direito norte-americano conhece diversos modelos e técnicas alternativas de solução de conflitos. Considerada a sua relação com o processo, a ADR pode ser endoprocessual ou extraprocessual. Os dois modelos principais são o *consensual-oriented model* (modelo de autocomposição): *mediation, early neutral evaluation (ENE), summary jury trial, minitrial e judicial settlement conference*,¹¹¹ e o *decision-oriented model* (modelo heterocompositivo): *arbitration, com as variações court-annexed arbitration, final-offer arbitration, one-way arbitration, night baseball arbitration, binding arbitration e non-binding arbitration*. Quanto à natureza, são opções do usuário: a) *Court-Sponsored ADR Process (non-binding arbitration; early neutral Evaluation (ENE) e mediation)*¹¹² e b) *Private ADR*.

¹¹⁰ Consultar, sobre a Lei Uniforme de Mediação nos EUA, Alves Júnior (2004, p. 221-237).

A lei que implantou a unificação da legislação da mediação nos EUA foi editada a partir da proliferação de mais de 2.500 regulamentos estaduais e federais em vigor no país. Entre as vantagens apresentadas pela unificação, destaca-se a possibilidade de o procedimento de mediação transpassar as fronteiras dos Estados, permitindo às partes resolverem seus conflitos longe deles, seja via internet (mediação *online*), seja por qualquer outro meio de comunicação, com base num procedimento previsível (as partes podem conhecer as regras pelas quais se rege o processo de mediação, independentemente do lugar em que se realize) e de acordo com o princípio de autonomia das partes.

¹¹¹ A *settlement conference* é a técnica que mais se assemelha às conciliações judiciais do sistema brasileiro. Em uma audiência de conciliação, um juiz magistrado coordena, orienta e facilita os esforços das partes e seus advogados para negociarem um acordo. Alguns juízes da *settlement conference* usam técnicas de mediação na reunião para melhorar a comunicação entre as partes, sondar barreiras à solução amigável e ajudar na formulação de resoluções. O juiz pode articular pontos de vista sobre o mérito do caso ou os pontos fortes e fracos das posições jurídicas das partes. Em aproximadamente um terço dos juizados federais distritais, essas audiências de conciliação são presididas não pelo *district judge*, mas por um *magistrate judge*. Inicialmente a designação dessas audiências de conciliação ficava ao critério de cada juiz. Em 1983, porém, a obrigatoriedade da realização de tal audiência na justiça federal foi institucionalizada através da alteração da *Rule 16 das Federal Rules of Civil Procedure* (art. 16 do "código de processo civil federal"). A partir dessa reforma, portanto, os juízes federais devem necessariamente aprazar audiências de conciliação, onde se busca a conciliação ou, frustrada esta, encaminhar o processo a um dos procedimentos alternativos de resolução de controvérsias (cf. FACCHINI NETO, 2011).

¹¹² Há ainda uma técnica de ADR denominada *fact-finding*, um processo pelo qual os fatos relevantes para a solução da controvérsia passam por uma análise neutra de um especialista, designado pelo juiz para apresentar parecer técnico, científico ou jurídico (geralmente um ex-juiz), podendo tal parecer ser vinculativo ou apenas consultivo.

Opera nos EUA uma verdadeira "indústria" dos meios alternativos, com mais de mil ADR *brokers* (corretores de ADR), os quais disputam entre si o mercado, oferecendo serviços diferenciados. As empresas mais conhecidas são a *American Arbitration Association* e o JAMS (*Judicial Arbitration and Mediation Services*), uma sociedade de capital privado que detém o monopólio da ADR em alguns dos Estados. Esses serviços são controlados pela *Judicate, Inc.*, que instituiu e administra o "Sistema Nacional de Cortes Privadas" (*The National Private Court System*).

Existem também inúmeras empresas de arbitragem, normalmente presididas por juízes aposentados, que usam togas, ouvem testemunhas sob juramento e atuam sob o princípio do contraditório - ou seja, vestem-se como juízes, agem como juízes, decidem como juízes, mas não são (ou não são mais) juízes. Esses "juízes particulares" são relativamente bem remunerados - de US\$ 150 a US\$ 300 a hora de trabalho (FACCHINI NETO, 2011, p. 124).

Atualmente, nos EUA, os tribunais em geral, após a resistência inicial, aderiram a esses sistemas alternativos, justificando-os com base na redução do número de processos, na economia de tempo e dinheiro e na constatação de que tais métodos, para certos conflitos, são mais eficazes. Alguns Estados, além de criarem o sistema multiportas, tornaram obrigatória a prévia tentativa de acordo.

Existem diversos programas e categorias: uns são patrocinados, financiados e, frequentemente, administrados e dirigidos diretamente pelos tribunais; outros têm vinculação e compromisso com os tribunais ou com outros órgãos públicos para prestar serviços de resolução de disputas. Há, ainda, os programas independentes, com ou sem fins lucrativos.

Na Flórida e na Califórnia, a prévia tentativa de conciliação é obrigatória. Todavia, em todos os casos, o seu resultado não é vinculante, podendo a parte interessada requerer um novo julgamento pela justiça ordinária. Trata-se substancialmente de uma condição de procedibilidade da ação civil, embora qualificada.¹¹³

Existe na Califórnia o *ADR Multi-Option Program*, que é um programa destinado a encorajar os litigantes, em um grande número de casos, a usar a ADR e proporcionar-lhes uma completa e sofisticada assistência jurídica a fim de que possam identificar o tipo de ADR mais adequado para solucionar o seu caso particular.¹¹⁴

¹¹³ Consultar, a propósito, Facchini Neto (2011).

¹¹⁴ Os litigantes, em certos casos, quando a reclamação é arquivada, são obrigados a participar de um Processo de ADR Não Comprometido (*non-binding ADR Process*) oferecido pelo Tribunal de Justiça (Arbitragem, Pré-Avaliação Neutra ou Mediação) ou, com a autorização do juiz designado, podem substituir o *Processo de ADR* oferecido por um prestador particular. A menos que eles tenham estipulado um Processo de ADR até a

O traço distintivo mais importante entre o sistema americano e o brasileiro, além da longa tradição (*commow law*) extra e endoprocessual, bem como dos investimentos em infraestrutura e assimilação da cultura de ADR, reside, como tudo na América, no interesse e na capacidade da sociedade usuária de arcar com os seus custos financeiros.

Há nos EUA uma verdadeira cultura de os terapeutas, empresários, advogados, juízes e outros profissionais liberais aposentados passarem a atuar como mediadores, buscando novos horizontes no setor de resolução consensual de conflitos, animados pelo interesse que despertam no público eventos como as “Semanas de Acordo” e “Semanas da Resolução de Litígios”, no âmbito estatal. Nessas oportunidades, toda a atividade judicial paralisa para que juízes e voluntários prestem serviço como mediadores e conciliadores resolvendo um número elevado de conflitos. Tudo isso é feito mediante adequada remuneração: eis o grande diferencial em relação ao nosso sistema.

No Brasil, a condição financeira limitada das partes usuárias dos serviços da justiça pública não permitiria maior investimento em ADR privada, notadamente se pensarmos em termos de Juizados Especiais (demandas de pequeno valor), em que a administração da justiça, quando se vale do trabalho de terceiros – como são os conciliadores na Justiça Federal –, deseja fazê-lo a título de mera filantropia ou benemerência, ou seja, sem qualquer remuneração, o que torna muito difícil a tarefa de contar com um quadro qualificado e permanente de profissionais para atuar como conciliadores.¹¹⁵

5.2 AUTOCOMPOSIÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA (DIRETIVA 2008/52/CE)

No sistema europeu, a política de valorização da solução consensual de conflitos entrou na pauta da *European Judicial Area*, depois da edição da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, compelindo cada Estado-Membro a discutir e inserir ou criar textos legais que contemplem os mecanismos de solução amigável

data estabelecida na ordem inicial definida na Conferência de Gestão de Processos (Case Management Conference), bem como prazos para a ADR, um advogado autorizado deve participar de uma teleconferência em conjunto com a equipe jurídica da Unidade de ADR para considerar a adequação das opções de ADR para o seu caso. Quando as partes não houverem estipulado um processo de ADR antes da Conferência de Gestão de Processos, o juiz designado irá discutir as opções de ADR com o advogado nessa conferência. Se as partes não concordarem com um processo antes do final da Conferência de Gestão de Processos, o juiz irá selecionar um dos processos de ADR oferecidos pelo Tribunal, ou pode remeter o caso para uma audiência de conciliação (*Settlement Conference*) presidida por um magistrado, a menos que esteja convencido de que o processo de ADR não é susceptível de produzir para as partes benefícios suficientes para justificar os recursos consumidos pelo seu uso.

¹¹⁵ Facchini Neto (2011, p. 131) afirma que, nos EUA, o caráter voluntário de algumas iniciativas em ADR não significa trabalho gratuito – algo quase inimaginável naquele país – em que árbitros e mediadores são adequadamente remunerados por seu trabalho, mesmo quando atuam em ADR endoprocessual.

dos conflitos. A Diretiva ensejou alterações significativas nos ordenamentos nacionais dos Estados Membros (EEMM) da União Europeia.

Na União Europeia, o desenvolvimento da autocomposição responde à necessidade de melhorar o acesso à justiça como aposta política. A razão principal para uma regulação comum no âmbito da União Europeia decorre da existência do denominado espaço comum europeu de segurança e justiça. O desaparecimento das fronteiras interiores entre os EEMM supõe que os cidadãos possam se estabelecer livremente em qualquer lugar da UE e ali desenvolver suas relações sociais. Dessas relações, obviamente, surgirão conflitos que precisarão ser resolvidos e as soluções alcançadas deverão ter eficácia em todo o território. Justamente por isso, uma das linhas fundamentais de atuação comunitária, desde o Tratado de Amsterdam, é a de garantir a livre circulação ou eficácia transnacional das decisões judiciais e o mútuo reconhecimento dos direitos, como se fosse um único país.

Por outro lado, sob os auspícios da Comissão da União Europeia, e com o deslocamento no sentido de um espaço judicial comum, augura-se que a implantação do modelo consensual resulte em um ícone de identidade da Nova Europa e, ao mesmo tempo, um meio para tratar a crise de administração da Justiça, que representa um grave problema, comum a todos os EEMM.

Nesse sentido, foi editada a Recomendação 98/257/CE, sobre procedimentos extrajudiciais, propugnando a concepção de um sistema alternativo ao judicial para a resolução de conflitos, baseado na intervenção de um terceiro mediador, sobretudo em face da desproporção dos custos econômicos da justiça contenciosa e da peculiaridade dos interesses objeto de certos litígios.

Na Proposta de Diretriz ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre mediação em matérias civis e comerciais, de 22 de outubro de 2004, Exposição de Motivos, reconheceu-se a necessidade de os EEMM, além de impulsionarem esses métodos, garantirem, em todo caso, um sistema jurídico eficaz e justo que cumpra os requisitos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Destaca-se, também, que a utilidade de ampliar o recurso à mediação reside essencialmente nas vantagens do próprio mecanismo de solução de litígios: uma maneira mais rápida, simples e econômica de solucionar conflitos, com o adicional de permitir que sejam levados em conta mais aspectos particularizados do interesse das partes. Isso aumenta as possibilidades de alcançar um acordo, que será respeitado voluntariamente, preservando uma relação amistosa e sustentável entre os conflitantes. Ressalta ainda a proposta que “a mediação tem um valor próprio como método de resolução de litígios ao qual cidadãos e

empresas devem poder ter fácil acesso, e merece ser promovida, independentemente de seu efeito de descarga da pressão sobre o sistema judicial”.¹¹⁶

Essa orientação se concretizou com a Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, diploma comunitário que constitui um marco no desenvolvimento da mediação na Europa, na medida em que os EEMM foram obrigados a dispor legislativamente sobre a matéria. Ademais, ficaram comprometidos com a obrigação de fomentar a utilização das vias alternativas para a resolução de controvérsias (ADR), como sistemas complementares à via judicial contenciosa tradicional. O objetivo da Diretiva foi o de assegurar um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça.¹¹⁷

Conquanto tenha a Diretiva um caráter comunitário, estando focada imediatamente na regulação de conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia entendem que a adoção da mediação, mesmo no cenário interno dos EEMM, significaria maior rapidez na solução das controvérsias, baixo custo a ser despendido, previsão de uma maior disposição das partes envolvidas no cumprimento espontâneo e preservação da relação amigável entre os interessados.

A Diretiva definiu mediação, em seu artigo 3º, como um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu conflito com a assistência de um mediador, podendo este processo ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou, ainda, imposto pelo direito de um EEMM, excepcionando sua adoção em matéria tributária, administrativa e de responsabilidade civil do Estado.¹¹⁸

¹¹⁶ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>>. Acesso em: 23 ago. 2104.

¹¹⁸ As principais orientações da diretiva são as seguintes: 1. A mediação deve ser precipuamente voluntária, gozando os litigantes de liberdade para a busca desse meio para a solução de seus conflitos, ressalvada a possibilidade de previsão de sua realização de forma obrigatória pelos Estados-Membros, desde que não venha impedir o acesso à justiça; 2. Deve ser pautada pela informalidade, detendo as partes ampla liberdade para organizar o procedimento a ser adotado na mediação; 3. Ausência de prazo, permitindo que a parte encerre a mediação a qualquer tempo, autorizando os tribunais a fixarem prazo máximo para sua duração; 4. Possibilidade de incentivo à mediação pelos tribunais quando oportuno, bem como deverá cada Estado-Membro promover a formação e capacitação dos seus mediadores; 5. A normatização pelo ordenamento interno dos países no sentido de dar executividade aos acordos obtidos na mediação e ainda assegurar a confidencialidade da mediação, inclusive em relação à divulgação de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo de mediação, situações em que será possível divulgar as informações.

O item 2º do artigo 5º da citada Diretiva comunitária permite aos EEMM instituírem o uso da mediação de forma obrigatória ou que a sujeitem a incentivos ou sanções, tanto antes como após iniciado o processo judicial, desde que isso não impeça as partes de exercerem seu direito de buscar o sistema judicial.¹¹⁹

5.3 AUTOCOMPOSIÇÃO NA FRANÇA

A França foi um dos primeiros países europeus a incorporar a mediação nos seus textos legais. Desde 1995 está estabelecida a mediação judicial, disciplinada pelo Código Processo Civil, possibilitando ao juiz propor, com o consentimento das partes, a prévia tentativa de mediação. A popularidade da mediação é, vale destacar, decorrência de um compromisso do governo, que produziu diversos textos sobre o assunto e adotou medidas e ações propositivas.¹²⁰

Roger Perrot (1998, p. 161-168) salienta o esforço do sistema jurídico francês para a introdução das formas consensuais de solução de conflitos judicializados, uma luta de meio século para modernizar a justiça e o processo, com “uma única e mesma preocupação, a de aceleração da justiça”. Para Perrot, a fluidez do processo civil francês tem sido favorecida pela “solução alternativa dos litígios” (conciliação e mediação), estimulada pelo direito positivo como forma de resolver o problema do acúmulo de processos e da lentidão da justiça.

A solução veio de duas maneiras: a) incluindo-se entre as funções do juiz “a missão de conciliar as partes” (Novo CPC francês, art. 21); ou b) instituindo, em todo órgão judicial, a figura de um elemento (externo) auxiliar do juiz, denominado conciliador, que atua preventivamente para evitar a instauração do processo e também durante o seu curso para tentar conduzir as partes a encerrá-lo de forma consensual.

Com a introdução da conciliação, o direito processual francês busca atender à ideia de que, na atualidade, “o jurisdicionado aspira a uma justiça mais simples, menos solene, mais

¹¹⁹ Art. 5º, item 2º: “A presente diretiva não afeta a legislação nacional que preveja o recurso obrigatório à mediação ou o sujeite a incentivos ou sanções, quer antes, quer depois do início do processo judicial, desde que tal legislação não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial”.

¹²⁰ O relatório da Comissão presidida por Serge Guinchard, emitido em 30 de junho de 2008 (http://www.uja.fr/Remise-du-Report-of-the-Comissão-GUINCHARD_a361.html), deflagrou um movimento no sentido da organização da mediação nos tribunais. Uma Lei de 13 de Dezembro de 2011 exigiu, em caráter experimental, o recurso à mediação familiar para as ações destinadas a alterar as regras de exercício da autoridade parental (cinco tribunais testaram este dispositivo: Arras, Bordeaux, Niort, Paris e St. Pierre). O relatório da comissão presidida por Jean-Claude Magendie, Primeiro Presidente do Tribunal de Recurso de Paris, “Velocidade e qualidade da justiça, a mediação: Another Way”, de outubro de 2008, está disponível no link www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_magendie_20080625.pdf, CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, tratando de aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina *justiça de proximidade*” (PERROT, 1998, p. 166).

A mediação judicial foi introduzida no Direito francês pela Lei nº 95.125, de 8 de fevereiro de 1995 (Decreto nº 96.652, de 1996), sobre a organização dos tribunais e processo civil, enquanto forma alternativa de solução de controvérsias, sendo regulada, controlada e monitorada pelo juiz, que pode, inclusive, valorando livremente as chances de sucesso da mediação, indeferir o pedido das partes. O novo Código de Processo Civil, no Título IV bis, intitulado "mediação", descreve o procedimento comumente chamado "mediação judicial civil", em que o juiz, nos processos em curso, para a obtenção de acordo entre partes, pode nomear um terceiro neutro que irá ouvi-las, permitindo que compartilhem suas opiniões e posições e, assim, criar um clima favorável ao surgimento de uma solução autocompositiva (artigo 131, nº 1, do Código de Processo Civil).¹²¹

No sistema francês, as partes podem recorrer à mediação em todos os domínios do Direito (ações sobre Direito de Família e de pequeno montante em instâncias perante o juiz de proximidade ou o juiz de instância, v.g.), excetuadas as questões de ordem pública.¹²²

O Despacho nº 2011-1540, de 16 de novembro de 2011, cuidou da transposição da Diretiva nº 2008/52/CE, ampliando suas competências não só às mediações transnacionais, mas também às mediações a nível nacional, salvo no caso dos litígios suscitados no âmbito de um contrato de trabalho ou do direito administrativo. Tal despacho alterou a referida Lei de 1995, definindo um enquadramento geral para a mediação. Fornece uma definição de mediação, especifica as qualidades que deve ter o mediador e dispõe sobre o princípio da confidencialidade, essencial para o êxito deste processo. O despacho consagra ainda o princípio segundo o qual o juiz de uma causa pode, em qualquer fase, designar um mediador que, na prática, pode igualmente ser um conciliador de justiça, e permite ao juiz, uma vez que não tenha obtido o acordo das partes, intimá-las a encontrarem um mediador que as informe sobre a forma e o teor da mediação.

O Decreto nº 2012-66, de 20 de janeiro de 2012, adotado nos termos do despacho de 16 de novembro de 2011, criou no âmbito do Código de Processo Civil um novo Livro V, dedicado à resolução amigável de conflitos, que especifica as regras aplicáveis à mediação e à

¹²¹ “*Le juge, saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose*”.

¹²² A mediação criminal, institucionalizada pela Lei de 04 de janeiro de 1993, alterada pela Lei de 9 de março de 2004, abrange as situações particulares de proximidade (vizinhos, família etc.) e delitos menos graves (dano e não pagamento de pensão alimentícia, por exemplo), funcionando como um substituto para o processo penal de forma gratuita, tanto para a vítima como para o agressor.

conciliação convencionais, bem como ao processo participativo. O referido Livro V constitui o contraponto dos títulos VI e VI bis do Código de Processo Civil, respectivamente consagrados à conciliação e à mediação judiciais. A mediação extrajudicial ou judicial é paga. Em matéria de mediação judicial, a remuneração do mediador pode ficar a cargo da Assistência Judiciária. O acordo resultante de uma mediação judicial, homologado pelo juiz (art. 131-12 do CPC), tem força executória (artigo 1.565 do CPC). Os prazos prescricionais ficam suspensos desde o início do processo de mediação.

O legislador francês absteve-se de regular a mediação/conciliação/arbitragem em questões administrativas, ou seja, em litígios envolvendo o poder público. Estão excluídos da mediação os litígios que versem sobre o exercício de potestades administrativas, vinculadas ou discricionárias, sendo admitido tal meio quanto a contratos e responsabilidade administrativa. No entanto, cada vez mais, são criadas exceções às vedações. Admite o *Conseil d'État* que são possíveis *arrangements avec la légalité*. Para os litígios em matéria administrativa se distingue entre uma *transacción en dehors du juge*, depois do circuito judicial, e uma transação nas *cours d'instance*, no curso do processo judicial (MASUCCI, 2009, p. 12 e 19).¹²³

Na França, a utilização do procedimento de mediação/conciliação antes do processo pode ser, em alguns casos, obrigatório (a regra geral é a da facultatividade). Ocorre em específicos organismos administrativos, que se encarregam de encontrar uma *solution amiable et équitable*. Estão previstos os *Comités consultatifs de règlement à l'amiable des litiges relatifs aux marchés publics*, divididos em *Comité consultatif national* e os *Comités consultatifs interregionaux*. A deflagração do procedimento pode dar-se por pedido de qualquer das partes ao *Comité* e suspende os prazos de recurso. O procedimento se organiza conforme o modelo estabelecido pelas regras do procedimento administrativo contencioso. A instrução do procedimento é dirigida pelo *rapporteur*, eleito entre os magistrados que compõem o *Comité*, podendo tanto ser escrita como oral, obedecido o princípio do

¹²³ Na França existe a figura do *Mediateur de la République*, cuja função é a de recolher as queixas e reclamações dos cidadãos e se empenhar para melhorar o desempenho administrativo nos aspectos levantados. Masucci (2009, p. 18) descreve o interessante e original papel do *Mediateur de la République*: “la figura del Mediateur responde al objetivo de ofrecer a la víctima de la “maladministration” un interlocutor individualizado, independiente, dotado de autoridad e influyente, que trata de hacer valer de modo autorizado las “razones” del ciudadano frente a los poderes públicos. Se erige en portavoz de las reclamaciones del ciudadano frente a la ilegitimidad de la actuación administrativa y solicita su satisfacción. En esencia, y a diferencia de lo dicho respecto del procedimiento de mediación, no se encuentra en una posición de “ajenidad” frente a los poderes públicos y al ciudadano, sino que está “al lado del ciudadano”. Más aún, no busca favorecer la concreción de una solución del conflicto de modo consensuado entre los poderes públicos y el ciudadano, sino que su esfuerzo es el de reparar los daños sufridos por el ciudadano a causa de conductas ilegítimas de los poderes públicos”.

contraditório e o prazo máximo de finalização de seis meses, prorrogáveis por mais três meses. Masucci (2009, p. 22) resume a função dos Comitês:

La función de los Comités es la de “rechercher les éléments de droit ou de fait en vue d’une solution aimable et équitable”. En conformidad con la previsión ya incluida en el Code des Marchés publics, estos organismos tienen un margen de valoración más amplio del que goza el juez administrativo o la misma autoridad administrativa. Los mismos pueden incluso sugerir una solución de naturaleza equitativa. Su función de “mediador-conciliador” entre el ciudadano y la Administración pública es la de individualizar una solución aceptable para las dos partes, la cual, aun inspirándose en exigencias de equidad, sea conforme a las exigencias del “ordre public”. La solución del litigio propuesta por estos Comités se adopta bajo la forma de “avis”, de “dictamen” y se notifica a las partes. Este “avis”, siempre que sea compartido por las partes, se constituye en la decisión por la que la Administración responsable del contrato finaliza el litigio.

Por expressa previsão normativa contida no *Code Justice Administrative*, os Tribunais Administrativos exercem uma *mission de conciliation*. Esta previsão está conectada com a instituição do *juge de paix* criado na Revolução Francesa, depois integrada na citada Lei de 1995, que institucionaliza e organiza a *mediation judiciaire*. Masucci (2009, p. 29) observa que “*El juez administrativo puede promover la utilización de la mediation, pero no puede imponerla a las partes. El mismo juez puede desempeñar el papel de mediador*”.

5.4 AUTOCOMPOSIÇÃO NA ITÁLIA

Na linha preceituada pelo artigo 12 da Diretiva 2008/52/CE, dispondo sobre o dever de os EEMM de criarem normas que lhe deem cumprimento, o Parlamento Italiano editou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, além de dispor sobre matérias relacionadas ao desenvolvimento econômico e alterações do Código de Processo Civil, contemplou, no artigo 60, o instituto da mediação, delegando ao Governo, no prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida Lei, a edição de um decreto legislativo destinado a regulamentá-la no âmbito civil e comercial na ordem jurídica italiana.

No exercício do poder delegado outorgado pela Lei nº 69/2009,¹²⁴ o Governo Italiano editou o Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010, regulamentando a

¹²⁴ No âmbito da delegação, a mediação deveria ser contemplada no decreto legislativo, a) como meio de solução de litígios envolvendo direitos disponíveis; b) deveria ser instituído um registro dos organismos de mediação mantido pelo Ministério da Justiça; c) contemplar a possibilidade de a Ordem dos Advogados e demais conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação; d) possibilitar a nomeação de peritos pelo mediador,

mediação na Itália. Consoante o Acórdão 272/2012, do Tribunal Constitucional italiano, houve extrapolação da delegação conferida. O Tribunal Constitucional, embora tenha entendido que a tentativa prévia de acordo não impede o acesso à justiça, que só é adiada ante o interesse das partes em se submeterem a um procedimento mais rápido e menos dispendioso, devendo, ademais, ser considerado o interesse geral no sentido de promover o aperfeiçoamento da administração da justiça, culminou por declarar a ilegitimidade e a consequente inconstitucionalidade parcial do Decreto-Lei n° 28, de 04 de março de 2010. Contudo, restou afirmado pelo Tribunal Constitucional que o art. 5° do Decreto Legislativo n° 28 não conflita com o direito de ação, notadamente com o art. 24, parágrafo primeiro, da Constituição da italiana.

A posição do Tribunal Constitucional (sentença n° 272/2012) sobre o tema, a partir de uma leitura do julgamento, representa o reconhecimento da falta de delegação do Parlamento ao Governo em relação à tentativa de instituição da mediação obrigatória em assuntos específicos. O Tribunal declarou muito claramente que o legislador nacional pode intervir por lei ordinária para instituir a mediação obrigatória.

Tanto neste como em outros julgamentos, o Tribunal Constitucional tem referido o baixo nível de utilização da cultura da mediação e a importância da própria mediação obrigatória como instrumento indispensável para promover a difusão, o conhecimento e o uso de uma instituição que ainda encontra, especialmente em determinadas áreas profissionais, hostilidade declarada e desconfiança.

Em 2000, o Tribunal Constitucional italiano já havia afirmado, no concernente ao rito de conflitos trabalhistas no setor público e das regras que introduziram a mediação obrigatória, que o desenvolvimento de ferramentas para facilitar a resolução de litígios fora dos tribunais ou limitar o uso dos tribunais comuns para os casos desnecessários, parecia um elemento essencial para o sucesso da reforma. Portanto, era de se esperar a frustração das expectativas daqueles que acreditavam e esperavam uma substancial rejeição sobre o mérito. O Tribunal Constitucional culminou por não reconhecer qualquer obstáculo ou resquício de

se necessário; e) conter a previsão regulamentada dos honorários dos mediadores, a serem majorados em caso de celebração de acordo; f) albergar a previsão do dever conferido ao advogado de informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial; g) a previsão de vantagens fiscais para a celebração de acordo; h) possibilidade de condenação do vencedor no processo judicial ao reembolso das despesas em favor do vencido, caso tenha recusado na ocasião da mediação, proposta feita pelo mediador, cujo conteúdo corresponda inteiramente à decisão judicial; i) vedação a que a mediação tenha duração superior a quatro meses; j) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador e, ainda, a previsão de que o acordo tenha eficácia executiva, constituindo título executivo para fins de hipoteca judicial.

inconstitucionalidade. De fato, a mediação, mesmo a obrigatória, saiu mais forte da sentença do Tribunal Constitucional.

Com o advento do DL n° 69, de 21/06/2013, convertido na Lei n° 98, de 09/08/2013, foi alterada de forma substancial a disciplina da mediação na Itália. Resumidamente, a novel disciplina repristina a mediação como obrigatória, é dizer, como condição de procedibilidade para quase todos os temas abrangidos pelo texto original e outros mais (condomínio, direitos de propriedade, divisão de herança, acordos familiares, cessão, empréstimos, locações, indenização decorrente de negligência médica e calúnia, contratos bancários e de seguros financeiros).¹²⁵

Na mesma linha, o Tribunal Europeu de Justiça (TJUE) (Quarta Seção, em acórdão de 18 de Março de 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/0849), diante da legislação italiana, pontificou que o fato de a legislação nacional não só ter introduzido o procedimento de conciliação fora dos tribunais, mas o de tê-lo tornado obrigatório para a maior parte das matérias, como condição de admissibilidade antes do recurso a um tribunal de justiça, não é capaz de prejudicar a realização do objetivo, que é a resolução justa e rápida dos litígios envolvendo consumidores. Pelo contrário, afirmou o TJUE, pois não é provável que possa tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos. O que importa é que o procedimento não conduza a uma decisão vinculativa para as partes, nem a um atraso essencial para o início do processo judicial, não gere custos, permita a concessão de medidas provisórias em casos excepcionais e em que a urgência da situação assim exija e que o prazo de prescrição seja suspenso no curso das negociações.

Do ponto de vista doutrinário, fica-se com a crítica de Vigoriti (2011, p. 295), que bem resume a necessidade de se buscar alternativas ao sistema judicial italiano, o qual se encontra, segundo diz, “superado”. A mediação representa uma hipótese que deve ser prestigiada e não apenas criticada pelos advogados.

Occorre un salto di qualità, se si vuole nutrire una qualche speranza di miglioramento. In particolare, l'avvocatura non può limitarsi alle denunce, contro tutto e tutti, sull'inadeguatezza del processo, ma nel contempo ostacolare le alternative che tutto il mondo ricerca e pratica. Per essere chiari: non ci sono ulteriori risorse da destinare al servizio giustizia; l'apparato concettuale è vecchio, e non funzionale alle esigenze del nostro tempo; investire nell'esistente con continue modifiche è forse necessario, ma di poco beneficio. In queste condizioni, opporsi alla privatizzazione della giustizia, e adesso criticare la mediazione pare gravemente contraddittorio, quasi... suicida! In tutto il mondo, l'avvocatura collabora e favorisce la mediazione, propone anche miglioramenti tecnici, ma certo non rifiuta

¹²⁵ Consultar, a propósito, Breggia (2014) sobre “La Mediazione dopo C. Cost. N. 272/2012.

I'istituto. Non vedo perché non si debba fare altrettanto: la mediazione è un'occasione da cogliere, non un'avversità da sopportare.

5.5 AUTOCOMPOSIÇÃO NA ESPANHA

A mediação na Espanha é uma instituição em consolidação, que conta com a experiência de aproximadamente vinte anos, embora também com algumas questões de caráter normativo e, sobretudo, culturais, ainda não resolvidas.

No plano normativo, no âmbito civil e mercantil, com a aprovação do *Real Decreto-Ley* (RDL) n° 5, de 6 de julho de 2012, houve um avanço importante.¹²⁶ O propósito principal desta norma foi a transposição ao direito espanhol da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008.¹²⁷ Dita norma estabelece, no direito espanhol, um regime geral e sistemático para a mediação¹²⁸ e sua conexão com a lei de ajuizamento civil. De lamentar-se que o RDL não tenha aplicabilidade às mediações penal, laboral, em matéria de consumo e com as Administrações Públicas.

Também ficou instituído no RDL, dependente de regulamentação, um marco legal para a mediação eletrônica. Neste sentido, dispõe que as instituições de mediação "implantarão sistemas de mediação por meios eletrônicos, em especial para aquelas controvérsias que consistam em reclamações pecuniárias" (art. 5.2, tradução livre). Assim, fica facultado às partes que, com caráter geral, possam tramitar a mediação por meios eletrônicos, e isso com independência da matéria sobre qual verse o conflito. Nada obstante, estabelece a tramitação *online* obrigatória, salvo impossibilidade das partes, para as controvérsias sobre demandas de valor que não excedam 600 euros (art. 24).

¹²⁶ Até a aprovação do RDL, a mediação apenas havia alcançado na Espanha um certo desenvolvimento a nível autônomo e setorial (no direito laboral e de família). Havia algumas normas sobre mediação familiar e a nível estatal existem alguns precedentes de normas que preveem a mediação como procedimento de solução de controvérsias, entre os quais se pode destacar: 1. o artigo 63 da *Ley de Procedimiento Laboral*, onde se configura o intento de mediação ou conciliação extrajudicial como pressuposto de procedibilidade, e 2. no artigo 770.7ª da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), segundo o qual as partes podem solicitar a suspensão do processo para se submeter à mediação.

¹²⁷ Vale trazer à colação o item II da Exposição de Motivos do RDL n° 5/2012: "*La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia*".

¹²⁸ Definida, no art. 1º do RDL, como "*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*".

A mediação regulada pelo RDL n° 5/2012 está articulada a partir de três eixos, conforme a sua exposição de motivos: 1. desjudicialização dos assuntos do seu âmbito de aplicação, com o fim de reduzir a carga de trabalho dos tribunais;¹²⁹ 2. deslegalização ou perda de protagonismo da lei em favor do princípio dispositivo e da autonomia da vontade das partes, e 3. desjuridificação ou flexibilidade do conteúdo do acordo resultante da mediação, o que permite alcançar soluções menos traumáticas que nos processos judiciais, estes baseados na dicotomia vencedor-vencido.

Conforme dispõe o art. 6.1 do RDL, a mediação é voluntária para as partes. A ideia de voluntariedade representa uma garantia fundamental da mediação, que está expressa na definição legal contida no art. 1º. O art. 6.2, todavia, prevê que quando exista um pacto de mediação “*se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial*”. A vista deste preceptivo, indaga-se se foi instituída uma condição de procedibilidade. O princípio de voluntariedade não fica abalado por estarem as partes obrigadas a tentar a mediação antes do ajuizamento da demanda no caso de assim terem pactuado?

Calha a observação de Sierra e Fernández (2012, p. 105), no sentido de que

el carácter voluntario de la mediación se predica, no tanto respecto de su inicio, sino más bien respecto del mantenimiento en la mediación ya iniciada y de su conclusión mediante un acuerdo, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 6.3, según el cual nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. Quizá se ha querido justificar el deber de iniciar la mediación en la existencia de un previo acuerdo de las partes, formalizado en el convenio de mediación — al igual que en arbitraje, la cláusula de sumisión a mediación puede estar incorporada en un contrato o en un acuerdo independiente, si bien siempre debe constar por escrito—, que vincularía a las partes para acudir a la mediación.

Na Espanha, ainda não há uma cultura de solução consensual impregnada em todos os atores jurídicos, notadamente nos advogados e juízes. Fuentes Gómez (2013) assevera que o avanço legislativo

no basta para que la mediación dé el paso que todos deseamos, y que es el cultural. Sin conocer una estadística cierta y completa sobre la mediación, la impresión es que todavía el número de mediadores es muy bajo y sigue produciéndose en su mayoría en el ámbito de la familia, pero fuera de ella

¹²⁹ Segundo o Barômetro do *Centro de Investigaciones Sociológicas* (CIS), de fevereiro de 2011, pergunta 11, seis de cada dez espanhóis preferem resolver seus conflitos por meio de um acordo, ainda que supusessem alguma perda, e só dois de cada dez levariam o assunto aos tribunais.

es casi inexistente. Es por ello urgente proponer varias actuaciones que tienen por destinatarios a los operadores jurídicos, principalmente abogados y procuradores.

Às administrações judiciárias pende ainda o desenvolvimento da ideia dos foros “multiportas” para que os cidadãos possam encontrar informação sobre a possibilidade de usar os serviços de autocomposição nas sedes dos tribunais. Aos juízes corresponde ainda propor a mediação como solução dos conflitos para os quais considerem que a negociação e o acordo das partes representam a solução mais adequada da controvérsia.

O RDL nº 5/2012, lamentavelmente, exclui de seu âmbito de incidência os conflitos que digam respeito à Administração Pública: “2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de este real decreto-ley: [...] b) La mediación con las Administraciones Públicas”.

No entanto, a possibilidade de acordo nos conflitos da Administração não é de todo excluída como se depreende do teor do art. 77.1 da Lei do Contencioso Administrativo Espanhol (Lei 29/1998):

Artículo 77. 1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

5.6 AUTOCOMPOSIÇÃO EM PORTUGAL

No que interessa a esta tese, cumpre destacar que a mediação em Portugal encontrou seu *locus* mais importante nos Julgados de Paz, instituídos pela Lei nº 78, de 13 de julho de 2001.

A mediação civil e comercial está integrada em processos judiciais nos Julgados de Paz. Estes tribunais, previstos na Constituição da República Portuguesa, deram origem a um novo tipo de proposta no Sistema de Justiça em Portugal, bem diferente da tradicional via judicial. Nele, o cidadão assume um papel ativo na resolução do seu litígio. É convocado através da possibilidade que tem de recorrer à mediação, com auxílio de um mediador imparcial e facilitador, a tentar chegar a um acordo com a outra parte.¹³⁰

¹³⁰ Ver, sobre os Julgados de Paz e as técnicas de solução consensual de conflitos em Portugal, Chumbinho (2007), Lopes e Patrão (2014) e Costa e Silva (2009).

Os princípios que norteiam os Julgados de Paz são originais no plano do exercício ativo da cidadania, representando uma via mais acessível para a resolução de litígios. O artigo 2º da Lei n.º 78, de 13 de julho de 2001 (Lei dos Julgados de Paz) refere, de forma eloquente, no seu número 1, que: “A atuação dos julgados de paz é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes”. E no número 2: “Os procedimentos nos julgados de paz estão concebidos e são orientados pelos princípios da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual”.

A mediação, intrínseca ao rito dos Julgados de Paz, representa uma forma de autocapacitação do cidadão para resolução do seu conflito. Este meio extrajudicial de resolução de conflitos localiza-se em numa espécie de “antecâmara” em relação ao julgamento, pois o seu recurso é facultativo e, caso se frustre, as partes podem “entregar” seu conflito nas mãos de um terceiro, um juiz de paz, que, já na fase do julgamento, irá ainda tentar conciliar as partes. A decisão do caso pelo juiz de paz, em substituição das partes, representa, portanto, a “ultima ratio”.

A forma do processo é simplificada e informal, as custas são reduzidas (no máximo €70, valor que diminui para €50, rateado entre partes, caso alcance um acordo através da mediação) e a duração de um processo é, em média, de dois a três meses. A solenidade e o formalismo – apanágios dos tribunais judiciais formais – dão lugar ao despojamento. Exemplo disso é o fato de o juiz de paz, sem toga, se sentar à mesa com as partes no sentido de um melhor acolhimento e de não causar constrangimento a elas, posicionando-se no mesmo plano de igualdade. É certo que as matérias para as quais os Julgados de Paz têm competência são limitadas a determinadas ações cíveis, cujo valor não pode exceder os €5.000.

Segundo Chumbinho (2007, p. 192), nos Julgados de Paz, cerca de 50% dos processos terminam em acordo entre as partes. Para este autor (2007, p. 199),

Nos Juizados de Paz, em face dos princípios da mediação e da conciliação, o que se pretende é que sejam as partes, por elas próprias, as principais artífices da solução do conflito, enquanto que nos tribunais judiciais as partes estão a espera que um terceiro (o juiz) resolva por eles.

Recentemente, a mediação em Portugal teve seu marco legal definido na Lei nº 29/2013, um diploma normativo que pretende disciplinar a matéria de forma sistemática e transversal.

O recurso à mediação é totalmente voluntário, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Mediação, não sendo obrigatória a prévia tentativa autocompositiva. Não obstante, esparsamente, o sistema processual português prevê inúmeras hipóteses de incentivo e promoção estatal à mediação: possibilidade de suspensão da instância e remessa do litígio para mediação por decisão do juiz (salvo se uma das partes se opuser) ou a pedido das partes; viabilidade de o juiz determinar oficiosamente a intervenção de serviços de mediação (com o consentimento dos interessados) nos processos tutelares cíveis; informação necessariamente prestada antes de qualquer processo de divórcio sobre a existência e objetivos dos serviços públicos ou privados de mediação familiar; determinação de intervenção de serviços públicos ou privados de mediação nos processos tutelares educativos, a pedido da autoridade judiciária ou do menor; existência da mediação como fase endojudicial no processo dos Julgados de Paz, embora as partes possam recusá-la a qualquer momento.¹³¹

A questão mais discutida no sistema português diz respeito à introdução, em matéria de custas, no art. 533 do CPC, a título de promoção da mediação, da regra segundo a qual a parte ativa vencedora suporta suas custas sempre que escolha a via judicial, tendo podido antes lançar mão das estruturas de resolução alternativa de litígios. A regra penaliza objetivamente aquele que tenha optado por não recorrer à mediação previamente ao ajuizamento da ação.

Para Lopes e Patrão (2014, p. 32), a solução encontrada é criticável, conquanto não configure uma inconstitucionalidade material, na medida em que “contraria a primeira dimensão do princípio da voluntariedade, porquanto os sujeitos litigantes não são verdadeiramente *livres* de escolher a mediação [...]”.

No mesmo sentido, Costa e Silva (2009, p. 34), ao afirmar que a atenuação do princípio *victus victori*, quanto às custas e despesas processuais, representa “uma solução altamente questionável uma vez que pode legitimamente perguntar-se se seria de esperar que uma contraparte, que resiste intraprocessualmente à pretensão da parte autora, estaria disponível para uma solução autocompositiva do litígio”.

Ao que consta, ainda hoje permanece a novidade sem eficácia, à míngua de regulamentação pelo Ministro da Justiça de quais as estruturas de resolução de litígios que, ao não serem usadas, implicam derrogação da regra geral em matéria de custas, persistindo como encargo da parte vencida o ressarcimento das custas da parte vencedora, independentemente do recurso a qualquer estrutura de resolução alternativa de conflitos.

¹³¹ Consultar Lopes e Patrão (2014, p. 30-31).

5.7 AUTOCOMPOSIÇÃO NA ALEMANHA

Na Alemanha, o princípio de que as partes têm controle sobre a natureza e o escopo do processo civil (*Dispositionsmaxime*) é um princípio de orientação fundamental da justiça civil alemã, encontrando expressão na lei escrita e nas normas das Cortes, bem como na tradição e na prática. As partes têm direito de desistir dos processos, diversificar as formas de acordo e encerrá-los através de transação, refere Andrews (2012, p. 346).

O parágrafo 15a EGZPO acrescentado à Lei de Introdução ao Código de Processo Civil (ZPO) pela Lei de Promoção da Resolução Extrajudicial de Conflitos (*Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streibeilegung*, BGBL, 1999, I, 2400), estabelece que os *Länder* (estados federados) estão autorizados¹³² a criar regra de obrigatoriedade da mediação para os litígios de pequena monta (não superior a €750). Vários estados utilizaram tal faculdade de instituir procedimentos pré-contenciosos obrigatórios de mediação, como a Baviera, Hesse, Renânia do Norte, Renânia-Palatinado, Sarre, Saxônia-Anhalt, Brandeburgo, Baden-Württemberg e Schleswig-Holstein.

Os procedimentos de mediação pré-processual (*Güteverfahren*), nos estados em que instituídos, consistem em autêntica condição de procedibilidade. É dizer, se a parte não comprova ter recorrido à mediação pré-processual, a ação é extinta sem exame de mérito por falta de pressuposto processual. A mediação, mesmo quando acontece à margem das estruturas estatais, suspende os prazos prescricionais das pretensões.

Demandas de inconstitucionalidade e ilegitimidade da mediação pré-processual obrigatória chegaram ao BGH, tendo essa Corte reconhecido a improcedência dos argumentos, mantendo as decisões das instâncias inferiores de extinção do processo. O *Bundesgerichtshof – BGH*, em 2004, definiu que o procedimento prévio de mediação precisa ser anterior à propositura da ação. Descabida, portanto, a suspensão de instância para o aperfeiçoamento do pressuposto. Restou assentado, ademais, que os princípios protetivos do direito de ação não impediam o legislador de criar regimes de exceção.

Segundo Costa e Silva (2009, p. 57), embora tangenciando o aspecto da constitucionalidade, o BGH decidiu estratégica e pedagogicamente, reprimindo as tentativas de se retirar a força da lei: "A decisão do BGH visa modelar condutas". Só decidindo como decidiu, afirma Costa e Silva (2009, p. 57) "contribuirá a judicatura alemã para o reforço, nos

¹³² Preferiu-se apenas a autorização à criação efetiva, para se evitar o risco de não poderem os Estados contar com estruturas adequadas para oferecer o serviço.

círculos judiciais, da convicção de que a mediação, enquanto etapa pré-processual, é efetivamente obrigatória".

No que concerne aos conflitos com o Poder Público, a mediação (*die Mediation*) não é admitida apenas quando o conflito diz respeito ao exercício de potestades públicas vinculadas, sendo possível na discricionária. É também admitida quanto a atividades regradadas, se o litígio diz respeito aos pressupostos em que se baseia a decisão administrativa e quanto aos contratos administrativos (arts. 54 e 55 da Lei sobre Procedimento Administrativo). O art. 106 da Lei do Processo Administrativo dispõe que:

para eliminar em todo ou em parte uma causa, as partes podem concluir um acordo reafirmado pelo tribunal ou pelo juiz competente ou pelo juiz ao qual for apresentada a questão, na medida em que possam dispor do objeto do acordo. Um acordo judicial pode ser concluído incluso quando as partes aceitam por escrito ante o tribunal uma proposta adotada na forma de decisão do tribunal, do presidente ou do juiz relator (tradução livre).

Na Alemanha é possível a mediação/conciliação antes, durante e depois do processo administrativo (*mitlaufende mediation*) e, sucessivamente, durante o recurso administrativo (*widerspruchsverfahren*) contra a decisão administrativa (*nachlaufende mediation*).

Chegando as partes a um acordo, o particular não pode deduzir sua pretensão original na via jurisdicional, por falta de interesse de agir. No caso de a Administração não respeitar o acordo, estará caracterizada sua responsabilidade contratual. Havendo a Administração se comprometido a emanar um ato, o particular pode propor ação de descumprimento e ressarcimento de dano contra a Administração, podendo também rescindir o contrato e reclamar os danos (Masucci, 2009, p. 24).

O VwGO (Código de Processo Contencioso-Administrativo) alemão não contempla uma regra que preveja explicitamente o uso da mediação/conciliação judicial (*gerichtliche mediation*). Nada obstante, no art. 87.1.º, n. 2, do VwGO, há previsão para o presidente do colégio julgador convidar as partes a debater os fatos da causa ou da controvérsia com o fim de alcançar uma composição amistosa do litígio (*gütliche beilegung*) ou uma transação (*vergleich*).

5.8 AUTOCOMPOSIÇÃO NO SISTEMA INGLÊS

Andrews (2012, p. 343) afirmou que o acordo é o meio mais comum pelo qual os conflitos civis são concluídos na Inglaterra, sendo política oficial que haja uma cultura de acordos, baseada no princípio – um dos mais relevantes do processo civil inglês moderno – da

liberdade dos litigantes para realizar acordos. Uma porcentagem muito alta de ações civis inglesas não chega até o julgamento (*trial*). As partes podem realizar acordo sobre o objeto do processo pendente, antes da sentença de mérito a ser proferida, ou podem concordar em pôr fim ao processo, a qualquer tempo. Os acordos não precisam sequer ser realizados por escrito. A *Court of Appeal* reconheceu um acordo feito pelo telefone, noticiou Andrews (2012, p. 346).

Instituídas em 1998, as novas regras sobre procedimento civil, nominadas *Civil Process Rules* (CPR), tiveram o objetivo de prover os tribunais de poderes para lidar com as causas de modo adequado e justo (*rule* 1.1.1). São regras que vinculam os juízes e as partes, que têm o dever de colaboração com o tribunal para alcançar os objetivos principais das CPR (*overriding objective*): superar o problema do tempo excessivo para a decisão, a complexidade extrema do procedimento e o custo elevado do processo.

As CPR não apenas estabelecem que o juiz deve incentivar as partes a utilizar um dos métodos alternativos de resolução das controvérsias quando considere oportuno, mas prevê também que as partes podem escolher sobre o procedimento alternativo antes de ajuizar a demanda.

Andrews (2012, p. 348) afirmou que, “desde o advento do CPR, em 1999, tem havido uma redução considerável de cerca de 21% no que diz respeito aos processos que tramitavam no Poder Judiciário”, em particular, uma redução significativa nos casos de porte médio e grande levados à *High Court*.

Dentre os poderes que as CPR conferiram aos tribunais está o de gestão ativa do processo (uma inovação em relação à passividade judicial que caracteriza o sistema processual da *commow law*), podendo, para tanto, encorajar e incentivar as partes a recorrerem a um procedimento alternativo de resolução do conflito quando julgarem adequado. O tribunal poderá, para tal fim, dispor sobre o pagamento das despesas processuais, alterando a regra geral (*victus victori*): as custas processuais da parte vencedora são devidas pela parte vencida, levando em conta a conduta das partes, como a adequação da pretensão formulada, a razoabilidade da contestação e, notadamente, o modo e os termos em que seguiram um *pre-action protocol*.

Na Inglaterra, os protocolos pré-litígio disciplinam o processo de negociação, que visa à realização de acordos antes do início do processo. Os chamados "procedimentos padronizados e extrajudiciais de composição autônoma de conflitos" foram criados nos finais da década de 70.

Costa e Silva (2009, p. 64), enumera os pre-action protocols: protocol for personal injury, protocol for clinical negligence, protocol for construction and engineering disputes, protocol for defamation, protocol for Professional negligence, protocol for judicial review, protocol for disease and illness e protocol for housing disrepair.¹³³

Segundo esses procedimentos, ocorrendo conflito sobre matéria versada em um dos protocolos, a parte não pode recorrer imediatamente à via judicial, devendo, antes, encetar o procedimento de solução negociada ou, na sua impossibilidade, preparar a ulterior propositura da ação. Conquanto na ausência destas providências prévias o tribunal não deva julgar inadmissível a ação, poderá avaliar este comportamento e, com base na regra 44.3.4., alterar a regra *victus victori* concernente à condenação em custas.

A matéria da inversão da regra dos ônus sucumbenciais foi levada à *Supreme Court* nos casos *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* e *Steel v. Joy/Halliday*. A Corte afirmou que a recusa à prévia mediação sob o argumento de que a parte acreditava na vitória é irrelevante, mas a recusa devidamente justificada e razoável pode desobrigar a parte da sanção. Ficou ainda consignado que, nada obstante a razoabilidade da política de mediação obrigatória, ela é incompatível com o direito de acesso à justiça. Reconheceu, portanto, fundado no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e em uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que havia um obstáculo inadmissível ao exercício de tal direito, sepultando, no Reino Unido, a ideia da mediação obrigatória como estruturante do sistema processual.¹³⁴

No que diz respeito à mediação/conciliação nos conflitos administrativos, embora encontre maior dificuldade do que em outras áreas do direito, são admissíveis em várias matérias administrativas, como, por exemplo, “*social welfare-housing*” “*community care*” etc, sofrendo limitações quanto a questões de direito, sobre questões atinentes a direitos e liberdades civis, para resolver questões de abuso de poder administrativo ou de valoração de interesse administrativo (Masucci, 2009, p. 20).

La posibilidad de recurrir al procedimiento de mediación también en los litigios entre la Administración pública y el ciudadano ha sido afirmada con autoridad por el juez Woolf en la famosa sentencia Cowl. La posición favorable a la utilización de la mediación también para los litigios entre Administración pública y ciudadano expresada en la sentencia Cowl ha sido posteriormente asumida en el Government’s Pledge de 2001 para la

¹³³ Consultar, sobre o tema, Costa e Silva (2009, p. 60-64).

¹³⁴ O inteiro teor do acórdão da Supreme Court nos casos *Halsey v Milton Keynes* e *Stell v Joy/Halliday* (Case n°: B3/2003/1458 and B3/2003/1582) está disponível em: http://www.cedr.com/library/edr_law/Halsey_v_Milton_Keynes.pdf.

promoción y difusión de los procedimientos referidos a los ADR en el seno de todos los Government Departments y Agencias (MASUCCI, 2009, p. 25).

5.9 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASCs) NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS NOS PRINCIPAIS SISTEMAS JUDICIAIS

As reformas econômica e democrática que ocorreram na América Latina, a partir dos anos 90, implicando, em alguns casos, o restabelecimento de um regime civil depois de um longo período de governo militar, em outros, o desmantelamento do sistema autoritário e, em outros mais, a ampliação e atualização da democracia, exigiram o fortalecimento do Poder Judiciário e do Estado de Direito, sob o pressuposto de que aquele seria o garante deste.

As mudanças políticas e jurídicas nos diversos países latino-americanos possibilitaram a criação de contextos adequados para um processo de implementação de transformações, especialmente na administração da justiça, ao produzir-se um marco de sustentação suficiente para transferir conhecimentos e ideias derivadas de organismos internacionais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento e a US-AID (*United States Agency for International Development*), com o fim de produzir mudanças institucionais, particularmente nos sistemas judiciais, por meio da independência judicial.

O objetivo subjacente era de forjar contextos adequados para o crescimento do setor privado e dos investimentos estrangeiros, o fortalecimento da democracia na região e a otimização do direito do cidadão de participar da administração da justiça. Vários foram os programas propostos por essas instituições internacionais para a América Latina, baseados em três eixos: acesso, independência e eficiência, destacando-se: a) o incentivo ao acesso universal e igualitário à justiça, com a criação dos juizados de pequenas causas; b) a modernização e a informatização da organização e da gestão administrativa das estruturas judiciais, c) a criação das defensorias públicas, d) reforma da justiça penal; e) a implementação de Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs). Iniciou-se um debate intercultural construtivo que transita pela emergência de sistemas descentralizados e informais de justiça.

A debilidade institucional de alguns estados latino-americanos para satisfazer e proporcionar justiça tem sido um contributo à incorporação desses mecanismos, que complementam os esforços do Estado para suprir sua ausência e a incapacidade na resolução de conflitos, que produzem sua deslegitimação.

Na América Latina, assim como no mundo ocidental, o incentivo e ampliação da solução autocompositiva de conflitos decorre muito mais da crise de efetividade e eficácia do Poder Judiciário para suportar a judicialização exponencial dos conflitos sociais do que da crença de representar tal técnica um instrumento de paz, de solidariedade, de cidadania e de uma concepção do direito não somente como reflexo das forças prevalentes em uma sociedade, mas também como um instrumento de transformação e desenvolvimento social progressivos.

Alguns países latino-americanos já estão bem mais desenvolvidos e aparelhados em suas experiências com MASCs do que o Brasil. Boa parte deles tem legislações sobre o tema há mais de dez anos. Sucintamente, serão visitados os principais sistemas da América Latina.

O Uruguai é um dos países precursores da composição amigável de conflitos na América Latina, estando a conciliação totalmente incorporada à cultura e à tradição jurídica do país. A conciliação estava inserida no texto da sua primeira Constituição, de 1830, e, hoje, se encontra consagrada no art. 255 da Constituição da República do Uruguai, de 1967: “*No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley*”.

Desde a promulgação do *Código General de Proceso* de 1989, que buscou fomentar o uso dos meios alternativos de solução de controvérsias e revitalizar o instituto da conciliação prévia, então desprestigiado na realidade forense e visto por alguns como mera formalidade antes de iniciar o processo contencioso, foram importantes as mudanças introduzidas pela Suprema Corte de Justiça uruguaia por meio das Resoluções n° 7276, de 14 de fevereiro de 1996 (pela qual foram criados cinco Centros Pilotos de Mediação em bairros carentes da cidade de Montevidéu, utilizando espaços de postos de saúde cedidos pelo Ministério da Saúde), e n° 7.446, de 10 de dezembro de 2001, que criou os *Juzgados de Conciliación*, em funcionamento, em Montevidéu, desde 2002.¹³⁵

No contexto de ineficiência do Poder Judiciário latino-americano e de uma crise sem precedentes na Justiça, a Argentina, à beira do colapso, como parte da reforma do seu sistema de judicial, estabeleceu o “*Programa Nacional de Mediación de la República Argentina*”, institucionalizado nesse país em 1996. Por iniciativa do Poder Executivo, o “*Congreso de la Nación*” aprovou a Lei 24.573, de 25/10/95, chamada de “*Ley de Mediación y Conciliación*”, que foi regulamentada em 28/12/95.

¹³⁵ Para um estudo aprofundado da experiência uruguaia em conciliação, consultar: Acosta e Núñez (2002) e Godoy (2012).

A citada Lei de Mediação e Conciliação, como forma de desafogar a Justiça e ampliar o acesso a ela, estabelece a obrigatoriedade da mediação (Art. 1º: "Institui-se em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os juízos, mediação esta que será regida pelas disposições da presente lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. As partes ficarão isentas do cumprimento deste trâmite se provarem que, antes do início da causa, existiu mediação perante os mediadores registrados pelo Ministério da Justiça") (tradução livre).

A mediação extrajudicial, segundo a Lei argentina, acontece quando as partes, antes de iniciar um processo judicial, aderem voluntariamente ao procedimento de mediação, mister que pode se dar ante a um mediador, um centro de mediação público ou um centro de mediação privado devidamente habilitado. Há três tipos de centros de mediação: os privados, os públicos e os judiciais. Os centros privados incluem todas as entidades unipessoais ou de integração plural dedicadas a realizar atividade mediadora, implementar programas de assistência e desenvolvimento da mediação, bem como formação de mediadores; todos dirigidos e integrados por mediadores matriculados e habilitados. Nos centros públicos, vinculados ao Poder Executivo, serão desenvolvidos programas de assistência gratuita. Esses centros são compostos por profissionais igualmente habilitados e recrutados mediante concurso público, orientados para atender questões extrajudiciais que lhe sejam voluntariamente apresentadas pelos particulares, podendo celebrar convênios com a municipalidade e comunidades das províncias.

Os centros judiciais estão vinculados ao Poder Judiciário da província, cabendo-lhe organizar a lista dos mediadores que irão atuar neste âmbito, exercer a supervisão do funcionamento da mediação, cumprir as obrigações legais, receber denúncias por infrações éticas de mediadores, remetendo-as para o Tribunal de Disciplina no Ministério da Justiça, além de organizar cursos de capacitação e de desenvolver as ações necessárias para divulgar as vantagens da mediação. Cabe ao Tribunal Superior de Justiça dispor sobre a organização e os recursos humanos e materiais dos centros judiciais, que funcionam nas províncias e nas diversas circunscrições judiciais (ÁLVAREZ, 2003, p. 260-271).

Mais recentemente, a Lei nº 26.589, de 15 de abril de 2010, estabeleceu novo marco normativo para a mediação e a conciliação na Argentina, conferindo caráter prejudicial obrigatório para mediação prévia a todos os processos judiciais e derogando os artigos 1º a 31 da Lei nº 24.573 e as Leis nºs 25.287 e 26.094.

Ficou estabelecida a mediação prévia como requisito de admissão da demanda (art. 2º) para todos os tipos de controvérsia, exceto as previstas no art. 5º, entre as quais figuram as

ações penais e trabalhistas e de falências, as medidas cautelares, os juízos sucessórios e processos de inabilitação, de declaração de incapacidade e de reabilitação. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 1.467, de 28 de setembro de 2011.

Sobre a influência da mediação no sistema judicial argentino, pode-se dizer que os dados parciais dos primeiros anos de vigência da regra do requisito obrigatório de admissão da demanda

muestran que se realizan más mediaciones que juicios para resolver conflictos en las temáticas de derivación obligatoria. Del 100% de mediaciones sorteadas solamente el 35% se transforma en expediente judicial, el 65% restante no deriva a juicio. A partir del segundo año de ejecución del programa de mediación prejudicial, el porcentaje de los casos mediados que reingresan al sistema judicial decrece de manera sostenida, pasando del 42% en el año 1998 al 29% en el año 2009. Esto muestra una tendencia en la ganancia de eficacia del proceso de mediación para disminuir la litigiosidad.¹³⁶

A Colômbia foi um dos primeiros países que, no início dos anos 80, começou a desenvolver práticas consensuais, contando hoje com um sistema muito avançado, ao menos no setor privado, com relação à arbitragem comercial e conciliação, com excelentes resultados em termos de solução adequada de conflitos. Optou-se, naquele país, por um modelo descentralizado e desjuridicizado de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais.

Com o advento da Lei nº 23, de 1991, criaram-se mecanismos que atuam alternativamente à justiça no sentido de descongestionar suas tarefas. A citada lei admite que se busque a conciliação previamente ao início do processo judicial ou no seu curso, principalmente em questões do direito de família, sucessões, vizinhança e societário (arts. 47 a 58). Também dispõe que será obrigatório o funcionamento de Centros de Mediação nas Faculdades de Direito junto aos Escritórios Jurídicos, para atendimento gratuito. Os Centros de Mediação foram instituídos no âmbito do Poder Executivo e estão sob o controle e supervisão do Ministério da Justiça.

Na Bolívia, a conciliação tem assento constitucional e a lei de regência da conciliação e da arbitragem data de 1997. Não há uma lei específica que estabeleça a mediação, mas o Tribunal Superior de Justiça criou, em 2003, uma diretiva nacional de mediação para instituir o método no país. Está institucionalizada a prestação dos serviços de arbitragem, conciliação e mediação por meio de Centros de Conciliação, utilizados como canais não formais de acesso à justiça, vinculados e controlados pelo Ministério da Justiça.

¹³⁶ PNUD, 2012, p. 73

No Chile, a tentativa de conciliação em matérias cíveis e trabalhistas é obrigatória. O método foi adotado mesmo sem legislação até 1997, quando a Lei n° 20.286 foi aprovada. A mediação obrigatória funciona bem nas áreas de família e de saúde.

No Peru, desde 1° de março de 2001, com a edição da Lei de Conciliação n° 26.872, a conciliação passou a ser um requisito obrigatório antes de iniciar um processo judicial nas matérias conciliáveis (de natureza civil, laboral e assuntos de família), consoante estabelece o seu art. 9°. O Decreto Legislativo n° 1.070, de 2008, reforçou a obrigatoriedade da conciliação extrajudicial.

O Jornal “*El Comercio*”, de Lima, na sua edição de 27 de dezembro de 2006, noticia que um estudo realizado após cinco anos de vigência da obrigatoriedade da conciliação no país aponta para uma redução de 30% das demandas judiciais em decorrência de prévio acordo firmado entre as partes. O percentual de acordos nas audiências de conciliação realizadas, segundo dados do *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), é de 76%.¹³⁷

Apesar dos avanços, a estruturação dos sistemas de conciliação na maioria dos países da América Latina deixa muito a desejar. São necessárias reformas estruturais para definição de seu espaço de atuação, suas regras processuais, seus objetos e objetivos. O fato de os MASCs não terem se desenvolvido no marco de reformas estruturais do Judiciário torna difícil o seu desenvolvimento, na medida em que a sua relação com a justiça formal não se estabelece dentro de uma estrutura harmônica e coerente, no plano estrutural, processual e material.

Nesse contexto, o desafio da emergência dos MASCs na América Latina passa pela criação de procedimentos que assegurem participação e incentivem a aproximação da sociedade ao cenário público para a construção de ordens sociais e jurídicas mais aderentes aos reclamos de uma sociedade pluralista e policontexturada, abrindo espaço para a transformação social dos conflitos e para uma nova visão simbólica da administração de Justiça.

A partir daí, é necessário começar a discutir a influência desses processos na consolidação da democracia nos países da América Latina e se essa relação direta com o Estado se reflete positivamente diante de uma nova filosofia participativa com a qual precisarão agora prestar seus serviços judiciais.

¹³⁷ Para uma melhor compreensão e estado da arte dos MASCs no Peru, consultar Mera (2012), pesquisa sob os auspícios do CEJA.

O pressuposto, porém, para o sucesso de qualquer mudança estrutural é a transformação cultural e científica. O problema da consensualidade e da autocomposição na justiça (e fora dela) da América Latina é mais cultural e científico do que jurídico, ou, ao menos, muito dependente da emergência de uma nova epistemologia pluralista de refletir o jurídico. Os principais atores do sistema de justiça (juízes e advogados) pensam o conflito de maneira destrutiva e duvidam da “autonomia das partes” para encontrarem a melhor solução. Não creem em uma possibilidade compositiva fora âmbito da autoridade judicial estatal.

Uma possibilidade de os MASCs contribuírem efetivamente para o incremento da cidadania na América Latina seria por meio da instituição do modelo norte-americano de tribunais multiportas, na linha da proposta de Crespo (2008, p. 128):

*The Multi-Door Courthouse can provide a participatory and inclusive experience, which in turn can be a catalyst to alter the patterns of exclusion and lawlessness that are endemic to Latin American society. In addition, such an experience also has the potential to create, over time, new cultural norms about how conflict and differences should be resolved. The Multi-Door Courthouse, together with the creation of sustainable domestic law through a participatory consensus-building process, has the capacity to shift cultural norms away from paradigms of exclusion and disregard for the law toward more inclusive, harmonious patterns of social interaction.*¹³⁸

5.10 LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO

A experiência do Direito comparado, se tivermos a preocupação de evitar o mimetismo, poderá representar, contextualizadamente, um contributo importante para a melhor compreensão e aperfeiçoamento do nosso sistema judicial de solução de conflitos.

Nos grandes sistemas jurídicos ocidentais de Justiça, os modelos tradicionais heterocompositivos, como vias de solução de conflitos por intermédio de um terceiro com poder de decisão, cada vez mais cedem espaço aos modelos de autocomposição, em que as próprias partes, com a intervenção ou não de um terceiro – sem poder decisório e com a função de aproximação – tornam-se os artífices do desenho das soluções convenientes para os seus conflitos.

¹³⁸ Tradução livre: O Tribunal Multiportas pode oferecer uma experiência participativa e inclusiva que, por sua vez, pode ser um catalisador para alterar os padrões de exclusão e de ilegalidade que são endêmicos para a sociedade latino-americana. Além disso, uma tal experiência também tem o potencial de criar, ao longo do tempo, uma nova cultura sobre como o conflito e as diferenças devem ser resolvidas. Em conjunto com a criação de um direito interno sustentável através de um processo de construção de consenso participativo, tem a capacidade de mudar as normas culturais e os paradigmas de exclusão e desrespeito à lei em uma direção mais inclusiva e harmoniosa dos padrões de interação social.

Embora exista uma manifesta tendência mundializada de se instituir caráter obrigatório para a prévia tentativa de solução consensual (mediação ou conciliação), como condição para o acesso à justiça (condição de procedibilidade), ao que se vê, tal regime não é compatível com a natureza do próprio instituto, que pressupõe liberdade e autonomia de ação daqueles que são os “senhores” do conflito, não devendo ser institucionalizada no modelo de justiça brasileiro, sem embargo das medidas de incentivo que se deva adotar para que se crie uma cultura de autocomposição dentro e fora do Poder Judiciário.

Sobretudo, parece ser um equívoco refletir a autocomposição somente com o propósito de desobstruir as vias de acesso à justiça. Isso representa apenas uma das consequências de um projeto muito mais amplo de emancipação, de resgate da autonomia e da autorresponsabilidade das partes conflitantes.

No campo do Direito Administrativo, a experiência de países como a França, a Alemanha e a Inglaterra com a mediação/conciliação administrativa é interessante e pode ser pensada no Brasil, onde ainda não se desenvolveu um modelo de relação cidadão/Administração que tenha como referente a acessibilidade à autocomposição e à pronta solução de conflitos, tanto na via administrativa como na judicial.

6 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E PAPEL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

O acesso à justiça, como direito fundamental social vinculado à democratização e à cidadania social, devido à insuficiência teórico-prática da definição tradicional, evoluiu para uma concepção de acesso à ordem jurídica, mais ampla e conseqüente, na medida em que opera em duplo sentido: procedimental e substancial.

Nesta perspectiva, o Juizado Especial Federal foi preconizado e concebido para ser, além de justiça social, o *locus* da justiça conciliativa nos conflitos do Poder Público Federal, funcionando assim como instrumento propulsor da "cidadania social". Guarda, na sua mais profunda genealogia, o embrião da democratização e da igualdade material.

Vai-se descrever este processo criativo que tem gênese sociológica, jurídica e política, mostrando que nem tudo se deu como quis o seu criador. A crítica não pode ser evitada: há desafios ontológicos não implementados.

Os avanços foram imensos, mas o projeto se encontra inconcluso. A justiça social do JEF não conseguiu ser social, nem conciliativa. Cultua o formalismo e a ordinarização, se endureceu, está apressada quando precisa de tempo e demora quando tem urgência. O que lhe falta, além da estrutura adequada, que até hoje lhe é sonegada?

Excessivamente colonizadas suas estruturas pelas demandas recônditas dirigidas contra o Poder Público Federal, logo se chegou ao colapso. Como conciliar exige tempo, tempo este que o JEF não dispõe porque precisa apresentar números e superar sua crise quantitativa, o resultado é a opção por práticas mais eficientistas: dispensa da audiência, preferência da forma escrita, decisões em gabinete, terceirização da jurisdição e tratamento objetivante do jurisdicionado.

O papel do Poder Público passa a ser fundamental, na medida em que é constitutivo do problema e óbice à própria solução. Precisa ser repensado. Fala-se de uma nova dinâmica hermenêutica, da responsividade, da solução consensual de conflitos administrativamente e de uma política de redução de demandas judicializadas.

A condição de "sujeito de direito" – vai-se situar esta temática sob a pena de Ricoeur – constitui a condição de possibilidade e pressuposto ético da participação do indivíduo na autocomposição. É como sujeito de direito que o homem passa da condição de súdito à de cidadão.

A conciliação, como etapa necessária e desenvolvida por estrutura ao lado da judicial, composta por conciliadores, além de pressupor a condição do sujeito de direito, tanto

representa incremento de cidadania pela concretização dos direitos sociais de forma mais célere, como pode contribuir para racionalizar a tarefa judicial adjudicatória nos conflitos em que são partes os entes públicos.

6.1 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

Segundo a classificação da teoria dos direitos fundamentais, a problemática do acesso à justiça está situada no debate sobre os direitos sociais, os de segunda dimensão, isto é, os que exigem uma prestação material por parte do Estado para sua concretização.¹³⁹

Nos países desenvolvidos, o tema acesso à justiça enquadra-se na questão do acesso das minorias à justiça e do reconhecimento de direitos, tais quais os direitos dos homossexuais, das mulheres, dos estrangeiros, dos deficientes, entre outros. Ou seja, nesses países, a questão da acessibilidade à justiça relaciona-se principalmente com o reconhecimento de novos direitos, com a expansão da cidadania e de sua prática.

No Brasil, entretanto, a realidade revelou que a principal questão, diferentemente do que sucedia nos países centrais, não foi a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados, principalmente a partir dos anos 60, por ditas minorias, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso (saúde, assistência social e moradia) tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica e das desigualdades que caracterizam o crescimento do país.¹⁴⁰

Foi com este viés que, no início dos anos 80, o tema da democratização do Poder Judiciário se incorporou à pauta de advogados, juízes, promotores, acadêmicos e militantes de organizações de assistência jurídica e comitês de direitos humanos, em uma densa discussão

¹³⁹ Para Carvalho, “[...] a garantia da justiça exige a interferência do poder de Estado, assim como o exige a política de bem-estar. Ela não representa uma reação ao Estado, um direito negativo. Corresponde a um momento da sociedade liberal em que o Estado já foi convocado para garantir, pela intervenção, um direito inicialmente estendido a parcela limitada da população” (CARVALHO, 2002, p. 108).

¹⁴⁰ O interesse acadêmico pelo tema acesso à justiça é relativamente recente no Brasil. Apenas no início dos anos 80 é que surgiram os primeiros trabalhos sobre o assunto, enquanto o movimento chamado “*access-to-justice movement*”, que envolveu outros países, a partir do trabalho coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, havia iniciado uma década antes. No relatório desse estudo não constou qualquer referência à situação do Brasil, que, de rigor, despertou para a temática do acesso à justiça, ao contrário de outros países, não a partir do reconhecimento de novos direitos, mas sim pela “necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso, tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da história de marginalização sócio-econômica dos setores subalternos e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64” (JUNQUEIRA, 1996, p. 2).

sobre assuntos tais como: ampliação do acesso à justiça pelas classes mais baixas, racionalização e redução dos custos dos serviços judiciários, simplificação e informalização dos procedimentos nas áreas cível, penal e trabalhista, representação jurídica de causas coletivas e mudança na formação e no papel do juiz e dos demais atores envolvidos no processo jurídico.

O debate assim travado se enlaça com a questão da democracia e da própria cidadania, direitos humanos universalmente reconhecidos que demandam a disponibilização e a generalização de recursos necessários à sua garantia e exercício pelos sujeitos de direito. Este esforço de alocação passa pelo fortalecimento da sociedade civil e abre a possibilidade concreta de intensificar a luta pelo aprofundamento da democracia deliberativa, no sentido da efetiva participação da sociedade civil nos processos decisórios de relevância para os seus destinos.

Embora inconfundíveis os conceitos de acesso à justiça e acesso ao judiciário (aquele mais amplo, no sentido de acesso à ordem jurídica justa,¹⁴¹ um conceito valorativo e substancial, dirigido ao efetivo reconhecimento e concretização dos direitos fundamentais do homem, e este, um conceito formal e instrumental do acesso à justiça, enquanto possibilidade de deduzir em juízo demanda que se contraponha à ameaça ou lesão de direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da CR), o esforço será no sentido da imbricação dos conceitos, é dizer, tomando o acesso à justiça em um duplo e complementar sentido de caráter formal (procedimental) e material (substancial).

No sistema normativo brasileiro, o fundamento formal do princípio do acesso à justiça acha-se no art. 5º, inciso XXXV, da CR: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O legislador constituinte, ao cuidar do princípio do acesso à justiça no referido preceptivo, ao invés de proclamar diretamente o direito fundamental à jurisdição, preferiu estabelecer vedação dirigida ao Estado de restringir o acesso à justiça para pôr fim à lesão ou ameaça a direito. Talvez estivesse buscando prevenir reminiscências de um passado não muito remoto em que convivíamos com leis que excluía-

¹⁴¹ A temática do *acesso à ordem jurídica justa* debate sobre propostas e soluções à crise da justiça não só no âmbito do Judiciário, mas também por meio de políticas públicas que promovam a acessibilidade, a justiça social e a garantia de concretização dos direitos, se possível dispensando a própria judicialização. Revela-se também por um viés prospectivo de análise de novas demandas e de fortalecimento das legitimidades para a concretização dos direitos a despeito da atuação do Poder Judiciário. Suspeita-se que, talvez, não seja mesmo uma questão de eficiência do Poder Judiciário, mas sim um problema estrutural mais profundo e precedente, de conotação política, sociológica e econômica: a desigualdade e a exclusão social num cenário de miséria e pobreza que compõe a conjuntura brasileira.

da apreciação do Poder Judiciário questões diversas, dirigindo diretamente ao legislador a vedação (AI5 - Ato Institucional nº 5, por exemplo).

Do ponto de vista material, o direito fundamental ao acesso à justiça encontra-se fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor alçado à condição de norma/princípio político estruturante da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º), traduzindo-se em imperativo categórico a impor observância por todo o sistema normativo e também por todos os aplicadores do Direito. Em outras palavras: o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como vetor para a interpretação e alcance de toda a gama de normas de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, configurando-se assim em um princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa.

A recorribilidade ao Poder Judiciário para evitar ou pôr fim a uma lesão ou ameaça a direito é, então, um exercício de cidadania inerente à dignidade da pessoa humana. Na sua essência, a dignidade da pessoa humana marca uma opção do constituinte pelos valores humanistas, tornando o homem o centro da ordem político-constitucional e, na medida em que se lhe restringe o acesso à ordem jurídica justa, ter-se-á violado o núcleo essencial desse princípio/valor que constitui a tônica da evolução política, jurídica e social deste início do milênio.

O princípio/direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa desvela-se como o mais importante de todos os princípios constitucionais porque lhe incumbe a função de maior relevância dentro do sistema constitucional, qual seja, a de assegurar o reconhecimento e o exercício de todos os demais direitos e garantias previstos na Carta. Em outro dizer, desempenha o papel essencial de garantir a eficácia da própria Constituição e de seus valores essenciais, como o Estado Democrático de Direito.

A Constituição fundamenta, garante e atribui confiabilidade à jurisdição, e esta retribui protegendo e velando pela higidez do sistema jurídico-constitucional. Sem jurisdição eficaz, os mandados constitucionais passam a ser meras manifestações de propósitos desprovidas de qualquer utilidade prática para a sociedade. Calha a observação de Canotilho (1993, p. 57):

independente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de Direito encontra explícita ou implicitamente no texto constitucional, os pressupostos materiais subjacentes a este princípio residem na tríade constitucionalidade, judiciaridade e direitos fundamentais.

O pleno exercício do direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa funciona como uma espécie de sensor de plenitude democrática. Mede-se o nível de democracia de determinado povo pela amplitude de vias de acesso à justiça, enquanto efetiva e eficaz proteção contra ameaças e lesões a direitos individuais, políticos e sociais. Conforme observou C. Rocha (1993, p. 32), “Quanto mais democrático o povo, mais alargada é nele a jurisdição, mais efetiva, rápida, facilitada e concretizada a sua prestação”.

Trata-se de um direito fundamental de toda a pessoa, que se traduz evidentemente em direito subjetivo exercitável em face do Estado, a quem incumbe o dever de prestar a jurisdição da forma mais efetiva, eficiente e eficaz. É, pois, direito fundamental de dupla funcionalidade (direito/dever). Cogita-se, ademais, de um direito que deve ser ativo, ou seja, transcendente da normatividade constitucional e infraconstitucional abstrata e frívola – muitas vezes apenas serviente de interesses meramente acadêmicos e utilizado para subsidiar demagogias políticas –, apto a produzir efeitos concretos e com sensibilidade no plano social.

O direito fundamental de acesso à justiça somente se legitima quando trespassa da órbita meramente discursiva para a realidade palpante e viva da sociedade, refletindo-se na exigência de medidas práticas traduzidas em ações afirmativas de democratização do acesso à ordem jurídica justa, enquanto resposta ao fracasso da neutralidade estatal em efetivar os direitos fundamentais condensados na Carta Política.

Conforme Cappelletti e Garth (1988), acesso à Justiça diz respeito à eficácia das finalidades básicas do sistema jurídico: acessibilidade igualitária ao sistema e produção de resultados justos. A acessibilidade aos direitos torna-se também um direito, ensejando uma atuação positiva do Estado para corrigir desigualdades e garantir a cidadania: “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” (1988, p. 12).

Bem lembrou Watanabe (2011, p. 3-9), que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição deve ser interpretado “não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como *garantia de acesso à ordem jurídica justa*, de forma *efetiva, tempestiva e adequada*”. Ao ensejo do elasticamento democrático do sentido do acesso à Justiça passou-se a cogitar de *acesso à ordem jurídica justa*, superando a ideia de acesso à justiça meramente formal. A partir desta jurisconstrução, é possível esquematizar os apanágios ou corolários da adoção da perspectiva ampliada de acesso à justiça:

1. o sistema de justiça deve ser avaliado levando em conta os seus destinatários e suas circunstâncias. Perpassa, pois, os limites processuais e abarca também o direito material, acomodando, assim, procedimentalismo e substancialismo;

2. o “acesso à ordem jurídica justa” refere-se à correta construção legislativa do direito material (precedida por pesquisas empíricas multidisciplinares, sobretudo sociológicas, para a adequada compreensão do fenômeno e sua conformação à realidade social), além da interpretação e aplicação adequadas;

3. tem como pressuposto ou condição de possibilidade o direito à informação e o perfeito conhecimento do direito substancial de todas as camadas da sociedade, sobretudo as mais profundas. Para tanto, é importante que o acesso à justiça seja objetivo e compreensível, sob pena de haver, por exemplo, desrespeito não intencional à norma ou propositura de demandas desprovidas de sentido;

4. precisa contar com serviços de assistência judiciária devidamente estruturados e compreensivos, além do acompanhamento litigioso, orientação jurídica e assessoria extrajudicial à população, de modo a garantir os direitos de cidadania, a emancipação e a consequente efetivação dos direitos reconhecidos;

5. depende do arredamento dos obstáculos de natureza econômica, social ou cultural, o que pressupõe a igualização das partes hipossuficientes de maneira que sejam compensadas as situações de vulnerabilidade para só então ser assegurada às partes a igualdade de tratamento;

6. para o cabal atendimento desses ideais republicanos, faz-se mister que o sistema de Justiça esteja organizado e dotado de instrumentos e mecanismos adequados à tutela efetiva dos direitos e suas circunstâncias, predisposição que se compreende na perspectiva procedimental do devido processo legal;

7. é fundamental que a Administração da Justiça estabeleça políticas públicas de incentivo a partir da estruturação judicial adequada para dar conta da efetiva participação das partes no processo decisório, seja no sentido da democratização da estrutura comunicativa da própria solução adjudicada, seja pela concepção de espaços autocompositivos e consensuais que confirmem às partes o poder de solução do conflito;

8. *last but not least*, o “acesso à ordem jurídica justa” pressupõe também uma Justiça composta por juízes capacitados, comprometidos e sensíveis aos problemas sociais, verdadeiros agentes de transformação social, na medida em que estejam compromissados com a justiça social preconizada pela Constituição. Em outras palavras, autênticos guardiões da promessa de ordem jurídica justa.

Para que se possa ter assegurado o direito à ordem jurídica justa, é fundamental que o sistema de justiça seja compreensivo de alguns atributos: a) justiça na relação com os litigantes: o sistema deve ser justo quanto ao modo como lida com os litigantes, atentando para as suas vulnerabilidades; b) adequação: o sistema precisa dispor de procedimentos apropriados aos casos, com custo que leve em conta a situação econômica dos usuários do serviço, respondendo às necessidades daqueles que o utilizam em tempo razoável e propiciando nível elevado de justiça; c) compreensibilidade: o sistema tem de ser estruturado de modo a poder ser compreendido pelos seus usuários; d) efetividade: o sistema deve estar dotado de mecanismos de solução dos conflitos adequados à natureza do conflito e apropriadamente organizado para garantir o acesso simplificado, tramitação célere e o resultado útil do processo; e) vocação para ser uma justiça de resultados: o sistema deve estar estruturado de modo a induzir a justiça dos resultados que permite alcançar.

Parece conveniente, a partir da análise desses apanágios, o rompimento da dicotomia metafísica procedimentalismo *versus* substancialismo, desiderato que somente é atingível pelo acoplamento do processo dialógico com a concretização dos direitos pela via da hermenêutica constitucional. Esta fórmula, ao que se vê, constitui o caminho para a superação da ideia instrumentalista do processo e, ao mesmo tempo, garantia da construção de soluções adequadas à fenomenologia do caso posto sem desbordar dos princípios constitucionais políticos e normativos.

A harmonização da ideia de tutela jurisdicional ao resultado adequado no plano do direito material, é cediço, abala a construção modernista quanto à autonomia do processo em relação ao direito material, a proposta mesma de uma mera conexão e de instrumentalidade.¹⁴² O duplo sentido é, de rigor, assimilado pela lei processual, quando fala da antecipação da tutela, tutela específica e outros institutos com dupla acepção (procedimental e substancial). Também pela doutrina, na medida em que trata das tutelas diferenciadas, não se limitando a cogitar "apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também aos meios predispostos à consecução deste resultado" (YARSHELL, 1998, p. 31).

Em suma: a harmonização conceitual e teleológica entre procedimentalismo e substancialismo, a fim de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais no plano da

¹⁴² Motta (2012, p. 201) observa ser "indevido falar em processo como *instrumento* de alguma atividade estatal. Processo jurisdicional democrático é muito mais do que isso. É espaço de controle e asseguarção de participação – conceito este que, para Dworkin, deita raízes no direito à igual consideração e respeito, que pauta toda a atividade pública. De resto, imagino que ninguém discorde sinceramente do fato de que a produção da decisão é uma questão de democracia". (grifo do autor)

sensibilidade social, em um ambiente inspirado democraticamente, corresponde ao chamado *devido processo justo*, compreensivo da participação efetiva das partes na formação do processo decisório e na construção da solução adequada ao caso concreto, para atendimento das expectativas sociais.¹⁴³ Esta pretensa unidade guarda dependência não apenas com a força vinculativa das garantias constitucionais do processo, mas também com a hermenêutica constitucional como condição de possibilidade à prática de uma justiça social.

Embora com orientação teórica e método diversos, autores de nomeada conciliam procedimentalismo e substancialismo. Ferrajoli (1999), por exemplo, sem prescindir da formalização dos procedimentos de garantia, respalda sua teoria normativa na dimensão substancial dos direitos fundamentais.¹⁴⁴ Teubner (2000), em seu neoevolucionismo, enfrentou bem o desafio de compatibilizar a racionalidade formal da modernidade com a racionalidade material e finalista da pós-modernidade, colocando em evidência o direito reflexivo,¹⁴⁵ que vai além da mera forma para, sem considerá-la um fim em si mesma, reputá-la uma etapa essencial ao materialismo substancial que o direito deve assumir para fazer face à complexidade contingencial da sociedade pós-moderna.

6.2 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E A CONCEPÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL COMO *LOCUS* DA JUSTIÇA SOCIAL CONCILIATIVA

Com estes adminículos, vertidos no sentido de apresentar, em breves linhas, o estágio atual da problemática e justificar o interesse em sua investigação, pode-se enveredar para a análise do acesso à jurisdição especializada do JEF, a partir da observação profissional, acompanhando a evolução das estruturas deste subsistema e sua experiência no campo prático-social desde a sua instalação, no ano de 2002.¹⁴⁶

O Juizado Especial, no Brasil, foi criado sob os auspícios da chamada "terceira onda" de reformas propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth para ampliação do acesso à Justiça.¹⁴⁷ Advertem estes precursores (1988, p. 8) das ideias amplificadoras que

¹⁴³ Consultar, sobre a crítica da teoria instrumentalista do processo, Leal (2008), Nunes (2009), Ribeiro (2010) e Streck (2011 e 2011a), no sentido de não haver jurisdição sem que um procedimento assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las, o que se implementa pela via do contraditório e seu corolário mais relevante que é a garantia de influência.

¹⁴⁴ Consultar seu *Derechos y garantías: la ley del más débil* (1999).

¹⁴⁵ Entre outros trabalhos, ver *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno* (2000).

¹⁴⁶ O JEF foi criado em 2001 e implantado, no Brasil, a partir do ano de 2002.

¹⁴⁷ As três ondas de acesso à Justiça de Cappelletti e Garth estão assim imbricadamente encadeadas: a primeira, está focada na expansão da oferta de serviços jurídicos aos setores pobres da população; a segunda, trata da incorporação dos interesses coletivos e difusos, o que resultou na revisão de noções tradicionais do

a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – ampliar as formas pelas quais as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob o auspício do Estado. Para isso, o sistema deve ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

A partir do reconhecimento da influência da natureza do conflito na determinação dos instrumentos que tornem efetiva a proteção dos direitos emergentes e adaptando o processo à situação conflitiva, trata a "terceira onda" principalmente do “conjunto geral das instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-8).

Nas possibilidades de reformas apontadas pelo “enfoque da ampliação do acesso à justiça” incluíram-se as alterações nas formas de procedimento, mudanças nas estruturas da justiça, modificações no direito procedimental e material destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de conflitos.¹⁴⁸

Da ampla gama de reformas, a mais revolucionária foi, sem dúvida, a criação de estruturas e procedimentos especiais para pequenas causas, que representou uma verdadeira ruptura no sentido da construção de um autêntico pluralismo jurídico que levasse em conta a policontextualidade do Brasil.

Nesta mesma época, surge a obra de Santos intitulada *O discurso e o poder* (1988), em que o sociólogo lusitano analisa a existência de um poder paralelo em virtude da ausência ou da ineficácia do Estado brasileiro na solução de conflitos atinentes às pessoas economicamente desfavorecidas.

Santos (1988) observa e descreve, na década de 70, o comportamento coletivo de Pasárgada, uma favela do Rio de Janeiro, concluindo existir uma sobreposição entre o discurso, o poder e a *lei dos oprimidos*. O direito de Pasárgada passou a ser um direito paralelo não oficial e a solução dos conflitos, em alguns casos, migrou para a instância informal das associações de moradores.

processo civil; a terceira, conhecida como “abordagem de acesso à Justiça”, trata da informalização da justiça, vale dizer, do deslocamento de casos de competência do sistema formal legal e da simplificação da lei. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, estando centrada no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPELLETTI e GARTH, 1988).

¹⁴⁸ Santos (2011, p. 49) explica que "Na terceira vaga, o movimento de acesso à justiça procura expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, o que inclui o que se convencionou chamar de ADR (Resolução Alternativa de Litígios)".

As características mais salientes do discurso jurídico de Pasárgada residem em que as decisões não resultam da aplicação unívoca de normas/leis a casos concretos. São antes o produto de aplicação gradual, provisória e sempre reversível de *topoi* cuja carga normativa (extremamente vaga em abstrato) se vai especificando à medida que se envolve, pela argumentação, com a facticidade concreta da situação em análise (SANTOS, 1988, p. 17).¹⁴⁹

Esse modelo informal de Pasárgada, caracterizado pela mediação, ao contrário do modelo de adjudicação, está orientado para a contabilização plena dos méritos relativos das posições no litígio. Por essa via, maximiza o potencial de persuasão do discurso e o consequente potencial de adesão à decisão, ensejando um debate permeado pela sociologia acerca do sentido do “pluralismo jurídico”, como forma de reflexão sobre as condições de acesso à justiça no Brasil.

Do ponto de vista sociológico, a abordagem sobre o acesso à justiça é conduzida à constatação de haver um déficit a ser superado pela administração da justiça. A condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência das camadas mais baixas da população exacerba três aspectos fundamentais: primeiro, o desconhecimento do próprio direito material, depois, a possibilidade de reivindicá-lo na via judicial e, por último, a dificuldade de obter patrocínio técnico para a sua demanda judicial.¹⁵⁰

Estas limitações necessitam ser compensadas quando se pretende levar a sério a promessa de acesso amplo à ordem jurídica justa. Em outro dizer, na adoção de *ações afirmativas* como *desigualdades positivas*, expressão empregada por Rocha (1996) e Neves (2012) para identificar a *igualdade jurídica efetiva* assegurada no sistema constitucional democrático.

Desde a última década do século passado, as políticas públicas implementadas no âmbito do Poder Judiciário, entre as quais está criação dos Juizados Especiais, vêm tentando dialogar com as diferentes concepções de acesso à justiça para adaptá-las aos novos cenários sociais policontexturados e normativamente pluralizados.

Enquanto a ciência processual lida com os mecanismos destinados a promover o acesso qualificado à justiça, a sociologia preocupa-se com a existência de grupos em desvantagem, inaptos, pressupostamente, a utilizar o sistema de Justiça. Busca identificar e investigar os obstáculos à acessibilidade e intenta apontar instrumentos e mecanismos para

¹⁴⁹ "Porque a estrutura do processo se condensa na conclusão, a decisão tende a assumir a forma de mediação. Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultado nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido), que é hoje largamente empregado nos sistemas jurídicos oficiais dos estados capitalistas (se não mesmo do estado moderno em geral)" (SANTOS, 1988, p. 21).

¹⁵⁰ Sobre a sociologia da administração da justiça, consultar Santos (2007).

superá-los. À política, em cuja essência habitam as ideias de democracia social no Estado Democrático de Direito, cumpre o papel de dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusos, nada obstante as correntes refratárias, os sociais e os econômicos, mister que se esforça para repassar à Justiça.

Esse olhar retrospectivo multidisciplinar permitiu ver que a problemática do acesso à justiça era a que mais diretamente equacionava as relações entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade socioeconômica, aproximando o direito da sociologia e da política.

O apelo sociológico e a vontade política, traduzidos pela linguagem do direito, todos contaminados pelas ideias revolucionárias do movimento pela ampliação do acesso à justiça de Cappelletti e Bryant, expressaram-se no texto constitucional:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos orais e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.¹⁵¹

§ 1º. A Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal (EC nº 22/99).¹⁵²

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JEC) foram criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e os Juizados Especiais da Fazenda Pública pela Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, compondo o sistema dos Juizados Especiais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, para conciliação, processo, julgamento e execução das causas de sua competência (arts. 3º e 2º das respectivas leis).

Com base na EC nº 22/99, o Juizado Especial Federal (JEF) foi instituído pela Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, para processar e julgar os feitos criminais de competência da Justiça Federal relativos a infrações de menor potencial ofensivo (art. 2º) e processar, conciliar e julgar as causas cujo valor não ultrapasse sessenta salários mínimos, bem como executar suas sentenças (art. 3º). Na competência cível compreendem-se as causas em cujos polos figurem, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, e, como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

¹⁵¹ Sobre a criação dos Juizados Especiais, ver: Lagrasta Neto (1985), Watanabe (1985) e Vianna *et all* (1999).

¹⁵² O texto básico da Emenda Constitucional nº 22/99, que instituiu os Juizados Especiais Federais, foi redigido por Gilmar Mendes, em 1997.

O JEF foi criado a partir das ideias de acessibilidade, informalidade, consensualidade, celeridade e justiça social, com a missão de ampliar o acesso à justiça e tornar o processo judicial mais célere às pessoas menos favorecidas economicamente, que constituíam uma demanda recôndita de parcela da população até então sem oportunidade de acesso ao Poder Judiciário Federal.¹⁵³ Sua criação repercutiu de maneira instantânea com a ampliação significativa da demanda por prestações sociais, o que pode ser compreendido como consequência da crescente legitimação social do Judiciário, guardião dos direitos da cidadania consagrados pela Constituição Republicana de 1988.¹⁵⁴

Refletindo uma ruptura paradigmática com o modelo de sistema de justiça então instalado, os Juizados Especiais Federais surgem com o compromisso, verdadeira condição de sua legitimidade e identidade, de construir uma ordem jurídica mais justa e equânime. *Igualização* (redução das desigualdades sociais e compromisso com a dignidade humana) e *democratização* (solução dos conflitos mediante a efetiva participação democrática dos interessados) são os princípios político-axiológicos que inspiraram sua criação, e se colocam hoje como vetores imprescindíveis de sua funcionalidade enquanto programas organizacionais decisórios vinculativos.

Mendes (2002, p. 5), nos idos de 2002, destacava que os Juizados Especiais permitiriam que, sobretudo, a porção menos favorecida da sociedade brasileira passasse a ter acesso a uma justiça ao mesmo tempo célere e eficiente. Um dos primeiros e imediatos favorecidos pelo novo sistema seria o segurado da Previdência Social. “Quem, antes, entrava na Justiça contra o INSS para reclamar algum benefício poderia ter de esperar até seis anos para recebê-lo”. Com os Juizados Especiais, arrematou, “esse mesmo segurado poderá receber seu benefício já na primeira audiência, caso ocorra a conciliação”.

O processo, o procedimento e a jurisdição, tal como concebidos para os Juizados Especiais, traduzindo os objetivos do Estado Democrático de Direito, constituem mecanismos de incremento da cidadania e democratização social¹⁵⁵ na medida em que possibilitam o acesso à ordem jurídica justa e ampliam o nível de concretude dos direitos fundamentais nas situações de conflituosidade que decorrem da cultura administrativa de limitação e retardo do reconhecimento de tais direitos.

Os métodos consensuais de solução de conflitos, incorporados ao processo e à jurisdição no procedimento especial dos Juizados, estão vocacionados a dar maior efetividade

¹⁵³ Sobre a criação do Juizado Especial Federal, ver Mendes (2002 e 2011).

¹⁵⁴ Consultar, a propósito, Vianna et all (1999), Faria (2010) e Sadek (1995).

¹⁵⁵ Ver, sobre o tema, por todos, Peces-Barba (1999), Abreu (2011) e Chauí (1994).

e sensibilidade social aos direitos fundamentais, assim como possibilitar que isso ocorra sem delongas, é dizer, mitigando os entraves temporais naturais ou excepcionais que o processo apresenta.

O tempo, embora seja uma variável indispensável ao processo, pressuposto mesmo de segurança e justiça, para certos direitos (de exercício impostergável) representa a negação da justiça. Assim, se pudermos conferir a segurança e a justiça que o acertamento da relação litigiosa demanda sem gastar tanto tempo, estaremos muito próximos de um ambiente ideal. E quando isso acontece, o sistema de garantia dos direitos fundamentais fica mais acessível aos seus destinatários (sujeitos de direito).

A cidadania, que se mede pela capacidade do Estado de distribuir os direitos fundamentais de forma equânime e materialmente isonômica, priorizando os que mais necessitam e sem discriminações diretas ou indiretas, ganha em densidade na medida em que alcança o maior número de indivíduos em menos tempo.

O Juizado Especial Federal foi criado também para ser uma justiça de proximidade (ou aproximação), é dizer, um reforço ao exercício da cidadania e um microsistema funcional preordenado a recuperar a confiança do cidadão no sistema judicial. Sob a promessa de constituir-se como espaço de participação cívica dos interessados e do estímulo ao acordo, o desafio institucional do JEF passou a ser estimular a autorresponsabilidade e a participação no debate racional, com possibilidade de externar posições de modo aberto e acessível no sentido de obter o assentimento dos interessados para uma adequada e eficaz solução dos conflitos.

Entretanto, passados já 14 anos da sua criação, as principais características do Juizado Especial Federal, acessibilidade (proximidade), informalidade (simplificação procedimental), celeridade (solução final rápida do conflito) e consensualidade (conciliação), passam a representar motivo de preocupação generalizada.

A quantidade de processos e a morosidade de alguns juizados já é maior do que em outras varas ordinárias.¹⁵⁶ O procedimento é mais ordinarizado e o tempo médio de duração do processo, da entrada até o arquivamento, é superior e apresenta uma tendência perigosamente crescente.¹⁵⁷ Os níveis de conciliação também não se mostram condizentes com a ideia fundamental de consensualidade que inspirou os Juizados Especiais.

¹⁵⁶ Mendes (2011, p. 9), em análise dos 10 primeiros anos de existência, já alertava para essa realidade.

¹⁵⁷ Ver, sobre o tempo médio de tramitação dos processos no JEF, os gráficos das páginas 244 e 245, que mostram a tendência de aumento.

6.3 CRÍTICA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: DESAFIOS ONTOLÓGICOS PARA A REALIZAÇÃO EFETIVA DA JUSTIÇA SOCIAL CONCILIATIVA

No modelo ideal, o Juizado Especial Federal deveria ser um meio simplificado, expedito e hábil posto à disposição de qualquer pessoa para o tratamento dos conflitos gerados pelas relações sociais, independentemente dos seus recursos econômicos, sociais e culturais. Mais do que isso, o *locus* adequado para a concretização e a consolidação dos Direitos Sociais da Seguridade Social consagrados no texto da Constituição Compromissária e Dirigente de 1988.¹⁵⁸

No entanto, as dificuldades derivadas de uma justiça fechada e burocrática, funcionando com base em procedimentos saturados de formalismo e delimitados pela ideologia elitista impregnada de um caldo de cultura liberal-individualista, constituem barreiras intransponíveis para as classes menos favorecidas, que representam a grande maioria dos que recorrem ao JEF na busca de prestações sociais (justiça social).¹⁵⁹

Os conflitos solucionados no JEF, marcadamente sobre direitos da seguridade social (previdência, assistência e saúde), representam oportunidades de sociabilidade em que o Judiciário testa a sua legitimidade no modelo de Estado Democrático de Direito zelando pela dignidade das pessoas como titulares de tais direitos, preconizados pela Constituição.¹⁶⁰

A democratização da jurisdição do JEF é condição de possibilidade da verdadeira inclusão social. "Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. Uma democracia só é um procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais", afirmou Canotilho (2008, p. 25).

Os direitos sociais são especialmente sensíveis às necessidades humanas e, como garantia de igualdade, apresentam razões para justificar uma atenção diferenciada em relação

¹⁵⁸ Sobre a permanência da capacidade compromissária e dirigente do texto constitucional, ver Streck (2003).

¹⁵⁹ Pesquisa do CEJ/ IPEA (2012, p. 97-98) constatou, pela observação do comportamento dos autores das ações, bem como pelas entrevistas realizadas, "que se trata majoritariamente de pessoas de baixa renda, com escolaridade precária, que não possuem as informações necessárias sobre seus direitos ou sobre o funcionamento do procedimento judicial, são mal instruídas (nos casos em que têm representante legal constituído) e não são protagonistas de 'seu' processo".

- Quanto à escolaridade, conforme a Pesquisa PNAD/IBGE (2009), 69,3% dos conflitos na área de previdência, em 2009, envolveram pessoas que não tinham completado o ensino fundamental, segmento que congregava 44,4% da população. Os indivíduos com 50 anos ou mais são a ampla maioria entre os que se envolveram em tais conflitos (70% em 2009, ano em que constituíam 32% da população adulta). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv42820.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

¹⁶⁰ No polo passivo, quem habita os *files* dos processos eletrônicos que tramitam no JEF são as entidades públicas federais, demandadas em prestações relacionadas com o bem-estar das pessoas, marcadamente, as de natureza previdenciária e as funcionais, que constituem a esmagadora maioria.

às desigualdades que derivam de situações sobre as quais as pessoas não têm qualquer controle. A igualdade material é o critério interpretativo básico para se mensurar o grau de efetividade da igualdade formal, na medida em que dá lugar a um princípio de “equiparação” dos cidadãos na vida social, econômica e política que se consubstancia na priorização ou atribuição de relevância aos fatores de diferenciação.¹⁶¹

É justamente o caráter proativo que inspira a funcionalidade e o papel dos Juizados Especiais, a pedra de toque da atenuação das desigualdades entre os envolvidos nos conflitos previdenciários, provenientes, na grande maioria dos casos, do fato de contar com melhores condições culturais e financeiras e, por conseguinte, de poder contratar melhores advogados e suportar mais comodamente a demora do processo.

Os interesses da parte menos favorecida, como são invariavelmente os autores de ações que versam sobre direitos sociais de sobrevivência, poderiam atingir um patamar de igualdade diante da probabilidade de obter o direito litigado sem que as vantagens da outra parte (INSS) sejam determinantes para a decisão da causa em seu favor.

O Juizado Especial Federal, principalmente na sua face conciliativa, é o *locus* privilegiado para o exercício da igualdade de oportunidades por meio do empoderamento das partes diante do desequilíbrio que se estabelece pela própria natureza dos conflitos de natureza previdenciária.

Os contendores são o particular e o poder público, aquele buscando uma prestação social que este tende a lhe negar segundo fundamentos eficientistas e utilitaristas encontradiços nas respostas técnicas caracterizadas por uma verticalidade descendente e que contrastam com a demanda política apresentada pelo cidadão.¹⁶²

Para Supiot, o contratualismo que tomou conta da cultura ocidental, representado pela ideia segundo a qual o vínculo contratual seria a forma mais acabada do vínculo social e teria vocação de substituir os imperativos unilaterais da lei, “compõe a ideologia do ultraliberalismo econômico, que concebe a sociedade como um amontoado de indivíduos movidos unicamente pela virtude do cálculo de interesses”.

¹⁶¹ “Sin un piso de igualdad real entre los ciudadanos, la igualdad legal - que, desde el siglo pasado, nuestros constituyentes repiten sin reatos de conciencia en nuestros textos constitucionales - siempre será la más dolorosa y grave de las ficciones jurídicas, y que convierte en quimera las mejores promesas del régimen republicano” (PÁSARA, 2013, p. 15).

¹⁶² Bem lembrou Bolzan de Moraes (2011, p. 63), que a falta de concretude dos conteúdos constitucionais, imersos em “uma disputa entre o mínimo existencial e a reserva do possível, margeado pelo fundamento da dignidade humana no contexto de um Estado que, apesar de social, não rompeu com o modelo econômico - capitalismo - cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social”.

Em nome de uma cidadania definida não mais por referência ao Estado, mas por referência aos direitos do consumidor sobre o mercado, o Direito dos Contratos estende seu domínio sobre os bens e serviços públicos proporcionalmente aos progressos da privatização (SUPIOT, 2007, p. 126).

Nesse contexto, em que as obrigações encontram lastro nos contratos e não mais na lei, Supiot (2007, p. 130-131) apontou a emergência de um novo tipo de pacto. Seu objeto primordial não é mais trocar determinados bens nem selar uma aliança entre iguais, mas legitimar o exercício de um poder e a subordinação. Duas espécies de ajustes, que em geral se combinam na prática, encarnam essa figura da subordinação: os contratos de dependência e os contratos dirigidos. A peculiaridade dos contratos de dependência é sujeitar a atividade de uma pessoa aos interesses de outra.

Nos acordos em que figura como parte o Poder Público, com propostas fechadas e condicionamentos administrativos ditados unilateralmente, a partir de uma lógica de eficiência, algo como um *all or nothing*, tem-se, *mutatis mutandis*, uma espécie de contrato de dependência dirigido, trazendo consigo o arbítrio e o jogo do poder e da subordinação. Por isso, para que haja equilíbrio nas avenças é preciso que, antes, se estabeleça a igualização no plano jurídico, indispensável, sobretudo, nas conciliações que acontecem no microsistema do JEF, tendo como partes interessadas o Poder Público com toda a sua estrutura tecnoburocrática e o particular invariavelmente pouco assistido.¹⁶³

Para que o diálogo, encontrando as partes equiparadas, seja frutífero, impende esclarecer ao hipossuficiente acerca do seu direito ou do direito que regula o conflito. É, primeiramente, em torno de questões de direito que se estabelece o diálogo durante a sessão de conciliação. Dessas questões de direito decorrem, em um segundo momento, obrigações prestacionais que caberá ou não ao Poder Público satisfazer.

Não é de causar estranheza que o Poder Público, de regra, somente aceite transigir quando o seu contendor é titular de direito subjetivo reconhecido. Embora assistido por advogado, a quem incumbe o assessoramento jurídico do autor da ação, nem sempre essa tarefa é bem desenvolvida, cabendo sempre ao juiz/conciliador atuar em caráter subsidiário.¹⁶⁴

¹⁶³ Supiot (2007, p. 105), aludindo a Cooter, explicita as três etapas de uma análise econômica completa de um problema jurídico. A primeira etapa consiste em supor que os indivíduos ou as instituições que tomam decisões maximizem alguns objetivos econômicos bem conhecidos e claramente identificados, por exemplo, que as empresas maximizem seus lucros e os consumidores maximizem suas riquezas e seus lazeres. A segunda etapa consiste em mostrar que a interação entre todos os fatores de decisão pertinentes se estabilize no que os economistas denominam um equilíbrio, estado que não muda espontaneamente. A terceira etapa consiste em julgar o equilíbrio pela medida da eficácia econômica.

¹⁶⁴ Neste sentido foi a conclusão do Grupo Conciliações no JEF, no Curso dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, realizado em 02 e 03 de setembro de 2014, na cidade de Curitiba-PR, sob minha coordenação: “**Enunciado 1** - Nas conciliações nos JEFs, tem-se, no mais das vezes, uma negociação assimétrica, cabendo

A perfeita exposição, esclarecimento e discussão sobre os textos legais que regulam o objeto do conflito, quando existentes, se revela fundamental, na medida em que cria condições justas para o acordo, reduzindo o epicentro do conflito.

Isso não significa que o conflito somente poderá ser solucionado segundo as regras de direito. Mas é preciso ter bem definidas as normas que dos textos se possa extrair diante dos fatos, as interpretações possíveis e razoáveis à luz da hermenêutica. É em torno destas percepções de sentido que os conflitantes irão dialogar. Sempre haverá espaço para novas compreensões, o campo hermenêutico é aberto.

E mesmo diante do entendimento jurisprudencialmente reconhecido, é possível discutir os termos de um acordo que leve em conta critérios de justiça social, justiça distributiva e equidade, conforme as especificidades do caso em discussão, mecanismos de solução de conflitos que, seja dito, não constituem exclusividade da decisão judicial, senão que compromisso do Estado como um todo.

O empoderamento das partes, sobretudo as mais fragilizadas, deve abarcar os propósitos de possibilitar que: 1. entendam o conflito em seus contornos; 2. conheçam os modelos decisórios disponíveis; 3. escolham o tipo de solução que pretendem; 4. se posicionem conscientemente quanto a essa solução, sopesando possíveis ganhos e perdas; e 5. participem efetivamente do diálogo comunicativo que precede a decisão ou o acordo, conforme o caso, fazendo valer suas pretensões de comprovação da veracidade e juridicidade do alegado.

A equiparação das partes é fundamental porque assume o compromisso com a atenuação (se não é possível falar em eliminação) das disparidades em amplo sentido existentes entre os grandes litigantes, entidades públicas que se enquadram no conceito de litigantes habituais na referida justiça, tais como o INSS e a União Federal, e os litigantes ocasionais, em geral hipossuficientes, embora não necessariamente no aspecto econômico. Atende, assim, a uma preocupação realçada por Galanter (1994, p. 4-5), voltada à recomposição do desequilíbrio entre o litigante habitual e o litigante ocasional.

A desigualdade entre as partes ou disparidades mais significativas no uso da lei e dos serviços judiciais ocorrem não apenas entre os indivíduos ricos e pobres, mas também entre os indivíduos e as organizações, sobretudo as estatais. Dessa maneira, o objetivo primordial não seria apenas disponibilizar ao hipossuficiente a mesma qualidade e extensão dos serviços

ao juiz ou conciliador esclarecer as partes quanto ao direito e seus reflexos monetários, no sentido de obter a equalização e facilitar o acordo”.

ofertados ao rico, porém, a partir da realidade sociológica daqueles que se utilizam do sistema de justiça, é dizer, considerando as diferenças entre as partes e o efeito que estas diferenças podem ter no modo como o sistema funciona, estabelecer uma distinção entre o litigante habitual (“*repeat players*”) e o litigante ocasional (“*one-shotters*”).

Os fatores estruturais das partes apresentam-se como aspectos determinantes para o desequilíbrio entre elas. Enquanto para as organizações governamentais o litígio é um fato rotineiro e recorrente, para o particular ele é um fato isolado, ocasional, o que acarreta uma situação de vantagem para o ente público. No JEF, o maior litigante é o INSS, com 73,1% do total dos casos (os processos tratando de matéria previdenciária representam 70,6% do total).¹⁶⁵

Pode-se listar sucintamente, adaptando à realidade da Justiça Federal as observações de Galanter (1994, p. 4-5), algumas vantagens que um litigante habitual como o INSS tem em relação ao litigante ocasional: 1. acesso imediato a profissionais especialistas, notadamente estruturas de procuradorias jurídicas compostas por advogados capacitados para atuarem em suas causas; 2. maior possibilidade de prever resultados e poder estruturar sua atuação em juízo, elaborando estratégias e desenvolvendo grande “*expertise*” de atuação judicial com o emprego de técnicas de economia de escala, em razão da quantidade de casos, enquanto o litigante ocasional, por outro lado, tem mais dificuldade em testar estratégias e comprometer-se até mesmo no sentido de negociar o direito pretendido; 3. oportunidades de desenvolver relações informais com serventuários da justiça e juízes, interferindo mais próxima e diretamente nas instâncias decisórias, enquanto o litigante eventual é sempre um desconhecido para o Poder Judiciário; 4. o litigante habitual pode aguardar o tempo que for necessário para obter um resultado satisfatório no deslinde da causa enquanto o ocasional não possui recursos suficientes para aguardar, circunstância que, muitas vezes, prejudica a espera pelo reconhecimento do direito ao qual faz jus e o pressiona a aceitar propostas de acordos que apenas significam unilateral supressão de direitos; 5. supondo que os valores em discussão sejam relativamente menores para os litigantes habituais, estes podem adotar estratégias calculadas para maximizar os ganhos sobre uma longa série de casos, mesmo quando isto envolve o risco da perda máxima em alguns casos, enquanto o litigante ocasional, em regra o hipossuficiente, não pode adotar a mesma postura, porquanto a perda de uma causa pode representar grande prejuízo, até mesmo para a manutenção da sua sobrevivência.

¹⁶⁵ Pesquisa do CEJ/CJF/IPEA (2012, p. 108).

Paradoxalmente, no Poder Judiciário massificado, as ideias de justiça são olvidadas e as pessoas se transformam em número (o do processo). No emaranhado de leis e ritos, culmina-se por esquecer que lidar com problemas do "outro" demanda mais do que o mero conhecimento do sistema jurídico: exige compreensão, sensibilidade e amor pelas pessoas. O juiz humanista consegue perceber que por trás de cada processo há vida, e zela pela sua preservação, tornando a justiça a regra da igualdade na desigualdade, em contraposição ao mundo egoísta e materialista de hoje.

Há uma espécie de filtro de solidariedade que coloca o juiz, a cada julgamento em matéria social, na posição daquele que bate à porta da Justiça para pedir ajuda. Recomenda que se decida também com o senso de responsabilidade no tocante a efetivação dos direitos sociais, fundamento modelar para a razão jurídica. Cobra a solidariedade em prol dos mais necessitados e impulsiona o juiz para olhar cada causa com a profundidade que lhe permitirá ver, pelas frestas dos textos legais, o sentido da norma e do julgamento mais equânime (*aequitas*), mais justo e hábil para atenuar o drama pessoal e humano que se esconde por trás de cada demanda que tramita no JEF. Apenas dessa forma pode chegar à resposta constitucionalmente correta.¹⁶⁶

O juiz de juizado precisa refletir cada decisão sua como um ato de amor. A maior esperança da humanidade para o futuro está no nosso potencial individual de aprender a *amar*; na capacidade de usarmos essa força expansiva para resolvermos os problemas de todos os níveis da vida a partir da energia do amor.¹⁶⁷

O amor, como fundamento humanizante da compreensão do Direito, é uma variável indispensável no processo hermenêutico-decisório dos conflitos dos excluídos: permite ao juiz fugir do solipsismo,¹⁶⁸ do ativismo,¹⁶⁹ do decisionismo e do discricionarismo injustificado,

¹⁶⁶ "A *resposta correta* – que não é única e nem uma entre várias – à luz da hermenêutica (filosófica) – será a 'resposta hermeneuticamente correta' para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico)" (STRECK, 2014a). (grifo do autor)

¹⁶⁷ Warat (2001) tomava o Direito como expressão de Amor. O amor waratiano está fundado na "diferença" e na "autonomia": o "outro" como possibilidade de potencializar mudanças em meu "eu". Concebeu o filósofo argentino um novo modelo de jurisdição que aprende a (con)viver com o conflito como condição para melhorar a qualidade de vida de todos.

¹⁶⁸ Solipsismo, em Sartre (2012, p. 298), é o desapego ao conceito de outro, a afirmação da minha *solidão ontológica*, pura hipótese metafísica, perfeitamente injustificada e gratuita, pois equivale a dizer que, fora de mim, nada existe; transcende, pois, o campo estrito de minha experiência

¹⁶⁹ Nossa preocupação vai no sentido de se contornar o ativismo às avessas, cujo exemplo é trazido por Streck (2014, p. 4): "Típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt".

para desenhar a melhor solução aos interesses estabilizantes das expectativas sociais de equiparação dos empobrecidos e dos necessitados. Não se está defendendo que o direito deva ser substituído pelo amor, nem que o amor deva fazer parte do direito positivado, tampouco concordo com a volta do jusnaturalismo clássico e dos conceitos metafísicos que a secularização racional moderna superou.¹⁷⁰

Kant (2006, p. 93-111), na sua obsessão pela purificação da lei moral, consubstanciada no dever (respeito) de observar a lei, que pretende ver livre de qualquer condição sensível, afirma: "só o amor prático está compreendido no núcleo de todas as leis. Amar a Deus, nessa significação, quer dizer: cumprir com satisfação seus mandamentos; amar o próximo significa cumprir com satisfação todos os deveres para com ele". O amor tem por base um sentimento e não um dever.

Na crítica da razão pura kantiana (2006, p. 103-104), toda a moralidade das ações "deve ser colocada na necessidade de realizá-las por dever e por respeito à lei, não por amor e por inclinação para o que as ações devem produzir". Conquanto "seja edificante praticar o bem para com os homens, por amor deles e por benevolência simpática ou ser justo por amor à ordem", esta não é a genuína máxima da moral de nossa conduta como seres racionais.

Paul Ricoeur (2006, p. 282) mostrou que, fatidicamente, os canais do direito não se detêm no amor; consideram-no uma trivialidade emocional frente aos argumentos dos processos jurídicos, onde sempre medeia um *mas...* Apesar dos recursos de apelação, o juiz conclui com uma sentença onde porta a balança e a espada. A justiça, pontificou, "é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é para os sistemas de pensamento" (1999, p. 47).

A proposta de Ricoeur (2008) é uma sociedade onde impere entre as pessoas o sentimento de dependência universal no econômico, no jurídico, no político e no social, e seu mútuo entendimento se mostre subordinado ao desinteresse, isto é, à verdade de que cada um é devedor do outro. Esta solidariedade surge do instável equilíbrio entre o supramoral amor e o justo, e constitui o pressuposto para a Justiça Distributiva. Para que a repartição seja proporcional, a equação aumenta as vantagens para os desfavorecidos, se maximiza a favor da parte minimizada em direitos e benefícios. A regra é, disse Ricoeur (2008, p. 26), evitar desigualdades maiores:

¹⁷⁰ Em Weber, a análise da secularização está disposta de modo tal a excluir qualquer "sentimento" ou "juízo" diante do processo, e, acima de tudo, qualquer inflexão valorativa que ameace condicionar sua clareza e eficácia. A concepção weberiana define a secularização a partir de três princípios fundamentais: o princípio da ação eletiva (ou princípio da autodecisão individual); o princípio da diferenciação e especialização progressiva (que atinge funções *status* e instituições) e o princípio da legitimação (entendida como o reconhecimento, ou mesmo institucionalização do processo de mudança (MARRAMAIO, 1995, p. 33).

Numa concepção distributiva, a sociedade não existe sem os indivíduos entre os quais as partes são distribuídas e que assim *tomam parte* no conjunto, mas os indivíduos não teriam também existência sem a regra de distribuição que lhes confere um lugar no conjunto. (grifo do autor)

Para Ricoeur, o que salva o segundo princípio de justiça de Rawls de uma recaída no utilitarismo é o seu parentesco secreto com o mandamento de amor. Ele permite a fuga do ideal utilitarista de "maximização da vantagem média do maior número ao preço de um pequeno número". Este parentesco, diz Ricoeur (2008, p. 37), "[...] é afinal um dos pressupostos não ditos do famoso *equilíbrio refletido*, do qual a teoria rawlsiana da justiça se autoriza, em última instância, entre a teoria abstracta e as nossas 'convicções mais bem ponderadas' (*our well-considered convictions*)".

No sentido ricoeuriano, o amor constitui uma variável intrínseca a ser considerada na compreensão dos textos legais. É um excelente reforço de argumentação a qualquer fundamento retórico revestido de caráter jurídico, embora não seja utilizável como discurso jurídico que se esgote em si mesmo. A compreensão judicial, tem-se dito, não se exaure no jurídico; é complexa e contempla também o amor como elemento intrínseco da própria moralidade que mantém estreita relação de intercomplementariedade com o direito.

O amor representa o primeiro grau de passagem do indivíduo além de si mesmo, é a presença singular em uma cultura universal. O viver não se reduz apenas aos interesses individuais, mas sim na maneira como o mundo se expõe ao sujeito. Levinas (1993), na sua ideia de justiça, lança as bases para uma nova compreensão do Ser baseada na responsabilidade para com o Outro (ética). Uma nova subjetividade engajada na justiça para com o Outro: o meu ser e os meus direitos me são dados pelo Outro.

A verdadeira justiça, para Levinas (1993), está na retidão do face a face, isto é, no acolhimento do rosto, no reconhecimento do Outro enquanto Outro (único) e na concretude dessa relação: reconhecer todos os outros que estão na mesma situação e que são meus próximos. A justiça estabelece-se a partir do momento em que é interpelado pelo Outro e se vê obrigado a dar uma resposta responsável.¹⁷¹

A condição humana do juiz não o abandona diante do texto legal e dos casos difíceis, nem logra êxito em colocá-lo numa zona de neutralidade em relação aos conflitos sociais que precisa resolver. Exigir que os juízes, ao ingressar na magistratura, abandonem seus preconceitos legítimos, pode ser uma forma de garantir a imparcialidade e a neutralidade. Na prática, entretanto, pode acontecer justamente o contrário. Os preconceitos são ínsitos a nossa

¹⁷¹ Para uma melhor compreensão da obra de Levinas, recomenda-se a leitura de R. Timm de Souza (1999 e 2012).

condição de ser-no-mundo, às nossas estruturas intrínsecas de compreensão. O que se torna indispensável é passar o preconceito e o (pré)juízo pelo círculo hermenêutico, pela fusão de horizontes.

Gadamer (1997, p. 405) mostrou que uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. “Mas essa receptividade não pressupõe ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes”.

A compreensão sobre questões sociais relevantes fingindo uma neutralidade que não pode ser alcançada é uma receita para o retrocesso e a alienação do direito. Uma justiça sem o comprometimento substancial com a proteção social resulta pobre e intolerante. Sobretudo por ceder um generoso espaço para as injustiças sociais que a justiça prometeu evitar.

A hermenêutica é vida, existência, faticidade e fenomenologia. Para Streck (2003, p. 286):

O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há sempre um “já-compreendido” em todo o processo hermenêutico. No conto, está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isso que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe é dada. Do texto sairá, sempre, uma norma. O texto será sempre o “já normado” pelo intérprete.

Nagel (1991, p. 10-20) situou o conceito de imparcialidade no topo da vida ética, definindo-a como a capacidade de ter dois pontos de vista, o dos nossos interesses e o ponto de vista superior, que nos permite adotar, em imaginação, a perspectiva do outro. Qualquer outra vida vale tanto como a minha, de modo que em toda imparcialidade é mais interessante dar vantagem aos carentes de bens do que aos mais favorecidos.

O problema da pobreza, que é gravíssimo na América Latina e atinge um terço da população brasileira, sabe-se, é um dos maiores obstáculos do acesso ao direito. Por isso, bem refere Nalini (1997),

Já não basta dizer que a pobreza é uma desgraça não imputável ao jurista. O juiz é também destinatário do comando constitucional direcionado a transformar o Brasil numa sociedade fraterna, justa e solidária. Combater a miséria é a única forma de redesenhar o Brasil e que tal truismo, além de contribuir para o juiz repensar o dogma da imparcialidade, reclame-lhe adequada aplicação do princípio da isonomia, de maneira a reduzir o fosso que separa o poderoso do despossuído.

O que se defende é uma nova concepção do Direito e da Justiça, cujas diretrizes estruturantes estejam baseadas em ideais distributivos, nas diferenças, nas vulnerabilidades, na espiritualidade e no amor, que nos investe a todos na condição de soldados de uma batalha por melhor qualidade de vida para os excluídos.

Com o auxílio da observação sistêmica, Luhmann (2001, p. 18) demonstra, em uma perspectiva sócio-teórica, que

as estruturas sociais de sociedades segmentadas e estratificadas estão conectadas às semânticas da justiça distributiva e da justiça comutativa, na medida em que aquelas tenham orientado estas para a igualdade dos segmentos e da ordem de precedência das hierarquias sociais.

A práxis da verdadeira justiça social almejada pelo Juizado Especial Federal precisa estar comprometida com a humanização das respostas oferecidas em termos (re)distributivos e com a superação da primazia da razão instrumental, que, no dizer de Taylor (1994, p. 41-44), está fundada na aplicação mais econômica dos meios a um dado fim, na eficiência máxima, na melhor relação custo-benefício, fazendo com que as criaturas que nos rodeiam percam o significado correspondente ao seu lugar na cadeia do ser, passando à condição de matérias primas ou instrumentos de nossos projetos. É preciso escaparem os juizes da *jaula de ferro* (Weber), que os obriga a tomar decisões contra a humanidade, bem assim das teorias fatalistas abstratas, que não se compadecem com as utopias.

Nesse sentido, se quisermos fugir dos fundamentos metafísicos (anti-hermenêuticos), a hermenêutica filosófica de Gadamer (1999) representa uma das possibilidades para a práxis da Justiça Social fugir da burocratização, na medida em que a compreensão judicial será sempre haurida da condição humana e da existência do juiz (enquanto modo prático de ser no mundo).

É a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto e não o método de interpretação (Heidegger, 1977). A compreensão humana sempre se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação. “Toda interpretação se inicia com algo que já é ou que já se apresenta como previamente dado na concepção prévia” (HEIDEGGER, 1997, p. 205).

É nesta perspectiva que a tradição cria no intérprete, sem que ele tenha percebido, uma pré-compreensão (pré-juízo) do cenário social de desigualdades materiais em que vive. Uma intrínseca vinculação à Constituição e ao direito fundamental/princípio da proteção

social que habita o mundo prático de todo juiz, dispensando-o de recorrer à metafísica para alcançar ontologicamente um sentido que irá passar pelo círculo hermenêutico.

A tese da resposta constitucionalmente correta para o caso concreto parte do princípio de que o sentido do texto (norma) somente terá validade se estiver conformado com a Constituição. Não se interpreta um texto jurídico (uma lei) desvinculando-o da antecipação de sentido representada pela compreensão que o intérprete tem da Constituição.

Se os pré-juízos do intérprete estiverem corrompidos por um sentido comum teórico no interior do qual a Constituição tem pouco valor e a jurisdição constitucional ainda é mal compreendida, inexoravelmente este intérprete terá seríssimos prejuízos na aplicação da norma” na medida em que, “nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ‘ser sem o ente’, ou uma categoria ou uma hipótese (STRECK, 2003, p. 288).

Observa-se no papel jurisdicional do JEF, na sua funcionalidade e no modelo de justiça para a qual foi concebido, um sentido muito próximo da Justiça distributiva equitativa de Ricoeur (1999), com base em Aristóteles, definida pela distribuição, o intercâmbio e a repartição, em que a igualdade almejada supõe que se reconheça o valor dos agentes, que suas vidas são tão importantes, significativas e valiosas como a minha. Vê-se, igualmente, o deontologismo moral de John Rawls (2008) fundado na legitimação política do Estado e da sociedade civil para a cooperação positiva, concebendo a Justiça como equidade e definindo princípios de justiça distributiva.¹⁷²

Em Dworkin (2011), os direitos subjetivos são “trunfos” num jogo, no qual indivíduos defendem suas pretensões justificadas contra abusos gerados por finalidades coletivas: da definição de um direito segue que ele não pode ser suplantado por qualquer fim social. Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um.

Quiçá se possa recorrer a Sen (2012), na sua ideia de justiça social prática, voltada à satisfação dos direitos humanos (capacidades básicas) e preocupada com as injustiças reais e as possibilidades de atenuá-las ou eliminá-las a partir da igualização nos contextos de

¹⁷² Para Rawls, qualquer pessoa que se imagine na *posição original* escolheria os dois princípios de justiça que ele enunciou: (1) Cada pessoa terá direito igual ao mais vasto sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos; (2) As desigualdades sociais e econômicas serão dispostas de forma a serem simultaneamente: a) para o maior benefício dos menos favorecidos (...), e b) ligadas a postos e posições acessíveis a todos, em condições de igualdade e oportunidade justas.

diversidade real dos seres humanos.¹⁷³ Ou mesmo a Höffe (2003 e 2005) e suas propostas de moralidade crítica, justiça política, justiça global e interculturalidade, imbricadas com o desafio de concretização dos direitos humanos.

Todas estas correntes de pensamento, conquanto alberguem diferentes métodos e critérios de justiça ou modos de se chegar a ela (e aqui não há espaço para discuti-los), parecem concordar em um traço fundamental: o caráter substancialista. Assumem todas um certo compromisso com a distribuição equitativa de bens sociais ou com a justiça compensatória que caberia ao Estado introduzir na sociedade.

O conceito filosófico de justiça social tem como pressuposto fundamental uma revolução moral, ou seja, a superposição da civilização moral à civilização material que a modernidade capitalista consagrou a partir da concentração excessiva de riqueza. Esta revolução toma como matéria prima da sua atuação valores morais (fundamento axiológico) que se convertem em direitos na medida em que adensam as Constituições democráticas do pós-Segunda Guerra.

De rigor, as principais teorias de justiça estão fundadas na lógica de conferir um tratamento igualitário que melhor atenda à necessidade de distribuição de bens e utilidades aos cidadãos, como direitos sociais, recursos e posições de responsabilidade das instituições econômicas e políticas. Isso repercute, como desdobramento das situações conflitivas decorrentes, na importância que se deve conferir à função jurisdicional.

Em um sentido objetivo, justiça social representa a justa distribuição dos bens materiais como resposta às tendências modernas de anulação total do indivíduo, em benefício da comunidade e de uma uniformidade que insiste em ignorar a diversidade que matiza a vida real. Do ponto de vista político, a justiça social é o complemento necessário do Estado do Bem-Estar Social.

Para a justiça social, os seres humanos, considerados como pessoas, são iguais e, portanto, toda desigualdade em aspectos constitutivos da pessoa, como é o caso das suas necessidades materiais básicas, deve ser afastada.

Embora criado pelo legislador, o *Welfare State* é mantido hoje, bem ou mal, pelo Judiciário. O Executivo, que tem a função de por em prática a legislação social,

¹⁷³ O desafio de Sen é encontrar resposta à pergunta: igualdade de que? E afirma ser *igualdade de capacidades básicas*, ou seja, capacidades que tem uma pessoa para realizar aqueles *funcionamentos* que pensa terem valor, que proporcionam um ponto de vista que permita apreciar as condições sociais e uma visão especial da evolução da igualdade e da desigualdade. Capacidades para satisfazer as próprias necessidades alimentares, meios para se vestir e para se deslocar, para ter habitação e proteção, capacidade para participar da vida comunitária.

implementando as políticas públicas, mostra-se excessivamente burocratizado, distante e inacessível, omitindo-se de seu ofício.¹⁷⁴

Flutuando entre a tutela paternalista e a opressão autoritária sobre os cidadãos, suprime suas capacidades de organização, luta e autonomia, frustrando o ideal de bem-estar geral em que se fundou. Restou ao Judiciário desempenhar o papel de garante dos direitos sociais, elevando-se ao nível dos outros poderes, como disse Cappelletti (1993, p. 47), tornando-se, enfim, "o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador", em um sistema de permanente equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos (*checks and balances*).

Em ambos os sentidos materiais da chamada *justiça social*, tratando de direito de cunho social – sua essência – ou como teleologia dirigida à correção de dificuldades e contingências sociais (conflitos da exploração do trabalho, problemas de saúde, velhice, fome e pauperização, acesso à educação, ao trabalho, à segurança e aos bens culturais), resulta incontornável trazer à discussão o Estado de Bem-Estar Social, seus fundamentos, suas possibilidades e suas regras de ouro, a solidariedade e a cooperação, muitas vezes confundidas com a própria justiça social.

O fundamental, quando se trata do Estado social, é que de tais regras não se espere a comutatividade nem a simetria. Fica-se, no alcance deste texto, com a expressão de Höffe (2003, p. 155-156): "a sua ideia fundamental é estendida na direção do *amor à humanidade*, onde aos mais fortes cabe o dever de defender os mais fracos, embora aqueles, por serem nitidamente e por longo prazo superiores, quase nunca experimentam uma contrapartida".

A justiça social, no seu ideal de impedir que uma classe impeça outra de participar das vantagens e riquezas produzidas pela atividade humana, tem suporte no solidarismo, situado como mediador ou conciliador entre o individualismo e o coletivismo (Pesch).

O individualismo, marca da modernidade, cujos fundamentos vamos encontrar em John Locke, tem como produto mais elaborado o liberalismo e as ideias dos autores fisiocratas (Quesnay e Adam Smith), que relegam a função estatal ao papel de guarda ou vigia (função policial) para proteger o desempenho das pessoas e a propriedade privada (*laissez faire, laissez passer*). Em suma: a satisfação das necessidades materiais do indivíduo pela mão invisível do mercado. Sem levar em conta o bem comum, pulveriza, atomiza e fragmenta a

¹⁷⁴ Por isso Streck (2003) sustenta com razão que o Estado Social não se concretizou no Brasil (foi apenas um simulacro), pois a função intervencionista do Estado serviu apenas para aumentar ainda mais as desigualdades sociais, e parcela expressiva dos mínimos direitos individuais sociais não vem sendo cumprida (p. 283).

sociedade levando ao egoísmo típico do utilitarismo hedonista de Bentham (2000) cujo lema é: *eleva ao máximo as vantagens pessoais e minimizar, o mais possível, as perdas*.

Para o individualismo liberal, em virtude do contraste entre poucos ricos e muitos pobres, a questão social resume-se na filantropia em lugar da justiça social, desencadeando em assistencialismo (não confundir com assistência), que, por seu caráter esporádico, somente alivia momentaneamente os males; porém, não lhe atinge a raiz, pois reduzido a uma lógica caritativo-paliativa, que não é sucedânea de justiça social.

No polo oposto, o coletivismo representa a estatolatria, a crença que o Estado pode solucionar todos os conflitos sociais. O indivíduo, como pessoa, nada vale, é apenas uma roda na imensa engrenagem do sistema coletivista, de que são modelares o socialismo e o fascismo.

Enquanto princípio ontológico do homem, o solidarismo constitui-se como princípio de organização social, e não apenas como um princípio entitativo da vida dos indivíduos em comunidade.¹⁷⁵ Representa, por igual, como *consecutivum*, um princípio ético, implicando direitos e deveres dos membros entre si colimando o bem comum. O Estado deve intervir na vida global dos cidadãos para lhes assegurar a plena liberdade, desempenhando um papel significativo na reforma social.¹⁷⁶

O solidarismo representa a superação construtiva do conflito dirigida ao bem comum. Ao reconhecer o papel do conflito como expressão da pluralidade, concebe a oposição como amostra enriquecedora das distintas partes que o conformam. Conflito e oposição que, através do debate e do diálogo, são capazes de encontrar pontes de vinculação. Não é o fim da luta estéril cujo instrumento é a violência e cujo móvel é o ódio, mas sim a pluralidade que germina em novas iniciativas de solução, convertendo as palavras de discussão em pedras de construção.

No solidarismo isso é possível porque há um bem superior que se persegue. Um bem que é capaz de unir os diferentes. Um bem que torna possível superar o interesse particular em nome do interesse comum.

Cumpra aos humanistas recriar um solidarismo capaz de alcançar a síntese da liberdade, da igualdade e da fraternidade sem ter que renunciar a nenhum destes princípios

¹⁷⁵ Importa a remissão ao notável estudo de Supiot (2014), nominado *O Espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do comércio total, em que fala sobre os *círculos de solidariedade* como base dos direitos sociais. Em verdade, como disse, em certos países, “o único princípio geral ao qual a seguridade social é imputada” (p. 141). Para Supiot, o princípio da solidariedade envolve direitos (sociais, ambientais, de proteção na relação de consumo, de informação, de acesso aos serviços públicos, de conciliação da vida profissional e familiar, de negociação coletiva e greve etc) e deveres (de pagar tributos, de contribuir ao financiamento da seguridade social, de preservar o meio ambiente, de consultar os trabalhadores etc).

¹⁷⁶ A propósito, Ulmann (1993).

com o fito de prestigiar outro. O solidarismo não troca a liberdade pela igualdade, nem a igualdade pela liberdade. Tampouco desconhece o valor da fraternidade como elemento indispensável da coesão social, coesão que não se dá apenas pela via das leis e das normas, mas também pelos valores superiores que identificam a sociedade através dos propósitos humanos comuns e que se condensam nos textos constitucionais.

Se o individualismo põe todo o peso nos indivíduos, de forma que a sociedade aparece quase como mera soma desses; se, ao contrário, o coletivismo põe todo o peso sobre a totalidade social, de sorte que os indivíduos são vistos apenas como membros desse todo, diversamente, o solidarismo se esforça por alcançar o equilíbrio entre os indivíduos, que mantêm seu valor próprio e independência ainda como membros do todo, por uma parte, e o mesmo todo social, por outra, que é uma unidade de ordem, não certamente substancial, mas, sim, real ou ôntica, e, como tal, significa muito mais que a mera unidade lógica de uma soma cartesiana.

Na Constituição, a justiça social representa um dos objetivos da Ordem Social, tal como insculpido no art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Este objetivo deve ser perseguido pelo Estado (social) e suas instituições, que assumem o compromisso de fazer transitar dos textos normativos ao mundo da vida as medidas práticas que consubstanciam a justiça social, garantindo aos indivíduos a Proteção Social.¹⁷⁷

No *caput* do art. 170, dispondo sobre os princípios fundamentais da ordem econômica, está assentado que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. A atividade econômica, portanto, não tem por finalidade apenas o crescimento econômico e o poderio nacional, mas “assegurar a todos existência digna”. A existência digna, segundo Barzotto (2003, p. 120) “é a vida humana realizada, a ‘vida boa’ dos clássicos. Na medida em que todos alcançarem uma existência digna, o bem comum terá sido concretizado”.

Assim, a justiça social, dirigida que é para a consecução do bem comum, exige de todos, a comunhão de esforços, tanto no campo do trabalho como na livre iniciativa, para criar

¹⁷⁷ A proteção social corresponde aos mecanismos institucionais que são articulados para reduzir e superar os riscos sociais (doença, acidente do trabalho, desemprego, miséria, velhice, morte etc.), assegurando, de modo universal, a segurança econômica contra as circunstâncias inevitáveis que afetam a subsistência (capacidade de assegurar, por si próprio, a independência social) e o bem-estar dos indivíduos e suas famílias (não apenas no sentido econômico, mas em todas as dimensões do homem como um todo). No Brasil, a principal política pública de proteção social é a Seguridade Social (CR/88, art. 194).

os bens econômicos que possam ser utilizados como meios para garantir a existência digna para todos.

Streck (2003) mostrou que no Estado Democrático de Direito, a função do direito passa a ser transformadora e o polo de tensão, a partir dos textos constitucionais, desloca-se para o Poder Judiciário, cuja legitimação é agora haurida da própria Constituição. “Até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que coloca em risco a realização dos direitos fundamentais sociais” (p. 266).

As instituições judiciárias, notadamente o Juizado Especial Federal, que encarna no Brasil o compromisso mais sério com a cidadania e a justiça sociais, a partir mesmo de sua diferença funcional, tem hoje a tarefa árdua de estreitar as relações entre direito e sociedade. Mas como alcançar o objetivo da justiça social com juízes de tradição liberal normativista, que esperam encontrar respostas para todas as situações do cotidiano nos textos legais, a modo formal-positivista subsuntivo?¹⁷⁸

Em Dworkin (2011, p. XII), "o formalismo do positivismo jurídico força os tribunais a substituir uma justiça substantiva mais densa, que solaparia políticas sociais conservadoras, por uma concepção fraca de justiça processual, que a promoveria".

Por outro lado, o abuso das ideologias utilitaristas e consequencialistas, assimiladas pelo capitalismo ultraliberal, não escondendo as tendenciosas defesas de retirada do Estado social para assumir o seu lugar – oferecendo a quem puder pagar, em substituição, os seus serviços remunerados – representa verdadeira ignomínia ao invés de justiça, não estando em consonância com o direito, a liberdade e a igualdade, os três sentidos da justiça kantiana.

Dworkin (2011, p. XII) mostrou que o utilitarismo econômico é injusto nas suas consequências porque perpetua a pobreza como instrumento para a eficiência, e deficiente na sua teoria da natureza humana porque concebe os indivíduos como átomos auto-interessados da sociedade, em vez de seres inerentemente sociais, cujo sentido de comunidade é uma parte essencial do seu próprio sentido de identidade.

Hoffman (2013, p. 116) aponta esta tendência, que eu chamaria de ultraliberal, a impactar negativamente a funcionalidade do JEF:

No que tange aos JEFs, o seu desiderato é subvertido em uma tônica de produção (d)eficiente de decisões que não findam conflitos mas eliminam

¹⁷⁸ Para Savaris (2011, p. 275), “faz-se necessário superar o método jurídico que percebe o Direito apenas como forma, decorrente que é de um pensamento jurídico de índole simplesmente cognitivo-analítico e lógico-dedutivo, que ignora, por isso, a realidade da vida”.

processos. Há um esvaziamento cultural dos JEFs de acordo com o *modus operandi* para o qual ele foi pensado. Os JEFs passam a ser apenas o mais novo departamento acoplado à linha de montagem decisória estruturada pelo CNJ, reduzindo-se o ambiente da conciliação a um setor menor na escala produtiva do sistema de justiça neoliberalizado.

Com efeito, a justiça não é apenas um contrato de utilidade como quis Epicuro, nem reflete a ideia de otimização do bem-estar coletivo, como sustentaram Bentham e Mill, admitindo que pode ser justo sacrificar o direito de alguns, ainda que indefesos, para a felicidade de quase todos, se isso é justamente o que justiça deveria buscar evitar.¹⁷⁹

Os juízes de Juizado precisam reciclar suas mentalidades, demasiada e profundamente dominadas pelas tarefas tradicionais da justiça civil e penal, para se adaptar a uma nova maneira de compreender e aplicar os textos legais promocionais e programáticos que caracterizam o Estado Social, orientados para a realidade do futuro, às novas e complexas situações da vida real, sobre as quais amiúde as suas intervenções se materializam no mundo sensível, sob a inflexão do regime constitucional. O ponto de contato entre a Constituição e os direitos humanos está na relevância que se atribui à realidade, à faticidade e à historicidade.

Tudo já se disse sobre a necessidade de redimensionamento do tempo no processo. A crise da demora, nada obstante o dever constitucional de agilidade, parece não ceder diante dos remédios prescritos. E o pior, tais remédios produzem efeitos colaterais indesejados. Tomada a perspectiva material, é fácil perceber que a sacralização dos números, da produtividade e das estatísticas – e a consequente demonização da qualidade – produz um efeito absolutamente nefasto para a prestação jurisdicional.

Melhor dizendo, abala a essência mesma da ideia de justiça; aposta nas mutações e transforma os jurisdicionados (sujeitos e suas aparências) em números, ou em dados desumanizados que precisam, com a máxima urgência, ser baixados do banco de dados do sistema informatizado dos tribunais. Não interessa de que forma. Sob o "fetichismo dos números" tudo é válido desde que se julgue com rapidez (pressa). É válido dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa".¹⁸⁰

¹⁷⁹ Infirmo as correntes utilitaristas (sobretudo, o utilitarismo de bem-estar), Rawls afirma que cada indivíduo é dono de uma inviolabilidade fundada na justiça, que nem o bem comum da sociedade pode ab-rogar. Portanto, numa sociedade justa, os direitos garantidos pela justiça não são objeto de negociação política, tampouco são computados no cálculo dos interesses sociais (RAWLS, 2008, p. 4).

¹⁸⁰ “Na era das estatísticas, o outro lado da moeda do sucesso numérico é a objetivização dos processos. Cada processo passa a ser apenas mais um número – assim como os pedidos ali encartados. Atualmente, o próprio juiz passa a ser fiscalizado como agente de eficiência operacional atrelado a metas insuperáveis (geralmente quantitativas). E, logicamente, as pessoas cujos pedidos são transformados em meros dados também são transformados em números, parâmetros objetivos à mercê das secretarias de orçamento ou de estatística, despreparadas para questões éticas e desprovidas do *telos* moral” (OLIVEIRA, 2012, p. 6859).

A fundamentação fica cada vez mais escassa. A hermenêutica cede espaço à ressurreição de uma vertente positivista (exegética) que há muito ficou *démodé*.¹⁸¹ É verdade. Quando se pensou que a técnica de julgar a partir da literalidade dos textos normativos estivesse exorcizada, ela renasce com toda a força, justamente no sistema de justiça que é mais dependente da compreensão hermenêutica (se é que algum pode dispensá-la).

Isso fica muito claro, exemplificando, quando se abusa, no âmbito do JEF, da possibilidade de confirmar sentenças pelos seus próprios fundamentos, mesmo quando o recurso traz novas alegações.¹⁸² Ainda que seja necessário dispor sobre critérios de agilização e desburocratização, admitindo-se, portanto, a constitucionalidade da regra que faculta a repetição da fundamentação, a ninguém escapa que teses diferentes devem ser respondidas com argumentos diferentes, bem como e acima de tudo, que é utópica a ideia da imagem congelada no *iter* processual.¹⁸³

O novo paradigma de justiça social instituído pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a matriz positivista, superou a ideia do direito como sistema de regras e a racionalidade lógico-formal causa e efeito, trazendo a lume a hermenêutica principiológica de matriz neoconstitucional, ou seja, introduzindo no discurso constitucional os princípios, cujo papel é representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade), até então sequestrado pelo positivismo e, muito importante, a acomodação da moral e da ética ao direito¹⁸⁴.

A insistência em afirmar que o JEF foi criado “apenas” para agilizar a prestação jurisdicional, que é mero instrumento de celeridade, produz um artificialismo catastrófico e sem precedentes na história do Poder Judiciário brasileiro.¹⁸⁵ Ecoa esta assertiva apológica do

¹⁸¹ Superada inclusive pelos positivistas normativos como Kelsen, que, embora defenda a pureza da ciência do direito tentando livrá-la de qualquer influência moral ou política na aplicação da lei, confere ao juiz um amplo poder, incluso o de desbordar a moldura legal, não se limitando à moldura semântica.

¹⁸² A Turma Nacional de Uniformização (TNU) do JEF, reiteradas vezes, afirmou que o disposto no art. 46 da Lei 9.099/95 não dispensa a fundamentação do acórdão, mas apenas prevê sua simplificação de acordo com os princípios norteadores dos juizados. Precedente desta Turma (TNU, PEDILEF n. 0502440-02.2008.4.05.8100, j. 30.09.2011, relator Juiz Paulo R. Arena Filho). Nada obstante, as Turmas Recursais persistem abusando desta prática que, de rigor, decorre de uma *interpretação literal* do texto legal (art. 46 da Lei nº 9.099, de 1995).

¹⁸³ O NCPD dispõe: Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

¹⁸⁴ "Com efeito, se o constitucionalismo compromissário e diretivo altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se “desvencilhar” do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento substantivo, próprio do esquema sujeito-objeto (nas suas duas faces, objetivista e subjetivista), tinha que ceder lugar a um novo paradigma compreensivo-interpretativo" (STRECK, 2003, p. 280).

¹⁸⁵ Marinoni (2010, p. 78-79) adverte que “A agilização da justiça não pode constituir a razão de ser dos Juizados. A filosofia dos Juizados é tocada pelo tema da demora do processo apenas porque o hipossuficiente

“vale tudo” como uma espécie de salvo conduto para todos os atropelos e vilipêndios de garantias seculares no subsistema do JEF, transformado em uma justiça de segunda categoria. Ao impulsionar os processos para uma solução tão rápida quanto o possível, os juízes, contaminados pelo imediatismo sistêmico, vezes sem conta descaram da instrução do processo, fugindo da faticidade e da fenomenologia e conduzindo a solução para uma decisão que apenas reprisa signos do texto, sem fechar o círculo hermenêutico.¹⁸⁶

Para Santos (2011, p. 101-102),

[...] nós não podemos valorizar apenas a rapidez da justiça. A um magistrado treinado no positivismo jurídico exigirá mais estudo e mais tempo uma decisão que aceite uma concepção social de propriedade. A imposição da rapidez levá-lo-á à rotina, a evitar os processos e os domínios jurídicos que obriguem a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas. [...] Enquanto a quantidade for o critério, como é que vamos ter bons magistrados? Eles não têm tempo para pensar. Não há incentivo, de fato, a que pensem, a que façam pesquisa para poderem produzir uma boa decisão. Portanto, não é só a seleção ou a formação que estão em causa, é, também, a promoção dentro da carreira, é a avaliação.

Ao persistirem as condições atuais, muito cedo perderá o Juizado Especial Federal sua identidade, solapada pelo abismo que se cria entre as expectativas sociais acerca da sua concepção e seu papel no cenário sócio-jurídico e a sua experiência, e com ela a legitimidade, que se esvai na descrença da solução correta e justa, incentivando a busca da concretização de direitos reconhecidos em instâncias a margem do Estado e da lei, é dizer, por meio da Justiça Privada.

Se o JEF deseja render homenagem ao modelo produtivo do capitalismo liberal, criando ele também sua fábrica (fordista) de decisões, robotizada e de larga escala, cujo produto é descartável e alheio às necessidades sociais, inacessível aos excluídos do próprio capitalismo, arrastando consigo a ideologia do poder das classes burguesas, como disse Foucault (2001), corre sério risco de perder sua legitimidade, a qual pressupõe um insumo de lealdade das massas (usuários do sistema).

é aquele que mais sofre com o retardo da entrega da prestação jurisdicional. Assim, é necessário deixar claro, para que não ocorram distorções, que a finalidade dos Juizados não é simplesmente propiciar uma justiça mais célere, mas sim garantir maior e mais efetivo acesso à justiça”.

¹⁸⁶ “Através do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos “como” pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição *ilegítima*” (STRECK, 2009, p. 27). (grifo do autor)

Suspeita-se estar madura, então, uma (re)ação contra este estado de coisas. É o momento de desencadear uma outra batalha épica: a luta para debelar a segunda crise do JEF (a primeira foi a crise dos números). Urge, pois, voltar a atenção para a solução dos eclipses de identidade e legitimidade; avançar, e muito, no campo da responsabilidade social, na busca concretização do papel que a Constituição conferiu ao Juizado Especial.

Este papel constitucional atribuído ao subsistema do juizado especial coloca os seus juízes na condição de agentes de transformação social, impõe-lhes algo mais além daquilo que podem encontrar nos textos da lei e na dogmática jurídica, uma inspiração que precisam haurir dos princípios constitucionais e da hermenêutica, permitindo um olhar mais profundo para o contexto sócio-político, que constitui o cenário de sua intervenção jurisdicional no Estado Democrático de Direito, sem que com isso tenham de recorrer ao subjetivismo.

Nada mais do que a vinculação do Estado-Juiz com o compromisso de efetivação dos direitos fundamentais sociais, de lhes dar sensibilidade prática para que passem do plano do reconhecimento para o da efetivação, para que deixem de ser meras manifestações de propósitos sem consequência prática no mundo fenomênico.

Se esta missão demanda reflexão, estudo e esmero na fundamentação para que seja forjada a decisão correta, que deve ser a melhor possível e não a mais rápida possível, tem-se de dar tempo aos seus prolores, sob pena de se estar criando máquinas de decidir, verdadeiras linhas de produção de soluções que transformam justiça em mercadoria, empilhando decisões que a ninguém aproveita, que não refletem qualquer compromisso, nem com a justiça, nem com o direito, nem com a ética, nem com a sociedade, nem com a democracia, muito menos com os objetivos republicanos insertos na Constituição.

O que aqui se propõe é uma guinada radical, uma postura substancialista que passa pela assunção de um caráter institucional proativo do JEF dirigido à superação da característica tradicional de passividade (inércia) para assumir atitudes convergentes à solução da problemática social das desigualdades, levando a sério os objetivos do Estado Democrático de Direito, regime consagrado na Constituição.¹⁸⁷ Não apenas no sentido da gratuidade, da celeridade, da informalidade e da economia processual, aspectos fundamentais que têm inolvidável caráter normativo, senão que compreendendo atitudes outras, tanto na esfera procedimental como substantiva, ambas comprometidas com os ideais de elevação da cidadania, da justiça social e do bem comum. O caminho será sempre, como insistem Streck

¹⁸⁷ Streck (2003) mostrou que o Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao *Welfare State*, conferindo ao Direito, para além da função intervencionista, uma função transformadora, e ao Judiciário a centralidade no desiderato constitucional de implementação dos direitos sociais.

(2003, 2011 e 2011a) e Mendes (2006), a jurisdição constitucional colocada na prática por um processo hermenêutico que desvele o conteúdo dos textos insertos na Constituição.

Em última análise, uma das possibilidades mais latentes de resgate da funcionalidade do Juizado Especial Federal reside na atenção ao princípio constitucional da consensualidade. O que se busca com a conciliação é conferir aos cidadãos o direito de participação ativa na resolução de conflitos, proporcionando o crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. A possibilidade de solução consensual do conflito reflete-se positivamente na qualidade de vida dos conflitantes, na ampliação do acesso à justiça, na conscientização sobre direitos e no pleno exercício da cidadania. Resgata a faticidade, como diz Streck (2011b), “sequestrada pelo positivismo”, e auxilia na formação de um universo verdadeiramente hermenêutico que decorre da efetiva experiência do homem no mundo, para o qual devemos estar abertos.

A consensualidade representa um exercício hermenêutico em que o interprete é o próprio destinatário do sentido da compreensão cujo pressuposto é a conversação. Não é sem razão que Schleirmacher (2005) via a hermenêutica como uma unidade das duas perspectivas, “a arte de compreender corretamente o discurso de outrem”.

Conciliar demanda o deslocamento ao horizonte histórico da situação do outro, para compreendê-lo. “Compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmo” (Gadamer, 1999, p. 457). É preciso que os interlocutores em conversação tomem consciência da alteridade e até mesmo da individualidade irredutível do outro. Esse deslocamento, disse Gadamer (1999, p. 456), não representa a empatia de uma individualidade na outra, nem a submissão do outro sob os próprios padrões, “mas significa sempre uma ascensão a uma universalidade superior, que rebaixa tanto a particularidade própria como a do outro”.

Para Gadamer (1999, p. 540/541), a arte da dialética não é a arte de ganhar de todo mundo na argumentação, mas sim a arte de perguntar e de pensar. A dialética é a arte da conversação. Não para buscar o ponto fraco do ponto de vista do outro para destruí-lo. Antes, para encontrar a sua verdadeira força.

Gadamer (1999) considera o fenômeno hermenêutico segundo um modelo de conversação entre duas pessoas ou de uma pessoa e um texto. Chegar a uma unidade e orientação entre duas situações aparentemente diversas, como o alcançar um acordo em uma conversação com um interlocutor, é o mesmo que entender a “coisa” que o texto diz ao seu intérprete por meio da forma linguística. O acordo sobre o assunto que surge da conversação, significa que se elabora uma linguagem comum. A fusão de horizontes é o genuíno

desempenho da linguagem. E não é uma mera representação e imposição do ponto de vista de um sobre o do outro, “mas uma representação rumo ao comum, de onde já não se continua sendo o que era” (p. 556).

A experiência hermenêutica, que se manifesta na abertura para o outro, implica, disse Gadamer (1999, p. 532), o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim.

Este não é um processo externo de ajustamento de ferramentas, e nem sequer é correto dizer que os companheiros de diálogo se adaptam uns aos outros, mas que ambos vão entrando, à medida que se estabelece a conversação, sob a verdade da própria coisa, e é esta que os reúne numa nova comunidade (GADAMER, 1999, p. 156).

6.4 O ESTADO COMO MAIOR LITIGANTE DO SISTEMA DE JUSTIÇA: A DUPLA PREJUDICIALIDADE PARA O MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

O fenômeno pós-moderno da judicialização da política e da politização da Justiça, representando um incremento no papel do Judiciário na arena política, na medida em que passa a decidir conflitos de natureza eminentemente política, no controle da legalidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo e como instância superior dos conflitos entre estes, é constitutivo da litigiosidade que assola Judiciário e o JEF.

Esse alargamento do âmbito de atuação do Judiciário, sobretudo em razão de o país viver um momento de ajuste econômico, político e social, com uma ampla agenda de reformas, se reflete na demanda judicial: o que não se obtém mais do Estado Social em crise é perseguido no Poder Judiciário e, notadamente, no JEF, que julga as ações sobre os direitos da seguridade social: saúde, previdência e assistência (73,1% dos seus processos).

Os entes públicos (União, Estados, Municípios e suas Autarquias e Empresas Públicas) figuram amiúde como réus em muitos casos, como autênticos litigantes habituais. Usam o processo como parte de um jogo econômico que está condicionado pelos seus limites orçamentários. São milhares de ações que assoberbam a Justiça brasileira e que representam elevados custos ao erário. Além dos custos diretos e indiretos, há uma outra externalidade negativa: o excesso de litigância obstrui todos os canais de acesso à justiça.

Segundo dados de 2013, tramitaram em torno de 95,14 milhões de processos na Justiça brasileira, sendo 28,3 milhões de casos novos. Para uma população estimada de 200,4 milhões, há uma proporção de 1 (um) processo para cada 2,1 habitantes. Se considerarmos o

número total de juízes em atividade no Brasil, que é de 16.429 (8 (oito) magistrados para cada 100 mil habitantes), teremos uma proporção de 5.790 processos por juiz.

Na Justiça Federal, em 2013, havia um estoque de 11,436 milhões de processos, tramitando no 1º e 2º graus, para um total de 3,4 milhões de casos novos. O número de magistrados é de 1.549 (média de 0,8 magistrados para cada 100 mil habitantes) e a média de processos por juiz federal é de 7.382 processos.¹⁸⁸

No microsistema do Juizado Especial Federal, em todo o Brasil, estima-se que, em 2013, havia um estoque de 2.127.578 processos tramitando entre o primeiro grau, as Turmas Recursais e as Turmas de Uniformização.¹⁸⁹

No Juizado Especial Federal da 4ª Região, em 2013, havia um saldo estimado de 525.975 processos, distribuídos entre o primeiro grau (277.273), as Turmas Recursais (246.760) e a Turma Regional de Uniformização – TRU (1.942), o que correspondia a 36,76% do total de processos que tramitavam no Judiciário Federal da 4ª Região (1.436.159). Os processos do estoque do TRF4 (93.261) correspondem a 37,79% dos processos do estoque das Turmas Recursais do JEF (246.760).¹⁹⁰

Impõe-se destacar a participação do Estado como litigante contumaz ou habitual do Judiciário brasileiro.¹⁹¹ Os órgãos e entidades federais, que representam 77% dos processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal (68% no polo passivo¹⁹²), são os grandes clientes do JEF, e o INSS figura em 73,1% dos processos (70,6% são demandas previdenciárias).¹⁹³

Savaris (2011, p. 126-130), ao analisar os sinais de crise da justiça, especialmente em relação às demandas previdenciárias que predominam no JEF, também aponta o excesso de demandas como principal ponto crítico à efetividade jurisdicional. Para ele, são três os fatores

¹⁸⁸ Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números, 2014 (ano-base 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan% C3%A7amento do Justi% C3%A7a em Numeros 2014/Relat% C3%B3rio Justi% C3%A7a em N% C3%BAmeros - Justi% C3%A7a Federal.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

¹⁸⁹ Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números, 2014 (ano-base 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan% C3%A7amento do Justi% C3%A7a em Numeros 2014/Relat% C3%B3rio Justi% C3%A7a em N% C3%BAmeros - Justi% C3%A7a Federal.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

¹⁹⁰ Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números, 2014 (ano-base 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan% C3%A7amento do Justi% C3%A7a em Numeros 2014/Relat% C3%B3rio Justi% C3%A7a em N% C3%BAmeros - Justi% C3%A7a Federal.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

¹⁹¹ Este parece ser o principal contributo para a ineficiência do Poder Judiciário: a forma irresponsável como o Poder Público trata, na via administrativa, os direitos e interesses dos administrados, isto é, o desprezo hermenêutico que se instalou na práxis do Direito Administrativo, que transforma o Poder Judiciário em balcão de pretensões negadas na via administrativa.

¹⁹² Conselho Nacional de Justiça – Relatório 100 maiores litigantes (2011). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas.../pesquisas 100 maiores litigantes.pdf>. Acesso em 20 set. 2014.

¹⁹³ Pesquisa CJF/IPEA, 2012, p. 108.

determinantes para a multiplicação das lides: os péssimos serviços prestados pelo INSS, a utilização de ferramentas artesanais para julgamentos de massa e o hiato entre a postura administrativa e o direito aplicado.

Se apenas 1/3 dos conflitos previdenciários fosse resolvido administrativamente, e poderia sê-lo, ter-se-ia solucionado o problema do excesso de demanda litigiosa no JEF. Um bom número de conflitos, que era resolvido administrativamente, passou a ser canalizado diretamente ao Poder Judiciário. Há, por assim dizer, um descrédito total na via administrativa e uma tendência de não mais provocá-la (nem se fala de exauri-la!).

Embora o acesso à Justiça não represente, em si, um direito negativo, ele também não deixa de conter elementos que asseguram os direitos e garantias dos indivíduos e da coletividade em relação ao abuso de poder dos entes estatais, tais como o não cumprimento de normas constitucionais vinculadas às políticas públicas, como podemos perceber da intensidade absurda das ações contra o Poder Público.

Afirmar que o Estado figura como o maior litigante da Justiça implica dizer que o Estado se coloca também como um obstáculo ao pleno exercício do direito de acesso à justiça, na medida em que ocupa todos os espaços do Poder Judiciário. Colonizando as estruturas da Justiça, o Estado culmina por congestionar suas vias de acesso, impedindo e retardando o normal trânsito de outras espécies de demandas e mesmo aquelas que contra si são direcionadas. Bem a propósito, a indagação de Nalini (1997):

Não é o Estado o maior produtor de demandas, sufocando os tribunais com sua resistência em reconhecer seus desmandos? Compreende-se, após examinar as estatísticas da produção pretoriana em todas as instâncias brasileiras, porque Canotilho afirmou, talvez exageradamente: O Estado de Direito transformou-se em direito do Estado; fez do Poder Judiciário um serviço ao serviço do Estado.

Com a democratização do acesso à Justiça (verdadeira corrida ao Judiciário) proporcionada pelos Juizados Especiais, essa situação agravou-se. O Juizado Especial Federal passou a funcionar como “balcão” de requerimento de prestações sociais. Essa tendência (cômoda e ao mesmo tempo arriscada para o Poder Público) tornou insuportável a demanda, a ponto de obrigar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, defensivamente, a reconhecer que é imprescindível o prévio requerimento administrativo da prestação buscada judicialmente. O STF decidiu, no dia 27 de agosto de 2014, em sede de repercussão geral (portanto, com caráter relativamente vinculante), que é preciso requerer previamente na via

administrativa (no INSS) benefícios previdenciários como condição para poder questioná-los na Justiça.

A Suprema Corte acolheu o entendimento de que a exigência não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois sem pedido administrativo anterior não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito. Considerou assim não haver interesse de agir do segurado que não tenha inicialmente protocolizado seu requerimento junto ao INSS, pois a obtenção de um benefício depende de uma postulação ativa. Negado o pedido, total ou parcialmente, ou não havendo resposta no prazo legal de 45 (quarenta e cinco) dias, fica caracterizada ameaça a direito. Afirmou ainda o STF que não há como caracterizar lesão ou ameaça de direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado, cuja negativa irá aperfeiçoar o interesse de agir (necessidade, adequação e utilidade do recurso ao Poder Judiciário), e que o INSS não tem o dever de conceder o benefício de ofício (STF, RE 631240-MG, Relator Ministro Luiz Barroso).¹⁹⁴

De acordo com uma pesquisa da FGV Direito-SP, realizada em 2010, a pedido do CNJ, as demandas repetitivas contra o Poder Público representam um contributo importante a impactar negativamente as estruturas do sistema do JEF.¹⁹⁵

Para além dos números, a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV produziu um diagnóstico sobre as causas externas e internas que impactam no aumento da litigiosidade no Brasil e chegou à conclusão de que, além de o cidadão ter-se tornado mais consciente de seus direitos, existem vários canais de incentivo à judicialização dos conflitos: o próprio setor público (ao violar direitos já existentes, gerando “zonas cinzentas” de regulamentação), a advocacia (ao fomentar a litigiosidade a partir da criação de novas teses jurídicas) e a mídia (ao conscientizar as pessoas sobre seus direitos e sobre a forma como devem buscar sua concretização, ao mesmo tempo em que, muitas vezes, aborda as questões jurídicas de forma equivocada, gerando pretensões descabidas).

Uma olhada mais atenta permite ver que, por exemplo, há uma demasiada edição de atos normativos por parte do INSS. Esse ambiente, devido à zona cinzenta criada, fertiliza a

¹⁹⁴ Sobre o tema, uma abordagem mais ampla, consultar Vaz e Savaris (2014d).

¹⁹⁵ Pesquisa sobre demandas repetitivas, realizada em 2010, pela FGV Direito-SP, a pedido do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, coordenada por Luciana Gross Cunha e Daniela M. Gabbay. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/pesquisa/diagnostico-causas-de-morosidade-judiciario-especialmente-relacionadas-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

- Uma das conclusões da pesquisa foi de que o tratamento administrativo dos conflitos – um exemplo de filtro pré-processual - não tem evitado que a demanda seja levada ao Judiciário, como o exaurimento da instância administrativa e a tentativa de prévia resolução pela via extrajudicial.

litigiosidade. Para Penalva da Silva (2013), no caso da Justiça Federal, as demandas repetitivas previdenciárias no Juizado Especial Federal são frutos de dúvidas sobre qual é o sentido dos direitos sociais e da justiça distributiva no Brasil.¹⁹⁶

Masucci (2009, p. 10) ilustra este quadro com outras causas da litigiosidade crescente contra o Poder Público:

Este aluvión de procesos depende en buena medida del creciente aumento en la actividad de la Administración Pública de comportamientos jurídicamente relevantes y, por tanto, como en un juego de espejos, de pretensiones jurídicas que el ciudadano puede hacer valer en juicio. En este incremento de la carga judicial influye también una legislación a menudo ambigua y contradictoria, además de una práctica administrativa no siempre coherente y transparente.

Diante desse quadro, a pesquisa aponta propostas para enfrentar o fenômeno das causas repetitivas e da morosidade. São elas: a revisão das normas administrativas do INSS, além de incremento de recursos humanos e materiais da autarquia; incentivo às conciliações processuais e pré-processuais; criação de mecanismos de racionalização do julgamento das demandas repetitivas, como o julgamento padronizado e o processo eletrônico; incremento e capacitação dos recursos humanos do Judiciário e a uniformização de entendimentos jurisprudenciais.

Ao que penso, não serão suficientes as medidas propostas. É fundamental a otimização da instância administrativa. Tanto por uma reforma na maneira de compreender os textos legais (reforma hermenêutica), como por uma reforma no procedimento administrativo, para que se inclua a possibilidade de conciliação diretamente na instância administrativa, medidas que possibilitariam a redução das demandas judicializadas.

A propósito desta última medida, a nova Lei de Mediação e Conciliação (Lei 13.140/2015) traz um capítulo próprio para a conciliação judicial e extrajudicial nos conflitos em que for parte a Administração Pública, propondo duas ordens de medidas: a criação de câmaras de mediação e conciliação e a conciliação por adesão, com o fim de possibilitar aos interessados, evitando a judicialização, optarem por um acordo na via administrativa, a fim de receberem os valores relativos a direitos já reconhecidos pelos tribunais de forma definitiva.

¹⁹⁶ “As soluções extraprocessuais seguem sendo valorizadas pelo CNJ e são realmente importantíssimas. Não pegam no Brasil exatamente pelas mesmas razões já apontadas. Não há corresponsabilização entre Judiciário, OAB, MP quanto às possibilidades reais da conciliação para a redução de ações judiciais. Os advogados só conciliam perante do juiz etc” (PENALVA DA SILVA, 2013, p. 21).

6.5 A CONDIÇÃO DE “SUJEITO DE DIREITO” COMO PRESSUPOSTO ÉTICO DA PARTICIPAÇÃO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL

Warat (1995) mostrou que a modernidade condicionou a inscrição do sujeito na sua cultura à submissão do sujeito desejante à figura do Estado. Assim, moldou o sujeito de direito, a subjetividade humana e os limites da sua racionalidade consciente à fiel aceitação do discurso jurídico-dogmático do Estado (monismo jurídico), que assume a condição paterna de único detentor imaginário e simbólico da autoridade da verdade do Outro Absoluto (Freud/Lacan), por meio da sustentação de censuras normativas travestidas em palavras tranquilizadoras que convertem a submissão dos sujeitos em desejo de submissão (regulação jurídico-estatal do comportamento humano típica do positivismo e suas diversas vertentes).

A razão do Estado se identifica com a racionalidade obliteradora do saber jurídico e das leis positivadas, sinalizando a maneira de imposição dos interesses institucionais como “fontes” de desejos de submissão que outorgam consistência imaginária ao Estado, ocultando a genealogia e o funcionamento institucional do (poder do) discurso e a explicação do caráter mitológico desta racionalidade.

Em uma sociedade infantilizada e dependente do paternalismo estatal autoritário como a moderna, o deslocamento das fixações normativas limitadoras dos sujeitos (filhos do pai da horda estatal) está, em boa medida, dependente da formação de subjetividades com funções criadoras de significantes e de cidadania, em um ato de coragem individual e coletivo que neutralize – ou ao menos controle – as dominações do pai onipotente, instituindo novo pacto democrático que esteja fundado na ampla participação dos sujeitos de direito na solução dos conflitos.

Ricoeur (1991) desenvolveu a ideia de “sujeito de direito”, enquanto o sujeito capaz. O conceito de capacidade pressupõe a condição de o indivíduo ser o autor de suas ações, que conhece seus direitos e deveres, supostos para a faculdade de agir livre e conscientemente segundo o seu juízo. A possibilidade de o homem poder designar-se como autor de seus atos e de sua história é fundamental para ser sujeito de direito, imprescindível para a estruturação do núcleo do si (*self, ipse*) e para a composição dos atributos morais e jurídicos que, inelutavelmente, condicionam a conduta humana, o que requer que o homem capaz assuma as responsabilidades respectivas, ou seja, torne-se um homem responsável.

A problemática do *si*, em Ricoeur (1991), desenvolve-se em torno de uma nova filosofia do agir que de uma semântica das frases de ação, em seu momento propriamente

analítico desloca-se à investigação dos modos de se dizer *agente*, de se reconhecer verbalmente autor dos seus próprios atos.

O entendimento do sujeito capaz estende-se para a locução verbal *eu posso* e seus desdobramentos: poder dizer, poder fazer, poder narrar e narrar-se. A capacidade relaciona-se, então, com a identificação do sujeito da fala, da ação e da narrativa. Neste sentido, se a autoria destes predicados é reconhecida, o homem é capaz de formular as suas próprias enunciações e, por conseguinte, de construir a sua identidade pessoal.

Na sua teoria filosófica, Ricoeur (2008) recupera pontos axiais na apreciação do *justo* presente no eixo horizontal: a afirmação da dimensão dialógica sobre a monológica, ensejando a formação da dimensão social e dialógica do justo e a estrutura relacional mediada pelas instituições, como possibilidade de viabilizar a equitativa distribuição de bens.

Existe uma relação entre a justiça e a constituição de um sujeito capaz de ser reconhecido. Por essa razão, o pensamento ricoeuriano (2008) repudia as concepções de Estado extremamente protetoras e tutelares, mas reconhece o papel tutelar do Estado e do Direito na restauração do sujeito de direito, na estima e no respeito a si próprio e aos outros, responsável mesmo na sua própria fragilidade e irresponsabilidade.

Ao indagar quem é o sujeito do direito, Ricoeur está elevando a discussão para o nível do reconhecimento ético, hábil em identificar o *outro* como pessoa digna de ser estimada e respeitada. Busca formar um sujeito habilitado a inscrever o seu papel na sociedade, ou seja, a exercer plenamente a cidadania, como condição existencial indispensável para o aperfeiçoamento de seu intelecto e de sua vocação para a política.

À inserção de uma política pública de consensualidade pressupõe e ao mesmo tempo constitui a abertura de um novo espaço para a proposição de possíveis entrelaçamentos da relação imaginária e simbólica do sujeito de direito com o Direito e o Estado. Abre uma clareira para nela instaurar uma relação simbólica com as leis calcada na autonomia do sujeito de direito, que precisa também ser reconhecido como "sujeito de palavra e de escuta", o que gera consequências importantes na práxis da Justiça, como a necessidade de ser ouvido e participar ativamente da solução do conflito, assumindo responsabilidades perante o juiz, como corolário mesmo da sua autonomia e de sua condição humana: "o *sujeito de direito* seria a versão judicial do cidadão que já não está ligado a uma nacionalidade, mas à condição de humano, pura e simplesmente" (GARAPON, 1996, p. 212).

6.6 A CONCILIAÇÃO COMO MECANISMO INDUTOR DA "CIDADANIA SOCIAL": O PAPEL INCLUSIVO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

O JEF representa um microssistema do Sistema Judicial Federal radicado na ideia de efetiva integração das pessoas à sociedade organizada e ao Estado, na garantia a todos os indivíduos de iguais oportunidades de desenvolvimento de suas personalidades e potencialidades para a obtenção de um nível razoável de felicidade, o que, uma vez alcançado, reverte-se em proveito do equilíbrio social como um todo.

Refletindo uma ruptura paradigmática com o modelo de sistema de Justiça até então instalado, o Juizado Especial Federal foi concebido com o compromisso, verdadeira condição de sua legitimidade, de construir uma ordem jurídica mais justa e equânime pela via da ampliação do nível de cidadania do povo brasileiro, tornando possível (acessível) a satisfação dos direitos sociais, sobretudo aqueles que se acomodam no conceito amplo de seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o grande contingente de demandas que são dirigidas ao JEF.

Um dos grandes desafios à democracia numa sociedade, diz Bochenek (2013, p. 162) é a manutenção dos princípios da liberdade e da igualdade, com paridade de oportunidade, participação cidadã, respeito às diferenças e, sobretudo, justiça, ainda mais quando se está sob os efeitos da existência real de desigualdades, como ocorre nas sociedades latino-americanas, de modo especial, a brasileira.¹⁹⁷

O fundamento político da cidadania, consoante ensina Pérez Luño (2003, p. 48), reside no vínculo que surge da relação contratual (pacto social) que rege a adesão livre das pessoas à vida em sociedade e que evoluiu para possibilitar o livre exercício dos direitos civis, políticos, sociais e econômicos. Com esta amplitude de conteúdo, o conceito de cidadania inseriu-se como forma de articulação dos Estados de Bem-Estar e de reconhecimento dos direitos sociais, tornando-se a chave para a compreensão da dinâmica da democracia moderna.

O conceito de cidadania representa, então, um marco de referência para a participação democrática do povo nos processos políticos e jurídicos dos Estados de Direito. Neves (2012, p. 179), afirmou que “a cidadania relaciona-se com um processo de

¹⁹⁷ Ribotta (2010, p. 20-21) afirma que os maiores índices de desigualdade estão na América Latina e na África. *"Una de las características que distinguió las formas de desigualdad dentro de los países de América latina respecto a otras regiones en el decenio de 1990, es que la parte del total de ingresos que correspondía al 10% más rico de los hogares representaba más de 30% del total de ingresos, llegando en algunos casos hasta concentrar el 45% de los ingresos totales, mientras al 40% más pobre de los hogares de la América Latina le correspondía sólo entre el 9% y el 15% de los ingresos totales"*.

constitucionalização crescente de exigências fundamentais de integração jurídico-política na sociedade”.

Thomas Marshall (1967) projetou um modelo de cidadania cujo pressuposto é não reduzir a cidadania ao âmbito estrito da individualidade, senão que ampliá-la ao conjunto de exigências e necessidades da pessoa no desenvolvimento de sua existência como membro da coletividade, melhor dito, uma cidadania social como alternativa e ampliação do conceito liberal conservador de cidadania individual.

Para Marshall, a cidadania social constitui um meio poderoso e indispensável de alcançar a integração social diante das desigualdades criadas pelas economias de mercado, típicas do capitalismo. Na medida em que enseja igualdade de oportunidades, reduz as profundas e permanentes diferenças de qualidade de vida entre os membros da sociedade, estimulando os indivíduos a aperfeiçoar seus talentos, desenvolver suas potencialidades e capacidades e a empregar seus melhores esforços, mesmo diante das disparidades de renda.

A cidadania social, em Marshall (1997), se refere, então, não apenas à titularidade e gozo dos direitos civis (liberdades individuais) e dos direitos políticos (participação política), mas também dos direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempos de especial vulnerabilidade), cuja proteção é garantida pelo Estado Social de Direito.¹⁹⁸

Para ser cidadão e participar plenamente da vida pública, um sujeito necessita encontrar-se em certa posição socioeconômica, de modo que a noção de cidadania não pode ser independente da dimensão social e econômica. As desigualdades e as situações de insatisfação das necessidades básicas interferem drasticamente na capacidade de deliberação e afirmação da solidariedade como vínculo social de coesão.¹⁹⁹ Esta concepção de cidadania, diz Añón (2002), considera que ser cidadão não se reduz ao âmbito da titularidade de direitos, *"sino que exige la satisfacción de derechos sociales. Incorpora al concepto de ciudadanía las condiciones para el ejercicio de capacidades y la participación en los resultados o frutos sociales"*.

¹⁹⁸ Sem embargo, Ferrajoli (1999, p. 104-105) apresenta uma tipologia mais adequada dos direitos fundamentais, distinguindo entre os direitos do homem ou de personalidade e os direitos do cidadão ou de cidadania. Para um estudo das classificações dos direitos fundamentais, consultar Schäfer (2013), no seu ensaio sobre a classificação dos direitos fundamentais, na defesa da proposta de um sistema de compreensão unitária desses direitos, um contributo importante para combater a hierarquia valorativa que, para justificar o postergamento da incorporação dos direitos fundamentais sociais, empurra-os a um segundo plano.

¹⁹⁹ A barreira da pobreza, ademais, se considerada a dimensão do acesso do pobre aos direitos, cria obstáculos intransponíveis à submissão de todos os conflitos à apreciação da Justiça. Os despossuídos são privados mesmo dos direitos fundamentais mais básicos, para eles meras declarações de propósitos, sem repercussão em sua experiência de vida.

Conectando as ideias de cidadania e democracia, retorna-se a Rocha (2005, p. 181) e sua visão lefortiana, no sentido de que “não existe democracia e liberdade sem pelo menos serem contemplados igualmente direitos sociais e econômicos” e sem a possibilidade de ampla manifestação das falas.

A cidadania forjada na modernidade, reduzida a indivíduos que participam apenas indiretamente da produção das decisões do Estado, cedeu lugar a uma concepção de cidadania em que os indivíduos não renunciam à administração dos seus próprios interesses e que, ademais disso, passem a desconfiar da capacidade do Estado de resolver a sua situação de insatisfação (estatalatria), e de que este o faria da melhor maneira.²⁰⁰

Neves (2012, p. 191) mostrou que o procedimento jurisdicional, orientado para a resolução de conflitos de interesse, na teoria do Estado Democrático de Direito, é “subordinado à lei e, dessa maneira, à legislação como procedimento”.

Em Habermas (2012a, I), focando o aspecto procedimental, o papel do sistema de direito é fundamental ao processo de cidadania. O reconhecimento de um conjunto de direitos garantidores de autonomia privada é condição para o pleno exercício da cidadania. Sem esses direitos, os indivíduos não teriam condições de exercer sua autonomia enquanto cidadãos. É por meio do direito que se constitui um *status* de membros associados, livres e iguais, titulares de direitos subjetivos, com pretensões jurídicas efetivas. Os pressupostos habermasianos de simetria na participação e respeito mútuo, garantidos pelos princípios do discurso e democrático, repousam e se densificam na forma do direito positivado.

Cumpra ao Direito, por meio de conteúdos normativos de um modo de exercer a *autonomia política*, dispor sobre os espaços democráticos que vão garantir a simetria e a igualdade de participação (formação discursiva da opinião) que caracterizam o nexo entre a soberania popular e os direitos humanos (HABERMAS, 2012a, I, p. 137).²⁰¹

Para Habermas (2012a, I, p. 138),

o almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.

Há, porém, uma condição de possibilidade para a participação efetiva. É essencial dar-se um tratamento adequado à opacidade do direito em relação ao homem do povo e,

²⁰⁰ Cf. Warat (2001).

²⁰¹ Para Neves (2012, p. 183), “O que a cidadania importa é um acesso generalizado aos procedimentos constitucionalmente estabelecidos e aos benefícios sistêmicos deles decorrentes nos diversos setores da sociedade”.

acima de tudo, aos que pouco acesso têm aos recursos econômicos.²⁰² Santos (2011, p. 69) adverte que

é preciso que os cidadãos se capacitem juridicamente, porque o direito, apesar de ser um bem que está na sabedoria do povo, é manejado e apresentado pelas profissões jurídicas através do controle de uma linguagem técnica ininteligível para o cidadão comum. Com a capacitação jurídica, o direito converte-se de um instrumento hegemônico de alienação das partes e despolitização dos conflitos a uma ferramenta contra-hegemônica apropriada de baixo para cima como estratégia de luta.

Habermas (2012a, v. II, p. 149) tem uma especial preocupação com a emancipação da sociedade humana e a garantia da autonomia da pessoa. Sua proposta emancipatória passa por uma política compensatória de proteção jurídica, “capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção e de articulação por parte de clientes carentes de proteção”. Segundo afirmou, em reforço:

Os direitos só se tornam socialmente eficazes quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através dos direitos fundamentais de justiça (p. 149).

Na perspectiva interna e sistêmica, a cidadania afirma-se quando há a inclusão jurídico-política generalizada, sem privilégios ou classificações negativamente discriminantes, nos diversos sistemas sociais (Luhmann). É claro que a questão dos direitos subjetivos deve levar em conta os que ocupam certas posições sociais, em uma linguagem sistêmica, os excluídos. Neves (2012 e 1994) pensou naqueles que estão excluídos dos âmbitos onde se processa a comunicação jurídica e que não dispõem nem de meios materiais, nem de categorias de percepção necessárias para aceder ao direito. Para estes, a Constituição e os direitos são simbólicos. A presença de abismos socioeconômicos é obstante ou destrutiva da própria cidadania.

Cortina (2010, p. 16), na sua *ética da razão cordial*, fala da competência comunicativa e da capacidade de entabular um diálogo, que pressupõem inevitavelmente a

²⁰² Cárcova (1998, p. 54), no seu *A opacidade do Direito*, mostrou que com relação aos indivíduos que estão em situação marginal de pobreza, a não compreensão gera anomia em relação ao direito. “É em relação a essas situações que se coloca hoje a pergunta sobre o papel e a “disponibilidade” do direito por parte dos cidadãos. Uma estratégia política e econômica que dualiza, que desintegra, que dissolve os vínculos, que põe para fora do sistema centenas de milhares de pessoas, importa certamente privá-las do direito. Mas não só, pois tanto carecem de ações concretas em defesa de sua condição de vida, de seu trabalho ou de sua saúde, quanto o jurídico aparece também como exterior, alheio, estranho, impróprio. E, destarte, como inapreensível e incompreensível”.

capacidade de estimar valores, de sentir e de formar um juízo justo através da aquisição das virtudes. Sem capacidade de estimular o valor da justiça nem sequer importa que uma norma seja justa; sem capacidade de estimular aos demais interlocutores como valiosos, a justiça das normas que deveriam estar a seu serviço é irrelevante. Por isso, o ponto de referência para uma reflexão pode ser as normas que formam o esqueleto de uma sociedade, mas o pressuposto que lhe dá sentido são os interlocutores com capacidade de aceitar ou de recusar, de argumentar e de estimar (CORTINA, 2010, p. 17-18).

Para Cortina (2010, p. 63),

es ciudadano aquel que es su propio señor, el que no es siervo, el que no es vasallo, y menos aún esclavo. El ciudadano es protagonista de su vida, autor de su propia novela, aquel al que no escriben su biografía. El primer valor que compone al ciudadano es, pues, la autonomía, el señorío sobre si mismo, el no ser dominado por otros, como bien dicen liberales y republicanos.

O sistema judicial, enquanto vértice do Estado voltado a garantir o exercício dos direitos de cidadania social, não pode se enclausurar em si mesmo e deixar conscientemente de fora o que deveria preencher a sua centralidade, ou seja, todas as pessoas que se inserem no sistema social como titulares de direitos. O seu fechamento, ao longo do tempo, contribuiu decisivamente para o aumento da massa de excluídos, que agora começa a ter oportunidades e condições, ainda que sem a paridade ideal de forças, para utilizar o sistema judicial a fim garantir seus direitos de cidadania.

A democratização do acesso à justiça encontra seu nível mais elevado quando o direito de participação na construção da solução do caso, diante da fenomenologia, é efetivo. O ápice do exercício do direito de participação democrática, presente no processo, no procedimento e na jurisdição pelo reconhecimento e efetiva possibilidade de influenciar o órgão decisor com alegações e provas (contraditório real), no modelo conciliatório, acontece com a restituição regrada às partes da escolha da solução mais adequada aos seus interesses, que, na sua essência, é muito mais simples, rápido, eficiente e eficaz, dispensando os complexos exercícios de racionalidade argumentativa e a certificação da legitimidade. O único fato de a decisão dimanar dos seus próprios interessados-destinatários evidencia a vantagem de um elevadíssimo nível de aceitação, comprometimento e cumprimento espontâneo do avençado.

Há hoje, portanto, um senso comum de que a efetiva participação dos interessados na solução dos conflitos, que caracteriza o modelo de justiça autocompositiva, atua como

mecanismo indutor de cidadania. Se corrigida a desigualdade efetiva das partes, a autocomposição pode representar um fator importante no processo de cidadanização. Como bem refere Pimenta-Bueno (2009, p. 126), "existem vantagens claras em termos de incremento à cidadania quando o litígio se resolve sem a necessidade de um julgamento", sobretudo quando se trata de lides de contornos incontrovertidos ou já pacificadas no âmbito judicial.

De certa forma, somente se pode cogitar da efetiva humanização da solução dos conflitos a partir da produção e da realização existencial da autonomia, no sentido de emancipação dos socialmente excluídos, enquanto possibilidade de adquirir, na vida, um movimento próprio, sem dependências ou submissões ao movimento dos outros, na linha de Warat (2001).

Se o intento de integração a partir de uma situação de desigualdade social provoca conflito, e se dito conflito é precisamente o fator que possibilita a mudança social, parece adequado intuir que a participação dos interessados na solução deste conflito é fundamental para que se possa alcançar o resultado almejado de inclusão.

Concluo, com Neves (2012, p.185), afirmando que a cidadania é construída a partir da esfera pública pluralista, tanto como exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos, que, em princípio, não está vinculada a qualquer subsistema da sociedade, quanto nas diversas formas de luta pela concretização dos direitos fundamentais.

O Juizado Especial Federal, constituindo, no plano procedimental normatizado, um espaço institucionalizado previsto na Constituição para a concretização de direitos fundamentais, desempenha uma funcionalidade essencial dentro do sistema social, possibilitando a concretização de tais direitos a modo sensível para a efetiva elevação da cidadania, sem as delongas de uma jurisdição ordinária.

A conciliação pode representar um maior adiantamento temporal, uma nova temporalidade para a fruição dos direitos fundamentais. A possibilidade do exercício desses direitos logo no início do processo, e não só no final, depois de onerosa tramitação, mitiga os entraves temporais intrínsecos ao processo jurisdicional. Resgata, ademais, o senso de responsabilidade e a autonomia das partes em relação à solução do seu conflito, o que pode maximizar a eficácia da decisão e a conseqüente satisfação em relação ao seu conteúdo. Ao garantir e criar condições para a concretização de direitos sociais em menor tempo, a conciliação contribui para a elevação do nível de cidadania dos indivíduos.

7 APONTAMENTOS SOBRE O CONFLITO TÍPICO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E A CONCILIAÇÃO NOS PROCESSOS EM QUE É PARTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O presente capítulo representa o pressuposto essencial para o desenvolvimento da tese, na medida em que nele se estabelecem as diferenças entre os conflitos do Juizado Especial Federal e outros conflitos judicializados, bem como as respectivas metodologias de tratamento e abordagens. A proposta é reduzir a complexidade e chegar a uma unidade de sentido observando a diferenciação sem perder contato com o código estrutural do sistema (direito e não direito)

Depois de uma breve incursão pela teoria geral do conflito, especialmente sob a lente dos autores funcionalistas, intenta-se mostrar que há uma diferença fundamental e ontológica entre mediação e conciliação como modelos de solução de conflitos, concluindo que a práxis do JEF é predominantemente conciliatória e acordista e a abordagem não deixa de ser adversarial.

O conflito do JEF, de natureza pecuniária prestacional entre o Estado e o particular, apresenta, em sua tipologia, características próprias que demandam metodologias de tratamento diferenciadas. Embora sejam indissociáveis as abordagens, uma adequada distinção entre conflitos de conotação moral e normativa permite melhor delinear o campo de atuação do JEF na conciliação: questões que demandam abordagem normativa patrimonial e, somente por exceção, controvérsias tipicamente morais.

A presença de um ente público em um dos polos da ação determina uma abordagem permeada pelo direito administrativo. Por isso, se discutem os princípios que norteiam a atividade da Administração. Legalidade, indisponibilidade e isonomia, enquanto princípios estruturantes da atuação da Administração Pública, serão (re)visitados sob um olhar menos ortodoxo: na perspectiva constitucional da efetivação de direitos fundamentais sociais, sustentando-se que é relevante o papel da Justiça no controle dos acordos sobre tais direitos, seus limites e condicionamentos.

O que se pretende nesta tese, em última análise, é ampliar a discussão sobre a necessidade de criação de uma teoria de contornos próprios para o tratamento dos conflitos em que é parte o Estado, tais como são os conflitos típicos do JEF, levando em conta as suas peculiaridades e idiosincrasias, embora não se abandone de todo a velha teoria da mediação forjada para os conflitos interpessoais entre particulares.

7.1 BREVES APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS GERAIS SOBRE A TEORIA DO CONFLITO SOCIAL

As novas tendências da teoria do conflito, tomando-o como fenômeno onipresente na interação humana, ou seja, resultado da vida de relação que se amplia com a complexidade plural das sociedades contemporâneas, passam a reconhecer o conflito não só como uma fonte de crise, mas, principalmente, como fonte positiva produtora de oportunidades.

Visto pelo lado positivo e construtivista, o conflito impede as estagnações, estimula o interesse e a curiosidade, auxilia a estabelecer as identidades, tanto pessoais como grupais. Emerge uma perspectiva do conflito, não mais como um mal, mas sim como um fenômeno social positivo que abre uma nova via de solução que se coloca a serviço das necessidades humanas: a consensual.²⁰³

Luhmann, na sua teoria da comunicação, afirma que o conflito se produz quando uma determinada comunicação é rechaçada e quando este rechaço é tematizado na comunicação.

Esto trae por consecuencia que los sistemas interaccionales (aquellos basados en la presencia física de los miembros) no permiten el conflicto, debido a que sólo admiten un tema a vez, de modo que un sistema interaccional o está en conflicto o no lo está, pero no es posible que este en conflicto, mientras tienen lugar otros eventos comunicativos, ajenos al conflicto (MANSILLA, 2001, p. 192).

Embora ocupados com as funções e disfunções dos conflitos, os teóricos funcionalistas também ensinaram sobre a valorização do diálogo e da busca conjunta de soluções. Reconhecem a existência do conflito como um fenômeno próprio dos sistemas sociais, além de constituir um elemento positivo que permite dinamizar as relações sociais, reduzir suas tensões e gerar energia para as mudanças.

Coser (1970) tentou evidenciar que o conflito pode se incluir em uma perspectiva funcionalista, como suporte da ordem social. Reescrevendo a teoria funcionalista, afirma que os conflitos, enquanto luta por valores e reclamação por *status*, poder ou recursos escassos, podem ser disfuncionais, mas nem sempre o são, possuindo elementos integradores que atam as partes do sistema. Na sua teoria geral das funções integradoras do conflito social, Coser (1970) sustenta que certas formas de conflito são necessárias para a manutenção da identidade, da coesão e da delimitação de um grupo social, até o ponto em que, diante de

²⁰³ Ver, a propósito, Avruch (2013) e Bolzan de Moraes e Spengler (2012).

certas ocasiões, um determinado grupo social não existirá se não viver em conflito ou em preparação para um conflito iminente.

Em Dahrendorf (1974 e 1992), evoluindo em relação ao funcionalismo,²⁰⁴ o conflito é onipresente e se caracteriza pela oposição de interesses, sendo a sua principal contribuição *evitar que o sistema se ossifique*. Na linha popperiana, contrapondo a proposta sistêmico-utópica de Talcott Parsons, mostrou que as disfunções do sistema são marginais (estados patológicos) e não chegam a ameaçar a estabilidade dos sistemas sociais, é dizer, não são fortes o suficiente para colocar em risco o conjunto complexo de expectativas normativas que define a conduta adequada dos indivíduos que desempenham determinados papéis funcionais num sistema supraindividual e institucionalizado.²⁰⁵ Dahrendorf acusa a teoria estrutural-funcionalista parsoniana de ser irmã da utopia, na medida em que lida com sistemas em equilíbrio, nos quais a mudança histórica inexistente.

A teoria estrutural-funcionalista não introduz pressupostos irrealísticos com o propósito de explicar problemas reais; ela introduz muitas espécies de pressupostos, de conceitos e de modelos com o único objetivo de descrever um sistema que nunca existiu nem é provável que venha a existir. Na visão de Dahrendorf, a teoria parsoniana tratou dos processos descritivos e motivacionais dos atores sem mostrar como estes podem intervir para transformar a si e a realidade social que os cerca. A dificuldade desta teoria consiste em como voltar a introduzir o elemento do conflito e da mudança no plano da abstração analítica, nos seus modelos e premissas (DAHRENDORF, 1974 e 1992).²⁰⁶

Em ensaio conclusivo, Deutsch (2004, p. 34-35) assentou os principais aspectos positivos do conflito, podendo-se destacar a prevenção das estagnações, o estímulo ao interesse e à curiosidade, ser o meio pela qual os problemas são manifestados e no qual se chegam às soluções, ser a raiz da mudança pessoal e social, auxiliar no estabelecimento uma identidade coletiva e individual, fomentar a coesão interna, restabelecer a unidade por meio da tolerância, contribuir para o surgimento de novas normas e adequação de normas às novas condições, possibilitar reajustes na balança de poder etc. Sintetizando, Deutsch intenta tirar o

²⁰⁴ Enquanto no funcionalismo a sociedade é um sistema social estável, com elementos em equilíbrio e cada parte da sociedade é funcional a ela a partir da integração que lhe proporciona o consenso valorativo; para a teoria do conflito de Dahrendorf (1992), a sociedade é um sistema social cambiante e seus elementos são contraditórios e explosivos, estando integrada pela coerção que alguns de seus elementos exercem sobre os outros. Cada parte da sociedade contribui para as suas mudanças.

²⁰⁵ A crítica de Dahrendorf ao estrutural-funcionalismo resume-se numa crítica ao hegelianismo e ao marxismo e suas maneiras utópicas de encarar a sociedade.

²⁰⁶ No capítulo final do seu *O sistema social (Os processos de mudança dos sistemas sociais)*, dedicado, ainda que incipientemente, à mudança estrutural, Parsons (1984, p. 529) disse que “não há razão verdadeira para crer que não se possa aplicar igualmente tais preceitos aos problemas de mudança da maneira que são aplicados aos processos de sistemas estabilizados”.

conflito do rol dos vilões asseverando que “o conflito não deve ser eliminado nem suprimido por um longo tempo”.

É importante perceber que o conflito cria a preocupação consciente dos contendores e da comunidade de normas e regras que estavam latentes antes da sua ocorrência e assim constitui um vetor pedagógico e dinamizador que intensifica a participação individual e grupal na vida da comunidade (COSER, 1970).

Em Warat (2004a, p. 61), o conflito desempenha, antes de tudo, uma função pedagógica. O conceito jurídico de conflito como litígio representa uma visão negativa sobre o mesmo. Os juristas pensam que o conflito é algo que tem de ser evitado. Porém, segundo o referido autor, falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre que o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo.

No dizer de Bolzan de Moraes e Spengler (2012, p. 47-8), conflito é uma forma de interação ou cooperação entre indivíduos, grupos, organizações e corporações. Em outras palavras, 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”. Para estes autores, “muitos conflitos têm como estopim a distribuição desigual das chances de vida, que é um resultado das estruturas de poder. Alguns podem estabelecer a lei pela qual a situação dos outros é mediada” (2012, p. 59).

Fique assente, pois, que tanto o conflito como os meios de sua resolução envolvem relações de poder. A Foucault (2001, p. 35) não escapou esta contingência do centro decisório do sistema jurídico quando permite a corrupção sistêmica julgando conforme o código binário da política e da economia sem a dinâmica de um autêntico acoplamento estrutural.

O tribunal, arrastando consigo a ideologia da justiça burguesa e as formas de relação entre juiz e julgado, juiz e parte, juiz e pleiteante, que são aplicadas pela justiça burguesa, parece-me ter desempenhado um papel muito importante na dominação da classe burguesa. Quem diz tribunal diz que a luta entre as forças em presença está, quer queiram, quer não, suspensa; que, em todo caso, a decisão tomada não será o resultado deste combate, mas o da intervenção de um poder que lhes será, uns aos outros, estranho e superior; que este poder está em posição de neutralidade entre elas e, por conseguinte, pode, ou em todo caso deveria, reconhecer, na própria causa, de que lado está a justiça.

Ponieman (2005, p. 55), de sua vez, mostrou que o processo dinâmico e evolutivo das relações traz ínsita a irreversibilidade da colisão de interesses, necessidades e subjetividades como motivadores e *link* necessário para a renovação e reestruturação que a

mudança de condições externas, tecnológicas ou simplesmente geracionais provoca. *“Esto adquiere particular transcendencia hoy, ante la explosiva y creciente influencia de las innovaciones generando un crecimiento geométrico de la conflictividad”*.

Resumindo, o que se pretendeu mostrar, com essa breve retrospectiva teórica, é uma visão positiva do conflito, que tem o potencial de levar a discussões abertas sobre determinados assuntos, permitindo sejam explorados diferentes pontos de vista, interesses e valores enquanto oportunidades de crescimento mútuo, o que pressupõe a escolha de estratégias adequadas para a administração dos conflitos.

Dentre essas estratégias, encontramos os mecanismos consensuais de solução de conflitos, que se colocam ao nível de alternativas racionais, dialógicas e democráticas para, além de reduzir a carga de trabalho dos tribunais, contribuir no sentido de:

1. resgatar o outro, o ser humano, que está por trás do conflito;
2. estimular as pessoas a chegar aonde elas querem estar, incentivando a comunicação, o diálogo e o entendimento;
3. prover positivamente sobre o futuro das partes, seus valores e problemas em seus mínimos, e às vezes imperceptíveis aspectos;
4. conscientizar sobre a existência e o conteúdo dos direitos e o pleno exercício da cidadania, possibilitando a ampliação do acesso à justiça;
5. conferir aos cidadãos o direito de participação ativa na resolução dos conflitos, proporcionando o crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados;
6. induzir a elevação da qualidade de vida da população por meio da ampliação das vias de acesso reivindicatório dos direitos sociais.

Calha aqui uma advertência. A positividade dos conflitos e sua respectiva força construtiva estão intimamente relacionadas com o adequado gerenciamento que recebam. Os conflitos, quando administrados de forma que somente um dos conflitantes obtenha vantagem, podem ser negativos e destrutivos. É isso o que ocorre quando a relação de poder desigual define a necessidade de um dos conflitantes ter de aceitar uma proposta que reduz o sentido econômico do seu direito sem que esta redução represente uma transação propriamente dita. Quando, por exemplo, o segurado do INSS sai do conflito previdenciário judicializado com a impressão de que foi lesado, insatisfeito com as conclusões e, portanto, sentindo que não valeu a pena ter buscado seu direito na via judicial, estaremos diante de um reflexo negativo do conflito.

7.2 DIFERENÇA ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MODELOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A PRÁXIS CONCILIATÓRIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL É PREDOMINANTEMENTE ACORDISTA

Uma primeira explicação conceitual deve ser feita. A expressão adjudicação é empregada ao longo do texto com o sentido técnico que lhe é atribuído pela antropologia do direito para designar um modelo de decisão caracterizado pela imposição de uma determinação, normativamente fundada, que, clara e inequivocamente, favorece a uma das partes com exclusão da(s) restante(s), decisão vencido/vencedor ou, segundo a teoria dos jogos, "decisão de soma-zero".

Ao contrário, na mediação, na conciliação e na negociação, diferenciadas em função da presença e do papel desenvolvido pelo terceiro e pelo grau de imposição possível, tem-se por objetivo um compromisso entre os litigantes, ou seja, uma solução orientada pelo princípio *minimax* ("ceder um pouco, ganhar um pouco").

À míngua de uma epistemologia adequada, quando se trata das conciliações na Justiça Federal e, notadamente, no JEF, tem-se utilizado definições e institutos que pouco se aplicam ao modelo acordista da Justiça Federal, ou que, ao menos, necessitam de uma releitura para poderem ter aplicabilidade. Um sentido conceitual descritivo mais preciso dessas estruturas comunicativas e funções pode conduzir à redução de complexidade no ambiente e permitir alcançar uma unidade, elevando a complexidade dentro de cada sistema, um caminho mais seguro para a sua evolução.²⁰⁷

Há quem entenda que a conciliação é uma espécie do gênero mediação (AZEVEDO, 2002, p. 82), tese que, lida sem o devido rigor epistemológico, vezes sem conta conduz a confusões sobre os pressupostos teóricos, os propósitos, os princípios, o alcance social, as diferentes estratégias e a qualidade dos resultados que pertinem aos institutos, embora, de fato, ambas propiciem efeitos conciliatórios. "O acordo é um efeito secundário da mediação, e não objetivo principal a ser perseguido como no caso da conciliação" (BOLZAN DE MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 174).

Tem-se estudado as conciliações na Justiça Federal tomando por base o paradigma do modelo de mediação comumente utilizado para a solução de conflitos interpessoais, principalmente nos que versam sobre direitos de família e de vizinhança, nos quais não há de rigor interesse na celebração de um acordo, mas, antes, o de amainar os ânimos e sentimentos

²⁰⁷ Consultar, sobre a diferença entre mediação e conciliação, Almeida (2009).

e de promover a reaproximação das partes com vistas a uma convivência futura pacífica. Em outras palavras, resgatar a comunicação prejudicada.

A técnica conciliatória é mais objetiva e direcionada para a realização do acordo. A mediação, por outro lado, é a técnica indicada para conflitos de natureza mais complexa, em que há laços intensos de relacionamento entre as partes. Os conflitos relacionam-se com um déficit ou falência de comunicação entre as partes. Criar ou restabelecer um âmbito comunicacional adequado é fundamental. O diálogo torna-se essencial: sem diálogo não há comunicação e solução para o conflito

Na conciliação, a administração do conflito se dá por um terceiro neutro e imparcial que possui a prerrogativa de sugestão ao teor da composição: o conciliador, sem exercer pressão sobre as partes, pode manifestar sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propor os termos do acordo.²⁰⁸

O traço característico da conciliação é a *negociação*, instituto que tem nas partes os seus principais atores, enquanto processo dinâmico de busca de um acordo mutuamente satisfatório, em que cada parte obtenha um grau elevado de satisfação, cabendo ao conciliador auxiliar na definição dos padrões legais e negociais a serem adotados, sobretudo porque, nas conciliações com o poder público, tais padrões, em boa medida, estão jungidos à legalidade.

Na *mediação*, a finalidade é que os interesses ou motivações, dos explícitos aos mais íntimos e às vezes ocultos, sejam explorados sem o uso do “poder do mediador”. Busca-se atender aos interesses e não barganhar posições ou vantagens, cumprindo ao mediador ampliar as possibilidades e não apresentar sugestões. O papel do mediador será, assim, o de coordenar e orientar as ações, despertando a motivação na busca dos ganhos mútuos na solução do conflito. Possibilita, pela via da reconciliação, a redução das diferenças de interesses e do problema. Para isso devem ser analisados os complexos sistemas de relações, emoções, motivações e interesses em jogo subjacentes a cada conflito.

É hoje cediço que as relações multiplexas, quando intensas, comandam todo o contexto da solução do conflito que desafia técnicas de mediação; enquanto na conciliação, tem-se, geralmente, uma unicidade de liame a ser resolvido, que é, via de regra, de natureza eminentemente patrimonial.

²⁰⁸ A *settlement conference* do modelo autocompositivo (*consensual-oriented model*) de ADR nos EUA é a técnica que mais se assemelha às conciliações judiciais do sistema brasileiro. Em uma sessão ou reunião de solução ou negociação consensual, geralmente um juiz magistrado, ou um conciliador não magistrado, coordena, orienta e facilita os esforços das partes para negociar um acordo. Alguns juízes da *settlement conference* usam técnicas de mediação na reunião para melhorar a comunicação entre as partes, superar barreiras à solução amigável e ajudar na formulação de resoluções. O juiz ou conciliador pode articular pontos de vista sobre o mérito do caso ou os pontos fortes e fracos das posições jurídicas das partes.

Warat (2004a, p. 60) sintetiza a diferenciação afirmando que

a mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam choques de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

Bolzan de Moraes e Spengler (2012, p. 172-175) apontam aquela que, talvez, seja a mais importante das diferenças entre conciliação e mediação:

na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo que adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe. Justamente por isso, o conciliador sugere, orienta, interfere e aconselha as partes, sem analisar o conflito com profundidade.

Outra nota diferencial ténue mas importante entre as duas formas de solução consensual tem a ver com a finalidade. A mediação persegue uma composição qualquer sem se preocupar com a justiça, enquanto a conciliação busca a composição justa e equânime na distribuição do bem da vida disputado. Assim, a conciliação encontra-se a meio caminho entre a mediação e a decisão: possui a forma da primeira e a substância da segunda. O processo de mediação orienta-se para uma solução ótima do conflito de interesses entre as partes. Ao contrário, o processo de conciliação está dirigido para uma solução equilibrada do conflito de interesses, dando a cada parte o que lhe é devido.

Considerada a magnitude de participação do terceiro na mediação, o terceiro neutro, chamado mediador, tem uma menor atuação durante o desenvolvimento de todo o processo, pois dele participa passivamente, limitando-se a aproximar as partes e a facilitar a comunicação entre elas, sem propor soluções para o conflito. Ao contrário, na conciliação, o terceiro neutro, chamado conciliador, tem um papel mais proeminente no processo, podendo propor às partes possíveis soluções ao conflito. Por conseguinte, na conciliação, às partes é reservado um papel menos ativo, na medida em que o terceiro pode propor fórmulas de solução do conflito, enquanto no processo de mediação, a participação das partes é mais intensa, cabendo-lhes maior protagonismo no desenvolvimento, na medida em que o mediador não propõe soluções.

Acerca da magnitude do controle sobre o resultado do processo, pode-se afirmar que é diametralmente oposto à interferência dos terceiros neutros. Na mediação, como as partes

têm um papel mais ativo e o mediador um papel mais passivo, cumprindo às mesmas partes em conflito construir por si mesmas a solução, o processo gera uma maior propriedade na solução e, por conseguinte, eleva as possibilidades de cumprimento do acordo. Na conciliação, na medida em que as partes têm um papel menos ativo e o papel do conciliador é mais ativo, podendo propor soluções para o conflito e influenciar as partes, há uma menor aderência pessoal na solução do conflito e maior risco de insucesso no cumprimento.

Embora distintas, enquanto estruturas comunicativas dirigidas à solução consensual de conflitos, mediação e conciliação comumente atuam de forma complementar, como que ocorrendo entre ambas uma espécie de acoplamento estrutural. A intervenção do terceiro, por meio de estratégias acordistas, nos casos em que as partes não conseguem chegar a resultados adequados com a simples mediação, é fundamental ao resultado almejado. A situação inversa também é verdadeira, nas conciliações quase sempre se faz necessário, sobretudo quando existe um comprometimento negativo ou um baixo grau de comprometimento positivo entre as partes, a utilização de técnicas de mediação.

Em muitos casos, é imprescindível a solução prévia e adequada de uma série de conflitos a partir da sensibilização de uma parte em relação à justiça dos interesses da outra, bem como o desenvolvimento de uma consciência mais aprofundada de seus próprios sentimentos e desejos, o que representa a transformação do conflito. Bem refere Costa (2003, p. 188) que a transformação do conflito nem sempre se mostra suficiente,

pois há várias situações em que é preciso estabelecer acordos, decidir questões pontuais, fazer negociações variadas. Mesmo em um caso de direito de família, que é o mais típico campo de mediação, é preciso definir o valor da pensão alimentícia, as datas em que cada um dos pais buscará o filho na escola, que bens ficarão com cada um, além de uma série de outras coisas. Nessas hipóteses, por maior que seja o comprometimento entre as pessoas, técnicas de conciliação podem ser utilizadas de forma muito útil na tentativa de produzir um ajuste de condutas que possa ser aceito consensualmente.

Desse modo, as técnicas de mediação e de conciliação, seja na via judicial como extrajudicial, comumente precisam ser empregadas conjuntamente, complementando-se. “Longe de serem incompatíveis, são extremamente importantes para o próprio exercício contemporâneo do poder judicial” (COSTA, 2003, p. 189).

A negociação, embora não se confunda estrito senso com a mediação, é uma modalidade de solução autocompositiva que se aproxima muito da conciliação, sem a

participação obrigatória do terceiro.²⁰⁹ A estrutura da mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e ganho recíproco, representando, de algum modo, o termo médio entre a adjudicação e a negociação. A negociação, no campo contratual, assumiu grande importância, hoje fazendo parte, nos países desenvolvidos, do currículo acadêmico dos cursos de Direito, Economia e Administração. Trata-se de um processo em que as partes comunicam suas divergências uma à outra, por meio de reuniões, discussões e compromissos, na tentativa de resolvê-los.

Deve-se, todavia, distinguir entre a mediação e a negociação. A negociação é uma estrutura decisória, em que o juiz/árbitro (a "terceira parte", em linguagem antropológica jurídica), quando existe, é mera correia de transmissão de uma sequência de propostas e contrapropostas das partes com vista à convergência possível. Ao invés disso, na mediação o juiz/mediador desempenha um papel ativo e constitutivo, a partir do qual se erige a equidistância que lhe permite afirmar-se como sede da decisão, ainda que se trate de uma distância precária, porque aspira à sua autonegação na adesão das partes, ou seja, no ato pelo qual as partes fazem sua a decisão.

Ponieman (2005, p. 138) faz distinção entre negociação cooperativa e negociação competitiva. Segundo o autor, a primeira parte de uma lógica de ganha-ganha e a segunda de uma lógica de vencido-vencedor.

Una negociación sólo es exitosa si permite a ambas partes un grado mayor o menor de satisfacción, y no lo es cuando la sensación de abuso de poder o ventajas ocasionales deje al perdedor con resentimiento, constituyendo esto último el germen de un nuevo conflicto en potencia.

Essas distinções são fundamentais, na medida em que no JEF o que se tem é a conciliação e a abordagem é comumente adversarial,²¹⁰ estando as estruturas comunicativas do sistema voltadas para auxiliar as partes a chegarem a um acordo via de regra sobre valores pecuniários, tendo menor importância seus sentimentos e eventual relacionamento posterior, como acontece na mediação.

De uma maneira geral, em um dos polos da lide está um ente público e, no outro, um particular que pretende uma prestação social. O conflito tem, portanto, uma conotação pecuniária. Raramente se discute sobre sentimentos no relacionamento interpessoal, que se

²⁰⁹ Em sentido amplo trata-se de uma etapa a ser cumprida tanto no processo de mediação como no de conciliação.

²¹⁰ Não confundir abordagem e método. O método, tanto na conciliação como na mediação, ambas técnicas autocompositivas ou de solução consensual de conflitos, nunca pode ser *adversarial*.

estabelece em torno de uma questão meramente financeira.²¹¹ Na solução de conflitos de natureza exclusivamente financeira, a abordagem será predominantemente adversarial e o acertamento espontâneo tende a ser mais equitativo na distribuição dos bens da vida (interesses) disputados, o que sugere tratar-se de típica conciliação.

A abordagem adversarial geralmente supõe que a negociação será focalizada num recurso limitado – como o dinheiro – e que as partes decidirão se o dividem e como o fazem. Por essa visão, as metas das partes entram em conflito – o que uma ganha, a outra tem que perder. A abordagem não adversarial, em contraste, procura revelar e compor os interesses subjacentes das partes – i. e., suas motivações” (RISKIN, 2002, p. 70-71).

Pode-se, por derradeiro, quanto ao desfecho do processo, distinguir entre terminação e resolução dos conflitos. A terminação relaciona-se com a conciliação e se aplica aos conflitos causais ou acidentais, os quais provavelmente não voltarão a se repetir. O termo resolução, típico da mediação, é mais apropriado aos conflitos em que se supõe algum tipo de relação continuada entre os atores envolvidos. Traduzindo essa diferença para o conflito do JEF, típico conflito causal ou acidental, que dificilmente volta a se repetir, tem-se hipótese de terminação. O acordo põe fim ao conflito, termina mesmo com ele. Os conflitantes só remotamente irão se encontrar novamente, e se isso ocorrer, o conflito terá outros contornos. Não há relacionamento futuro a ser tutelado entre os conflitantes.

O âmbito das diferenças não se esgota nessas considerações, mas, para os objetivos da tese, é importante deixar assentada a imperiosidade de se dar um tratamento técnico próprio e adequado aos métodos de resolução dos conflitos em que os entes públicos figuram como parte. As confusões e a falta de rigor epistemológico no enfoque do assunto são prejudiciais a uma maior cientificidade para a matéria.²¹²

7.3 A IMBRICAÇÃO ENTRE QUESTÕES DE LEGALIDADE E QUESTÕES DE MORALIDADE NO TRATAMENTO DO CONFLITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Deve-se a Habermas o equacionamento da questão direito/moral, afastando a ideia de que a moral possa corrigir o direito (a partir de um vínculo de subordinação e hierarquia entre

²¹¹ Mesmo quando a questão não envolve uma obrigação de pagar, como nos casos de insultos morais, o dano e a indenização culminam por ser quantificados em pecúnia. No mesmo sentido, quando a obrigação é de fazer, como a implantação de um benefício previdenciário, em quase todos os casos, decorre a obrigação de pagar.

²¹² Ressalvas, entre poucos, às pesquisas de Souza (2012) e Salles (2001).

ambos) para reconhecer uma relação de complementaridade recíproca entre moral racional e direito positivo. É dizer: embora distintos (Habermas parte de uma base de direito autônomo que se distingue da moral), moral e direito surgem lado a lado, complementando-se.

Habermas (2012b, II) sustenta uma unidade operativa que contempla justamente as diferenças entre o sentido deontológico (dever-ser) das regras de direito em contraposição ao sentido teleológico das regras de moral; o código binário de validade (lícito/ilícito) das regras de direito em contraposição ao código gradual valorativo passível de sopesamento entre si (mais ou menos) das regras de moral; a obrigatoriedade universal das regras de direito em contraposição à obrigatoriedade relativa das regras de moral, e a coerência que se exige das regras de direito como partes harmônicas do sistema jurídico, na medida em que sua validade é atestada no mesmo círculo de destinatários, em contraposição à concorrência entre si, em um processo de reconhecimento intersubjetivo das normas de moral, inseridas em um sistema flexível, repleto de tensões e de possibilidades.

Ao assentar o caráter de coercitibilidade das regras do direito em contraposição ao caráter simbólico das regras da moral, Habermas (2012b, II, p. 139, 141 e 316-7) pontificou que “não se pode interpretar direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais”.

Diferentemente do Juizado Especial Cível Estadual (JEC), em que o cerne de uma boa parte dos conflitos não é de ordem legal, mas sim do que seria adequado definir como questões de ordem ético-moral e, em boa medida, do Juizado de Pequenas Causas dos EUA (*Small Claim*), no Juizado Especial Federal (JEF) a motivação dos conflitos, embora não expressa, encontra respaldo em algum padrão de relação ou comportamento legalmente previsto ou sancionado, ou seja, que pode ou deve ser traduzido para a linguagem do Direito ou da lei.²¹³

Os conflitos que são tratados no JEF têm, grosso modo, o seguinte perfil: em torno de 70% representam insatisfação quanto a direitos sociais previdenciários e, portanto, têm o INSS no polo passivo. Os outros 10% são conflitos versando sobre contratos bancários, danos morais, redução de dívida e outras discussões em torno de contratos de financiamento firmados com a CEF. Os 20% restantes são conflitos entre servidores públicos e a União Federal e suas Autarquias acerca de direitos indenizatórios e remuneratórios decorrentes da relação de trabalho, e de natureza fiscal, tendo como autor o contribuinte e ré a Fazenda Nacional.

²¹³ Ver, a propósito, Cardoso de Oliveira (2002), mostrando que o problema dos *small claims* americanos é o desrespeito às questões ético-morais, que chama de *insulto moral*.

Se as demandas são dirigidas contra o Poder Público, e estando este jungido em sua atuação ao princípio da legalidade no sentido de atuar vinculado à lei, não se pode fugir muito da avaliação da responsabilidade jurídica do réu/demandado, o que impõe, invariavelmente, um filtro significativo normativo à compreensão do que seja possível tematizar durante a audiência de conciliação. Na maior parcela dos casos, o conflito se encontra balizado por um padrão de conduta ou relação legalmente definidos, traduzível ou expressável em prestação monetária.

Isso não quer dizer que pouca importância se deva dar à questão ético-moral, que Cardoso de Oliveira (2002) nominou *insulto moral*.²¹⁴ De fato, a audiência conciliatória, na medida em que possibilita às partes exporem seus motivos diretamente ao juiz ou conciliador, abre espaço para a tentativa de validação de suas pretensões pela via argumentativa, não só as normativas, como as éticas e morais. É que a conciliação e o acordo abrigam sempre um objetivo mais amplo que não é apenas o de fazer justiça no plano exclusivamente normativo, mas o de encontrar uma solução satisfatória para as partes, revelando um certo compromisso com os ideais de equidade (*fairness*).

Embora seja certo que é preciso manter a "dignidade da legislação" como disse Waldron (2003), conferindo um papel relevante ao direito positivo, não se pode confundir texto e norma. Streck (2011, p. 279) ensina que o texto exsurge na sua "normação". Norma é sempre o resultado da compreensão do caso posto. No sentido filosófico heideggeriano de *compreensão*, poder-se-ia afirmar que a *norma é o sentido do ser do ente (texto)*.

Na experiência do JEF, como já afirmado, predominam as questões normativas traduzidas economicamente devido à natureza dos conflitos em que particulares demandam o Poder Público tendo como objeto prestações positivas relativas a direitos sociais. Todavia, eventualmente, surgem situações em que aflora, e deve ser tratada adequadamente, a conotação ético-moral. Exemplo é o caso em que o autor de uma demanda objetivando dano moral quantificável economicamente contra a CEF, por algum comportamento desta que reputa ilegal, por ocasião da audiência de conciliação consegue expressar seu inconformismo, que estava escondido atrás das pretensões normativa e econômica: ele, na verdade, deseja apenas um pedido de "desculpas" por ter sido maltratado na agência. Injustamente tido como mau pagador, sentindo-se envergonhado diante de seus colegas ou familiares. Trata-se de uma questão de mera honorabilidade, que nem sempre se acomoda na linguagem jurídica: um *insulto moral*, demandando esforço de compreensão e mensuração mais profundo da

²¹⁴ *Insulto moral* é uma expressão cunhada por Cardoso de Oliveira (2002), para identificar, nos conflitos submetidos aos juizados especiais, as questões de natureza ético-moral, ou seja, motivos que não dizem respeito ao descumprimento de um dever legal ou contratual, mas, sim, o desrespeito a um direito não monetizável de natureza ético-valorativa.

dimensão ético-moral que se homizia no conflito. Este será um caso típico em que as técnicas de mediação são mais adequadas, principalmente porque é importante resgatar e manter o relacionamento entre as partes.

7.4 APROXIMAÇÕES ACERCA DO CONFLITO TÍPICO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL, DE NATUREZA PECUNIÁRIA PRESTACIONAL ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR

Os processos que tramitam no JEF, já se disse, têm o Poder Público no polo passivo da relação processual,²¹⁵ e o conflito a ser solvido instala-se sobre a pretensão pecuniária de um particular em face do Estado, sendo predominantes os conflitos de natureza previdenciária (mais de 80%), em que se busca a condenação do INSS a pagar uma prestação (deferindo, mantendo, restabelecendo ou reajustando um benefício assistencial ou previdenciário). Em número menor são as pretensões de natureza funcional dirigidas à União Federal e suas Autarquias (concessão de vantagem pecuniária, reajuste remuneratório ou outra questão de natureza funcional) e as querelas de natureza fiscal (isenção ou redução de imposto de renda). As ações indenizatórias de outras naturezas ocorrem em número reduzido (danos morais em face da CEF, ressarcimento de danos materiais diante do DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes).²¹⁶

O primeiro traço fundamental do conflito do JEF é a existência de uma pretensão resistida versando sobre valor pecuniário. Trata-se, segundo a classificação de Deutsch (2004, p. 39), de *conflito sobre o controle de recursos*:

Recursos como espaço, dinheiro, propriedade, poder, prestígio, alimentos e outros podem ser vistos como impartilháveis, e se duas ou mais partes buscam a posse ou o uso exclusivo de um recurso ou de uma parte disponível dele, está apto a nascer um conflito entre elas. Conflitos desse tipo são difíceis de serem resolvidos construtivamente quando há rígida fixação no recurso específico em questão e pouca possibilidade de encontrar um substituto satisfatório para ele.

A dificuldade apontada por Deutsch decorre da relativa rigidez que caracteriza a relação de administração. Os direitos dos particulares em face do Poder Público são

²¹⁵ Cf. art. 6º, II, da Lei nº 10.259, de 2001.

²¹⁶ Ver, a propósito do conflito da Justiça Federal e sua competência funcional com a presença de um ente público litigando contra o particular, Gabbay e Takahashi (2014, p. 10-15), citando exemplos: contratos bancários (CEF), previdenciários (INSS), saúde (União Federal), danos morais (CEF), desapropriação (DNIT), débitos tributários (Fazenda Nacional e Conselhos Profissionais), servidores públicos federais (União).

absolutamente regrados. A concessão de qualquer vantagem, para que se evite pessoalismos, privilégios e tratamentos anti-isonômicos, obedece ao princípio da legalidade, e qualquer transigência apenas se justifica quando em favor do interesse público.

Embora superado em parte o velho brocardo cunhado pelo saudoso Hely Lopes Meirelles (1990) (“À administração particular é dado fazer o que a lei não proíbe, mas a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza”), admite-se que existe uma menor margem de negociação no conflito envolvendo a Administração Pública. Masucci (2009, p. 18) faz a advertência, cujos termos, nos itens seguintes, vai-se tentar desmistificar:

No es necesario ocultar, en efecto, que la Administración pública, en los ordenamientos a los que nos referimos, está vinculada por el respeto del principio de conformidad a la ley y de primacía de la ley. A diferencia del Derecho civil, en el caso del Derecho público las normas tutelan intereses (de carácter público) que se sustraen del “poder de disposición” de las partes en conflicto. En consecuencia, estas normas limitan el espacio para encontrar una solución acordada del litigio, o incluso lo excluyen del todo. Es impensable que el acuerdo que concluye un procedimiento de mediación entre Administración pública y ciudadano pueda entrar en conflicto con las normas en base a las cuales la controversia sería resuelta por el juez. La solución negociada de la controversia no puede encontrarse más que en el “espacio” que deja libre la norma aplicable al supuesto en examen. En este espacio las partes pueden y deben explorar los límites dentro de los cuales definir el acuerdo. Ninguna Administración pública puede suscribir un acuerdo que excede de sus poderes.

A primeira questão a discutir diz respeito à importância de os conflitos sobre prestações sociais envolvendo o Poder Público permanecerem sob a administração da Justiça. Parece fundamental classificar os conflitos por categorias, levando em conta a presença do Poder Público no conflito, variável que aperfeiçoa a necessidade de se perseguir um interesse público.

A partir dessa categorização, avulta a importância do Estado-Juiz como garante do interesse público e guardião das promessas constitucionais, devendo a conciliação ficar sob o controle e a responsabilidade de instâncias estatais, sem prejuízo da liberdade conferida às partes para discutir e encontrar a melhor solução para o conflito, sobretudo o Poder Público, sempre que esta solução alcançar um interesse público.

Coloco em dúvida se alguma instância não estatal (uma câmara privada, p. ex.) estaria hoje em condições de assumir a responsabilidade de controle e solução de determinados conflitos sociais com baixo risco de que não respeitem direitos fundamentais ou se desemboque em formas camufladas de arbitrariedade.

A hegemonia do ideário neoliberal globalizado, aviltante da cidadania e inimigo dos direitos sociais, cada vez mais solapados em nome de um ultraliberalismo que privilegia o capital em detrimento das classes trabalhadoras, deixando desprotegidos os cidadãos, representa um risco para a tutela dos direitos sociais, que, com a retirada do Estado Social, têm ficado muito mais a cargo do Poder Judiciário.²¹⁷

O indispensável controle judicial, para além dos aspectos formais, estará centrado justamente na atenção aos princípios constitucionais que norteiam a atuação do Poder Público (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – art. 37 da CR) e nos direitos e garantias fundamentais contemplados no art. 5º da CR, que, por serem fundamentais, encontram restrições quando objeto de transação, embora possa haver autolimitação do seu exercício. São deveres do Estado, dos quais não se pode livrar, sobretudo depois de judicializados, porque a adesão aos meios alternativos de solução dos conflitos não representa um salvo-conduto para a Administração descumprir seus deveres legais e constitucionais.

Atualmente, encontra-se superada a máxima administrativa no sentido de que o mérito propriamente dito, como sinônimo de conveniência e oportunidade do ato ou contrato administrativo, não se submete ao controle judicial.²¹⁸ Os princípios constitucionais normativos da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (valores fundamentais do sistema jurídico) atuam como balizadores da atuação da Administração Pública e do controle judicial. A razoabilidade e a proporcionalidade, como princípios constitucionais implícitos, atuam na harmonização de eventuais colidências entre os princípios que regem a atuação da Administração Pública e os direitos fundamentais dos administrados nos casos concretos.

O controle judicial quanto ao mérito dos acordos celebrados em juízo pela Administração apenas é atenuado – assim como a ponderação administrativa de custo-benefício dos termos da avença, aspectos da atuação administrativa consensual que pressupõem uma maior liberdade –, até o limite em que não descambem para o arbítrio.

²¹⁷ Os direitos sociais tendem hoje a ser muito mais produto da jurisprudência do que positivado. O vazio normativo e a ausência de políticas legislativas, são os responsáveis pelo fenômeno de reforço normativo do tipo jurisprudencial, a ponto de se poder afirmar que a existência de alguns direitos sociais é muito mais fruto de um trabalho de criação judicial do direito do que de movimentos políticos coordenados que resultem em leis. Ocorre que a jurisprudência, embora tenha um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, além de atender às demandas sociais de forma fragmentada e atomizada (não molecular), não imuniza os direitos sociais reconhecidos contra o retrocesso nos momentos de crise econômica, é dizer, não garante a sustentabilidade.

²¹⁸ BRASIL. STJ, REsp. 429570-GO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11 nov. 2003.

O campo do legítimo discricionarismo administrativo de rigor é conferido ao administrador pela lei, que lhe concede o poder de escolha entre as várias possibilidades que o caso concreto apresenta (multiplicidade fática), para o fim último de atender ao interesse público. Fora disso será arbitrário.²¹⁹

O foco do controle judicial será a estrita observância dos princípios administrativos que regem a atuação da Administração Pública e dos direitos fundamentais, paradigmas de sua atuação no Estado Democrático de Direito, não se limitando, portanto, aos aspectos de legalidade estrita. Quando se fala em legalidade, é necessário considerar uma premissa relevante: a melhor forma de tutelar o interesse público sem desbordar do direito é levando a sério a Constituição.

7.5 CONCILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE REESCRITO PELO CONSTITUCIONALISMO

Uma das vantagens do uso das formas alternativas de solução de conflitos é a possibilidade de as partes encontrarem a melhor solução fora do âmbito das normas de direito positivo, ou seja, sem recursividade ao normativismo estatal. O acordo é sempre uma manifestação de liberdades e autonomia. Vigora, na autocomposição, a regra da liberdade de contratar e estipular os limites de suas pretensões e defesas.²²⁰

Seria adequado aprofundar agora a questão da liberdade do Poder Público de transigir e firmar acordos sob dois aspectos: a necessidade de autorização legal para transigir e o sentido constitucional do princípio da legalidade no que concerne ao conteúdo dos acordos que possa celebrar.

O dilema da Administração nos acordos é, sem desbordar da legalidade, cumprir seus objetivos políticos e ser eficiente. Três conceitos afetos a diversos sistemas sociais. A Constituição, na organização e na atuação dos serviços públicos, representa a possibilidade de acoplamentos estruturais entre esses três sistemas: direito, política e economia.

Ao tempo em que estabelece as fronteiras ou limites entre eles, cria condições para que interajam sem corrupção, ou seja, para que atuem conforme seus próprios elementos.

²¹⁹ Pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitando os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública” (FREITAS, 2009, p. 24).

²²⁰ O Novo Código de Processo Civil estabelece que: “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (art. 166, § 4º).

“Nem as políticas sociais podem atropelar as regras jurídicas, nem o direito pode avançar sobre as competências legislativas”, disse Campilongo (2011b, p. 107).

Assim como a ideia de serviço público não pode ficar exclusivamente jungida à inflexão política, o sistema jurídico não pode se dissolver no sistema econômico e seu raciocínio de pagamento e não pagamento, o que representaria a mercantilização dos direitos,²²¹ despiando o conceito de serviço público de qualquer relevância que não fosse econômica e transformando os cidadãos em clientes e consumidores.²²²

O dever de vinculação aos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa, de rigor, em sendo atendido, dispensaria a prévia autorização legal para que os procuradores públicos pudessem conciliar. A autorização decorreria de uma compreensão do sistema jurídico como um todo, dispensando regra expressa.

É despicienda a autorização legislativa específica para a disposição de bens e interesses da Administração Pública enquanto atividade realizada no contexto das práticas de boa administração e busca de resultados, para o cabal atendimento de fins constitucionalmente previstos e obediência do ordenamento jurídico como um todo.²²³

Observados os condicionantes constitucionais e legislativos ao poder de disposição e gestão dos bens públicos, cabe ao administrador eleger o modo mais adequado à realização das finalidades constitucionais a que está submetido, devendo, neste processo, observar a especial necessidade de justificação da sua atuação, garantindo a boa gestão da coisa pública e se submetendo ao princípio do controle (GISMONDI, 2014, p. 182).

Incumbindo ao Poder Judiciário prevenir e por fim a possíveis lesões de direito (art. 5º, XXXV, da CR), parece hialino cumprir à Justiça, na tutela de direitos, exercer o controle dos acordos celebrados pelo Poder Público nos conflitos judicializados. Isso não representa afirmar que os acordos devam obedecer estritamente aos parâmetros legais. Não é isso,

²²¹ Ver, a propósito, Supiot (2014): *a justiça social diante do mercado total*.

²²² Campilongo (2011b, p. 99-112) trata desse assunto, *Serviço Público e regulação sistêmica*, mostrando que o direito é um importante mecanismo garantidor de diferenças básicas para a sociedade complexa, e que serviços essenciais não podem ser obnubilados pela hipertrofia da “maximização da riqueza”, mas não é também adequado pensar que o custeio dos serviços públicos – em especial sob avassaladoras condições de desigualdade e pobreza – possa ser financiado mais pela bondade do que pelo dinheiro, o que significaria bloquear ainda mais as condições de sua afirmação como direitos.

²²³ No âmbito do Juizado Especial Federal há autorização legal expressa no art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001: “Os representantes judiciais da União, das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do *caput*, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais” (grifei). Ao que se vê, nos processos que tramitam no JEF, seria despicienda qualquer outra autorização legislativa para conciliar.

definitivamente. Uma atual compreensão da legalidade diz mais respeito ao direito como um todo do que à lei.²²⁴

A estrita vinculação à legalidade, que se exige do atuar da Administração, não impede que o acordo estabeleça alguma vantagem ao particular que não esteja prevista na lei ou que deixe de conceder alguma vantagem embora prevista em lei. A Administração pode alcançar o interesse público por via não exatamente definida em lei. A vinculação aos princípios constitucionais lhe seria suficiente.²²⁵

Com a emergência do constitucionalismo, o papel da Administração passou a ser de guardião da constitucionalidade e não apenas das leis. O controle da constitucionalidade não é mais privativo do Poder Judiciário. Para Freitas (2011, p. 242), “Não se mostra plausível compactuar com tal vício de exclusivismo assaz comum, extremamente grave, que gera leniência quanto à disseminação das inconstitucionalidades dolosas ou culposas geradas, não raro, pela própria Administração.”

Quer-se colocar em evidência que o poder público pode celebrar acordos quando não há perfeita subsunção do objeto da pretensão do seu contendor a uma regra de direito positivo. Casos há em que o acordo pode ser mais vantajoso ao interesse público do que a contenda. É que a atuação do Poder Público, nas demandas que lhe são opostas, não fica vinculada à literalidade dos textos legais, encontrando-se jungida ao sentido do direito e dos princípios constitucionais.²²⁶

Em uma perspectiva sistêmica, pode-se dizer que, para além do direito positivo, a recursividade aos programas e suplementos possibilitam à Administração alcançar seu fim de satisfação do interesse público, sem fugir da diferença entre direito e não direito, código de referência do sistema jurídico.²²⁷

²²⁴ Para Binenbojm (2008, p. 38), "a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)".

²²⁵ Segundo Canotilho (2002, p. 836) “a reserva vertical da Lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”. Freitas (2009, p. 44), na mesma inteligência, afirma que o princípio da legalidade muda de grau qualitativo convertendo-se em princípio da constitucionalidade.

²²⁶ "Com efeito, se o constitucionalismo compromissário e diretivo altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se “desvencilhar” do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento substantivo, próprio do esquema sujeito-objeto (nas suas duas faces, objetivista e subjetivista), tinha que ceder lugar a um novo paradigma compreensivo-interpretativo" (STRECK, 2003, p. 280).

²²⁷ Não se pode confundir a função precípua do sistema jurídico, que é a garantia das expectativas normativas com a garantia das expectativas de direitos, de realizar pagamentos. Uma coisa são os direitos relacionados aos serviços públicos, outra são as prestações que o direito, por si, não é capaz de garantir (CAMPILONGO, 2011, p. 104).

Para Moessa (2014, p. 196), “a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas um ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites”, importando apenas que os atos de transigência sejam devidamente fundamentados fática e juridicamente de forma que fique evidenciada a publicidade (transparência), a isonomia, a economicidade e, sobretudo, o atendimento do interesse público.

Sob pena de inviabilizar-se a conciliação pelo poder público, manietados que ficariam os seus procuradores aos limites do positivismo jurídico, convém não confundir, primeiro de tudo, texto e norma. A norma é a realidade do texto, a compreensão do texto para o caso concreto. Por isso, a norma, como sentido do texto, precisa ser construída na fenomenologia.

Müller (2010, p. 54-55), indo mais longe, mostrou que um novo enfoque da hermenêutica jurídica assenta que a normatividade não resulta sequer do texto, mas dos dados extralinguísticos do tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva do ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área, portanto, de dados que, mesmo se quiséssemos, não poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia da sua pertinência.

Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho *concretizador ativo* do ‘destinatário’ e com isso a distribuição funcional dos papéis que, *graças à ordem* jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito (MÜLLER, 2010, p. 57). (grifo do autor)

7.6 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSENSUALIDADE: DESMISTIFICANDO A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO

Destaca-se um aspecto que é de fundamental relevância: é preciso romper com o mito da indisponibilidade dos direitos tutelados pela Administração Pública. O que é indisponível é o interesse público, que não se confunde com o interesse de determinado órgão ou entidade administrativa. Interesse público é o da coletividade como um todo. Todavia, a indisponibilidade do interesse público não veda o reconhecimento de direitos legítimos, nem a renúncia a determinadas posições jurídicas, quando se revelem prejudiciais a este interesse. A

coletividade tem interesse em atender aos justos pleitos de seus membros em face do Estado com a brevidade que um acordo, em alguns casos, pode proporcionar.²²⁸

Moreira Neto (2008, p. 119) recomenda uma revisão do que é a indisponibilidade:

[...] Ao atuar neste campo, da solução administrativa de conflitos, deve-se reconhecer ao Estado a necessária flexibilidade para ponderar interesses em jogo e definir, a partir de processos administrativos, abertos e transparentes, fórmulas que se mostram as mais eficientes sob o critério finalístico, ou seja, para se lograr mais completa e celeremente a composição pretendida pelo direito, o que necessariamente conduz a uma profunda revisão do que, afinal, é ou não indisponível para o Estado administrador [...].

Talamini (2004, p. 23) mostrou que o problema não está na indisponibilidade, sendo mesmo livre de contestação que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível.

A verdadeira questão reside em identificar *quando há* interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: *'de que lado está'* o interesse público. O interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos. A noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento. Deve-se combater essa invocação vazia, meramente retórica, do 'interesse público' – tão mais perniciosa porque sempre se quer fazer acompanhar dos atributos da 'supremacia' e 'indisponibilidade', ínsitos ao verdadeiro interesse público. (grifo do autor)

Para Alessi (1978, p. 232-233) o interesse público, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não é simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse público coletivo *primário*. Ele é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade. Se for concebido o interesse do aparato organizacional, que é a Administração, será simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade, e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo *primário*.²²⁹

Para Bandeira de Mello (1993, p. 46), o interesse público ou *primário* é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, na medida em que este é o interesse que a lei consagra e entrega à tutela do Estado como representante do corpo social.

²²⁸ Consultar, a propósito: Madureira (2011), Nassif (2005) e Volpi (2013).

²²⁹ Sobre os conceitos de indisponibilidade na perspectiva da solução consensual de controvérsias, melhor análise em Salles (2014, p. 209-227), mostrando que, em alguns casos, mesmo estando envolvida indisponibilidade há possibilidade de transação e, portanto, de soluções consensuais, a demonstrar que esse limite não pode ser considerado de maneira uniforme.

Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que, por isso mesmo, pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

Para exemplificar o importante discrimen entre um e outro, comparem-se as seguintes hipóteses. Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infringidas estará revelando-se obsequioso ao interesse público, pois é isto o que determina o art. 37, § 6º, da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido os danos) estará contrariando o interesse público, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer 'mais rico', menos onerado patrimonialmente, lançando, dessarte, sobre os ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses primários.

Grau (2002, p. 49-58), parafraseando Alessi e Bandeira de Mello, trata desse tema mostrando que é possível tomarmos como interesse da Administração o de pagar o mínimo a seus credores, com o que ela, Administração, permaneceria "*mais rica*". Mas esses interesses "não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa" (p. 57). Uma forma de realizar-se o interesse público reside na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar o cumprimento de seus deveres, em benefício exclusivo do interesse secundário da Administração.

A busca de métodos alternativos de solução de conflitos administrativos vincula-se a uma nova "onda" de reformas do Estado que preconiza a ideia de *Administração Pública Consensual*. Moreira Neto (2006, p. 262-263) assevera que:

a consensualidade, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, representa uma mudança substancial em suas prioridades de atuação, prestigiando o que hoje se vem denominando parceria com a sociedade. Todas essas tendências atuam no sentido de despojar-se a Administração Pública das características burocráticas que assumiram nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do Direito Administrativo gerado pela Revolução Francesa, e, de certa forma, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho patrimonialista, e de aproximá-la de modelos mais pragmáticos, como os anglo-saxões, que prestigiam o administrado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece legítima a possibilidade de acordo que atenda ao interesse público:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/Supremo Tribunal Federal). Recurso extraordinário não conhecido (STF, 1ª Turma, RE n. 253885/MG, Relatora Min. Ellen Gracie, Julgamento em 04 de junho de 2002).

A consensualidade, em última análise, não afronta o princípio da indisponibilidade do interesse público, muito antes pelo contrário. No caso concreto, tendo em vista os potenciais efeitos positivos da consensualidade frente à atuação da administrativa imperativa, a celebração do acordo administrativo pode ser a materialização do próprio interesse público, proporcionando a economia de tempo e recursos, bem como o direcionamento da decisão consensual para o problema colocado na situação fática, com vantagens sensíveis sobre uma possível solução adjudicada e seus efeitos negativos.²³⁰

Parece que a questão fica resolvida com advento da Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015, que disciplina a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O art. 3° da referida Lei dispõe que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. No § 2° do citado artigo está expresso que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Tem-se, então, que, mesmo quando se generaliza e banaliza a indisponibilidade do interesse público, não fica vedada a transação, apenas que dependerá de homologação judicial. A autorização legal vem ao encontro do que sustento em relação aos acordos do Poder Público sobre direitos fundamentais, no sentido de que devem permanecer sob a custódia do Poder Judiciário. Na conciliação judicial sempre haverá a homologação judicial.

²³⁰ Ver, sobre o tema, Palma (2014, p. 143-185) e Souza (2014, p. 189-207).

7.7 A CONCILIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO E OS DIREITOS RECONHECIDOS: LIMITES ÉTICOS E LEGAIS SUBMETIDOS AO CONTROLE JUDICIAL

No sistema processual brasileiro, a Administração Pública goza de prerrogativas que visam resguardar o interesse público submetido à sua tutela (reexame necessário, limitações quanto à confissão, prazos alargados etc). Também sua liberdade contratual deve encontrar limites na necessidade de sempre a atuação administrativa estar vinculada à cura de um interesse público. O reconhecimento e a efetivação de direitos sociais a cargo do Estado constituem interesses públicos qualificados no Estado Democrático de Direito.

Se reconhecêssemos que o Estado, quando demandado em juízo, não pudesse transigir sobre de direitos sociais, estaríamos decretando a impossibilidade de o Estado conciliar e de se desincumbir de sua funcionalidade social por meios mais eficientes em determinados casos em que a demanda judicial poderá mais onerosa ao erário.

Nos conflitos do JEF, havendo relevância na pretensão, a ponto de constituir um temor de derrota para o réu, o campo estará fértil para uma composição amigável. O Poder Público, certamente, não aceitará ou apresentará uma proposta conciliatória diante de um pedido infundado, seja porque o suporte fático não é verdadeiro, seja porque a regra do direito, transformada em norma para o caso, não dá guarida ao pedido formulado.

Nas demandas contra o Poder Público, via de regra, o autor cede quanto ao seu direito material, ou seja, abre mão de uma parcela da benesse que está postulando. O ente público cede em relação ao seu direito (processual) de contestar ou recorrer, admitindo satisfazer a pretensão antecipadamente. Beneficia-se com a redução da dívida e seus consectários, além de evitar o dispêndio de tempo e dinheiro com a sua defesa. Não há propriamente uma transação mediante mútuas concessões. É, sim, muito mais uma negociação assimétrica,²³¹ típica da liberdade que os acordos pressupõem.

As soluções consensuais tendo por objeto direitos fundamentais da seguridade social (previdenciários, assistenciais ou da saúde) apresentam algumas peculiaridades. Trata-se de débitos alimentares e há vinculação legal quanto ao valor dos benefícios. A margem de negociação pelas partes é sempre mais reduzida, diferentemente, v.g., dos contratos bancários, em que o credor pode abrir mão de seu crédito a seu livre talante, ou de um caso de

²³¹ A conciliação é um meio de realizar a transação, esta uma modalidade de se prevenir ou terminar um litígio mediante concessões mútuas (Código Civil, art. 840). Diferem os institutos pela natureza: a conciliação é um ato processual, enquanto a transação é um ato de conteúdo substancial. O conteúdo da transação é dado pelo interesse que as partes possam ter na sua concretização. Tanto pode beneficiar a ambos, como a apenas um dos conflitantes. V.g.: ao autor, no reconhecimento do pedido pelo réu; ao réu, na desistência do pedido pelo autor, ou a ambos, na satisfação parcial da pretensão de cada um.

desapropriação, em que o valor da avaliação do imóvel pode oscilar conforme as flutuações de mercado.

Tomando como hipótese o processo do JEF, em que o grosso dos conflitos se estabelece em torno de direitos da seguridade social, e sendo tais direitos espécie do gênero direitos fundamentais, o controle a ser exercido pelo juiz, na conciliação com o Poder Público, é justamente sobre o respeito a esses direitos, para que não sejam solapados frente aos olhos da Justiça.

Quando aperfeiçoado um direito subjetivo, do tipo fundamental, devidamente judicializado, a transação, que não fica obstada, deve ser dirigida para que este direito seja efetivado da forma mais ampla possível. A liberdade e a fuga do direito legislado e normativo, que estão na gênese dos modelos autocompositivos consensuais, encontram seu limite condicional na promessa constitucional de concretização dos direitos fundamentais aos seus legítimos titulares.

Eis o tema mais polêmico e controverso dentro da problemática das conciliações com o Poder Público. Qual é o limite admissível para que um acordo seja considerado legal, razoável e moralmente aceito pelo juiz/conciliador que preside a audiência conciliatória? A resposta é complexa e leva em conta algumas variáveis tais como: a preservação da integridade do direito, o grau de certeza do direito, a pacificação jurisprudencial da matéria, a duração presumível do processo e a urgência do titular do direito (resistência ou capacidade de a parte autora esperar pela tramitação normal do processo até que possa efetivar eventual sentença que por ventura lhe favoreça).

É preciso sempre ponderar essas variáveis, de forma que o acordo possa ser vantajoso para ambas as partes. O “mau acordo, preferível a uma boa demanda”, é uma falácia e, como tal, deve ser evitado. O que se quer é um bom acordo ou então será preferível prosseguir na demanda. Não deve a solução consensual implicar, com o beneplácito judicial, que apenas uma das partes abra mão do seu direito para obter sua satisfação sem delongas. A demora da justiça, infelizmente ainda não erradicada, não pode servir de elemento de pressão para que o autor da demanda aceite o acordo com supressão do seu direito líquido e certo.

Quanto à duração do processo, há o que os processualistas chamam de risco ou dano marginal, que é o decorrente da tramitação natural do processo. Ônus que a parte autora suporta naturalmente pela opção (ou infelicidade) de buscar em juízo a satisfação do seu direito, porque não foi atendido antes pelo demandado em condições ideais. Se quiser abreviar o tempo e fugir do risco marginal, é justo que abra mão de parcela de seu direito. Todavia, quanto ao tempo que constitui a demora anormal, patológica, resultante da deficiência do

Poder Judiciário e/ou devida à atuação da parte ré, não deveriam os riscos que lhe são inerentes projetar-se sobre os ombros apenas da parte autora. Nem poderia validamente a ameaça da demora constituir uma variável a ser considerada para definir o alcance e o valor de eventual acordo, típica pressão decorrente do mau uso da técnica conciliatória ou mediadora.

Tem-se na matéria o que se pode chamar de “paradoxo da eficiência”: quanto mais eficiente e ágil for a unidade jurisdicional, menor será a probabilidade de a parte autora optar por uma solução consensual. Enquanto não se inverter a lógica que tem presidido as conciliações no JEF, pautada na necessidade de a parte ter de abrir mão de uma parcela do direito para obter a sua satisfação imediata, vai-se conviver com dito paradoxo. Ocorre que a solução adjudicada, ao contemplar a integralidade do direito, em certos casos, torna-se financeiramente mais vantajosa, ainda que mais demorada.

Levando em consideração a premissa de que os acordos em tema de seguridade social somente são aceitos pelo INSS quando a pretensão do autor se revele estreme de dúvidas, certa e determinada, parece não haver muito sentido em se exigir do autor da ação, que está amparado pelo direito, a renúncia de parcela desse direito para vê-lo implementado de imediato, porque a Justiça não tem condições de lhe oferecer a tutela jurisdicional com a brevidade que a natureza alimentar da prestação pretendida recomenda.

Em princípio, não poderia o autor da demanda previdenciária ser prejudicado pela mora do Poder Judiciário. Tampouco, beneficiado o réu. Se o pedido é inequívoco e incontroverso, apenas se teria um caminho: o reconhecimento da sua procedência e a sua imediata satisfação. Caberia, inclusive, a antecipação de tutela do direito incontroverso (art. 273, § 6º, do CPC: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”)²³²ou mesmo o julgamento parcial de mérito quanto ao pedido incontroverso.²³³

²³² No NCPC, a disciplina da tutela de evidência está no art. 311: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

²³³ Art. 356 do NCPC. “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso”.

7.8 (AUTO)LIMITAÇÕES EM ACORDOS COM O PODER PÚBLICO SOBRE PRESTAÇÕES SOCIAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O temor de muitos juízes, expresso também no plano doutrinário, recai sobre os acordos em que o titular do direito social abre mão de uma parcela desse direito em favor do Poder Público para beneficiar-se da imediata satisfação, premido pela necessidade. Como se disse antes, esse modelo de transigência gera um mal-estar generalizado.²³⁴

Entre os magistrados federais que atuam em JEF, conforme pesquisa do Conselho da Justiça Federal – CJF/Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, não há consenso sobre a importância da conciliação com entes públicos. Ao contrário, especialmente no que se refere às demandas de natureza previdenciária, vários magistrados do JEF se posicionaram declaradamente contrários à conciliação, por percebê-la como uma forma de “barganhar direitos” e por entender que os juizados federais não são um “um mercado de desconto de direito”.²³⁵

Em parte, estão certos os magistrados, inclusive porque as propostas apresentadas pelo INSS, o maior litigante do JEF no caso de ações previdenciárias, não são precedidas de discussão, mas fechadas, não oferecendo margem para o debate em torno dos itens (geralmente valor e data do início do benefício - DIB) que a compõem e, via de regra, contemplando o que costumam chamar de deságio, ou seja, uma redução variável do valor efetivamente devido.

A questão é se o juiz pode, de ofício, deixar de dar curso ou mesmo de homologar uma proposta que avilte o direito da parte, suprimindo-lhe uma parcela diante das variáveis do caso. Parece evidente que não se pode rechaçar de plano qualquer proposta inicial. Mas, sem embargo de o juiz ter o dever de conduzir a negociação no sentido de garantir ao autor da ação o valor efetivamente devido pelo réu, é possível que, ao final, não obtendo êxito, deixe de homologar o acordo quando o valor convencionado pelas partes se revele aviltante do direito social que cumpriria ao réu implementar caso fosse condenado ou mesmo se atendesse o pedido na via administrativa.

A liberdade das partes sobre o conteúdo substancial do acordo pode sofrer limitações relativas à capacidade pessoal das partes, à incapacidade das partes para eliminar as fraudes,

²³⁴ Para Tartuce (2015), “o litigante mais fraco, que não consegue suportar o tempo natural do processo, precisará acordar para receber qualquer valor (ainda que ínfimo). O que ocorre então com a máxima segundo a qual o processo deve dar ao litigante tudo e exatamente aquilo a que faz jus receber, segundo o ordenamento? Esta diretriz é perversamente esvaziada: a autocomposição acaba sendo usada com má fé, seja para pagar menos do que deveria, seja para ganhar tempo”.

²³⁵ Pesquisa CJF-CEJ/IPEA (2012, p. 136-7).

à efetivação de políticas públicas e em razão do dever constitucional estatal de efetivar direitos fundamentais sociais. Andrews (2012, p. 345), embora frise que a liberdade das partes para realizar acordos é um princípio intangível, reconhece que, no entanto, antes de decidir, o tribunal pode agir de ofício para levantar um ponto de ordem pública, inclusive uma questão ligada aos direitos humanos.

As limitações aos direitos fundamentais sociais, tanto no plano legislativo como judicial, obedecem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que atendem às regras da necessidade, da idoneidade e da preservação do núcleo essencial do direito (proporcionalidade em sentido estrito). Havendo margem de dúvida e observadas as variáveis antes referidas, considera-se adequado o incentivo à aceitação e homologação do acordo que, embora sem contemplar a integralidade do direito, não desborde da razoabilidade e da proporcionalidade, conquanto o desafio seja maximizar as propostas de acordos apresentadas pelo INSS, elevando seus patamares de forma a se aproximarem do valor integral da prestação efetivamente devida pelo Estado, caso fosse satisfeita na via administrativa.

Tratando a autolimitação do exercício dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade (2012, p. 306-312) refere que a validade jurídica da disposição limitadora está condicionada essencialmente à garantia da autenticidade e à genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição ou ofensa:

a renúncia, o acordo, o consentimento vinculante, autorizante ou aquiescente só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma (auto)limitação dos direitos fundamentais se forem produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida. (grifo do autor)

O mesmo Vieira de Andrade (2012, p. 308), depois de reafirmar que a autolimitação deve ser esclarecida, no sentido de que o titular do direito deve ter conhecimento concreto de todas as consequências relevantes da limitação, e isenta de erro, em especial por dolo de outrem, sustenta que diferem as condições de limitações nas relações entre particulares (iguais) e entre particulares e poder público. Nesse caso, para assegurar o caráter livre e esclarecido da vontade e especialmente pela necessidade de cumprimento dos deveres especiais de proteção estatal,

poderá ser legítimo ao juiz, com base na ordem jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da (auto)limitação, bem como sua racionalidade, pressupondo-se e provando-se a vulnerabilidade e inferioridade ou fraqueza - tanto mais intensamente quanto maior for a duração, a intensidade ou grau de perigo da limitação, que, de resto, nunca poderá ser uma renúncia total,

perpétua ou irrevogável (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 312). (grifo do autor)

Na prática, o INSS tem oferecido propostas que abrangem parcelas pretéritas com redução variável entre de 10 e 30% do valor efetivamente devido, dependendo do lugar. Não há um padrão, sendo estes percentuais variáveis de região para região de acordo com a orientação de cada procuradoria e o nível de aceitação dos litigantes. Não se tem estudos sobre esta tendência, mas sabe-se que nas regiões norte e nordeste do país as propostas do INSS são menores, chegando a uma redução de 50% do valor efetivamente devido. Creio que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que nessas regiões é mais baixo, deve ser um fator relevante, considerada a variável necessidade antes referida.

O valor das prestações previdenciárias é apurado a partir de fórmulas complexas, que dependem de algumas variáveis (número de contribuições, valor das contribuições, coeficiente de redução, idade etc). Estabelecido este valor, ele será vinculante. O valor das parcelas vencidas depende da data do início ou cancelamento do benefício que, por sua vez, relaciona-se a uma série de elementos: data do requerimento, data da incapacidade, data do aperfeiçoamento dos requisitos etc, havendo sempre espaço para a negociação.

Em todos os casos, os acordos com renúncia de parcela dos valores devidos somente teriam lugar quando houvesse margem de dúvida sobre algum aspecto que compõe o direito a ser satisfeito ou controvérsia parcial. Por exemplo: se não houver certeza sobre a data do início da incapacidade ou o número/valor dos salários de contribuição, então seria razoável que as partes transigissem acerca do início do cálculo das diferenças pretéritas ou seu valor.

Resumindo, pode ser mais vantajoso realizar um acordo, dependendo do caso, mesmo que baseado no conhecimento imperfeito e, talvez, um pouco assimétrico nos fatores econômicos ou outros, do que se submeter a um processo judicial de longa duração, que pode levar 3 (três) ou mais anos para a solução final.

7.9 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A CONCILIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO: TRATAMENTO IGUALITÁRIO E NÃO O MESMO TRATAMENTO

As ideias de igualdade jurídica, igualdade perante a lei e igualdade dos direitos, formas tradicionais de reconhecimento no âmbito do princípio isonômico, embora inequivocamente imprescindíveis, não se revelam suficientes. Não assegura a igualdade almejada pela Constituição a mera forma de regulação geral e abstrata e de aplicação igualitária da lei. Outorgar o mesmo tratamento a todas as pessoas, sem observar as distinções

que a complexidade social e a realidade da vida lhes impõem, é também uma forma de violar o princípio da igualdade.

A igualdade, enquanto conceito relativo, exige análise e confrontação das diferentes situações em que se encontram os diversos sujeitos de direitos. Somente com a determinação das características essenciais de cada um é que se pode eleger soluções capazes de equiparar as diferentes situações, vale dizer, de corrigir as distorções e os desequilíbrios então existentes. Idêntico fundamento que impõe tratamento isonômico para os que estão em situações iguais exige que se dedique tratamento diferenciado aos que se encontram em situações desiguais, autorizando uma espécie de “discriminação inversa”, pressuposto da “igualdade de fato”.

A igualização (no sentido de corrigir desigualdades por meio de discriminações) é, pois, o pressuposto para que se tenha a igualdade de fato, vale dizer, predisposição de meios para o igualitário e efetivo gozo dos direitos fundamentais e ao acesso aos bens materiais. O princípio da igualdade deve ser visto enquanto elemento ativo para promover a igualização dos destinatários da norma. A proibição de discriminação transforma-se em obrigação de discriminação quando se trate de compensar desigualdades de oportunidades, desde que seja necessária para atender aos valores axiológicos constitucionais.

Credita-se a Neves (2009, p. 66-69), a releitura da noção de igualdade de Luhmann (1998), que compreende o direito como “mecanismo de tratamento igual/desigual”: diferença entre igual e desigual. Para Neves, a consistência jurídica e a adequação social do direito, isto é, a justiça constitucional interna e externa, dependem do princípio da igualdade. A igualdade jurídica ou igualdade perante a lei é substituída pela igualdade na lei. Da igualdade como norma implica a preferência pelo tratamento igual, “exigindo do tratamento desigual uma sobrecarga argumentativa”.

Nesse caso, impõe-se a comprovação de que o tratamento igual em um contexto promove, leva ou mantém o tratamento desigual ilegítimo em outros contextos mais abrangentes, como ocorre especialmente na justificação das chamadas “ações afirmativas”: dada a sedimentação e cristalização de *discriminações sociais negativas* que impedem ou dificultam o acesso a direitos fundamentais, impõe-se a *discriminação jurídica positiva*, para que se afirme o princípio da igualdade. (grifos do autor)

Um dos temores da Advocacia Pública ao celebrar acordos é a possibilidade de violar o princípio isonômico, dedicando a litigantes em situação idêntica diverso tratamento. Este temor é superestimado. O que importa é que o cidadão seja tratado com igual consideração e

respeito, ou seja, que lhe seja garantido tratamento como igual e não necessariamente o mesmo tratamento.

Ocorre que, na prática, raramente existirão casos exatamente iguais, havendo um campo imenso para que a Administração possa avaliar a situação particularizada de cada autor a fim de apresentar e discutir sua proposta de acordo. Sempre que houver a integral similitude deve a Administração dedicar tratamento igualitário aos litigantes, no sentido da adoção de idênticos critérios de balanceamento da situação fática.

Seria demasiado utópico pensar que é possível padronizar o comportamento e o conteúdo dos acordos celebrados pelo Poder Público, que ocorrem hoje a mancheias. Os conflitos são históricos, isto é, irrepetíveis, únicos, singulares e específicos. Diariamente são celebrados inúmeros acordos, em vários locais, por dezenas de Procuradores em atividade nos foros do país e sobre uma diversidade imensa de matérias. Não há, nessa prolixidade contingente de situações, meios de se conhecer os termos acordados. O máximo que se pode intuir é acerca de uma possível padronização para algumas matérias já pacificadas no âmbito administrativo ou judicial, é dizer, em litígios de massa ou repetitivos em que é possível estabelecer um padrão de proposta de acordos.²³⁶ Nesses casos é desejável que não haja discrepâncias relevantes sobre o conteúdo dos acordos do Poder Público, alcançando aos diversos litigantes de forma mais ou menos igual. E até se poderia afirmar que há um direito subjetivo desses ao tratamento igualitário.

A mais grave violação do princípio isonômico, pelo tratamento discriminatório em relação a alguns (ou muitos) administrados, ocorre quando o Poder Público, diante de situações pacificadas na jurisprudência, deixa de propor acordo, permitindo que uns tenham o direito concretizado e outros, não. A conduta administrativa revela-se anti-isonômica quando a Advocacia Geral da União – AGU se omite na criação de condições, por via legislativa, depois da pacificação jurisprudencial, para a solução de todos os casos iguais, nas hipóteses de demandas em massa, conferindo um tratamento diferenciado a pessoas em situação idêntica. Por mera finalidade de caixa, não se estende a todos, indistintamente, os direitos de massa reconhecidos definitivamente pelo Judiciário, com o respectivo pagamento das diferenças devidas.²³⁷

Cogita-se de uma (re)leitura do princípio da igualdade a partir da “não discriminação”. A proibição de discriminação veda qualquer tipo de distinção (preferência,

²³⁶ A edição de instruções normativas e súmulas administrativas sobre matérias pacificadas com orientação e padrões para a realização de acordos seria muito positiva para o incentivo aos acordos do Poder Público.

²³⁷ Sobre o assunto, ver Gazda (2006).

exclusão, limitação ou restrição) entre pessoas que se encontrem em situações similares, sem um motivo razoável e objetivamente proporcional. Na hipótese, a conduta administrativa que distingue alguns administrados, excluindo-os do gozo do direito social já reconhecido, revela-se inconstitucional por afronta ao princípio isonômico, pois, no dizer de Rios (2008, p. 21), a discriminação pode implicar violação ao princípio isonômico de formas variadas.

O direito antidiferenciação, segundo Rios (2008, p. 117), considera ilegítimos tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer seja, mesmo quando pela via indireta, como no caso de leis, decisões ou práticas que, aparentemente neutras, acarretam um impacto desigual sobre um determinado grupo de pessoas.

7.10 A INEFICÁCIA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EMPURRANDO PARA O JUDICIÁRIO A TUTELA DA SEGURIDADE SOCIAL

Uma das principais funções do Estado é cumprir a lei de ofício para salvaguardar o interesse público e os direitos dos administrados. O princípio da subsidiariedade, que norteia a atuação do Estado, determina que o apelo ao Poder Judiciário somente deve ocorrer quando não for possível solucionar administrativamente o conflito de interesses. Em seu sentido negativo, o Estado não deve impedir as pessoas ou os grupos sociais de conduzirem suas próprias ações, é dizer, de desenvolverem tanto quanto possível sua energia, imaginação, perseverança nas obras realizadas tanto em prol do interesse geral quanto do interesse particular; no sentido positivo, o Estado assume o compromisso de incentivar, sustentar e, em última análise, subsidiar, se necessário, os atores insuficientes a desenvolverem suas capacidades e autonomias.²³⁸

Há, entre os atores do direito, notadamente do Direito Administrativo, um senso comum acerca da ineficácia das instâncias administrativas, levando à judicialização de demandas que poderiam ser resolvidas sem a intervenção judicial. A Administração ainda reluta em observar o devido processo legal administrativo, tanto no seu sentido procedimental como substantivo.

Se analisarmos o nível de satisfação, na via administrativa, das demandas relacionadas com benefícios por incapacidade, veremos que é bastante reduzido, na medida da precariedade e rigorismo das perícias médicas realizadas no INSS no sentido de reconhecer a incapacidade, mesmo em casos extremos. Pior ainda é o desempenho administrativo na concessão de benefícios especiais, hoje talvez uma das mais difíceis lutas do segurado, que

²³⁸ Recomenda-se, sobre o Princípio da Subsidiariedade ou o Estado Subsidiário, Millon-Delsol (1993).

invariavelmente recebe a negativa administrativa. A vinculação da Administração Pública ao entendimento jurisprudencial uniformizado mediante a edição de novas Súmulas pelos Tribunais Superiores e pela AGU ainda é um desafio a ser implementado.

O contencioso administrativo não funciona satisfatoriamente. Embora a quantidade de concessões administrativas tenha aumentado consideravelmente nos últimos anos, há ainda um índice muito grande de indeferimentos, dado que é corroborado pelo volume de benefícios previdenciários que é concedido judicialmente (em torno de 10% comparativamente à base total dos benefícios pagos pelo INSS).

O Procurador-Geral Federal Marcelo Siqueira, expressa essa preocupação:

Desde a instalação dos Juizados Especiais em 2002, o volume de benefícios previdenciários concedidos por determinação judicial crescia anualmente, se comparado à base total de benefícios pagos pelo INSS, saindo de um patamar aceitável de menos de 3% para uma estimativa de quase 10% para 2010. Para reverter esse quadro, os procuradores federais que representam judicialmente o INSS se responsabilizaram, com todo o apoio institucional da autarquia e de seus servidores, por fazer chegar diretamente às Agências da Previdência Social, com agilidade, os entendimentos pacificados pelo Poder Judiciário em relação à concessão de benefícios. Com isso, aquele índice estabilizou-se em 2010 no mesmo patamar de 2009, de 8,5%, estancando a tendência de alta verificada em todos os anos anteriores e nos permitindo agora trabalhar para voltar a reduzi-lo gradualmente.²³⁹

A ineficácia do contencioso administrativo do INSS gera conflituosidade. O Poder Judiciário Federal, em especial o Juizado Especial Federal, vê-se colonizado por ações judiciais de indivíduos que têm seus pedidos rechaçados na via administrativa. Há, por assim dizer, uma relativa substituição do INSS, entidade que tem a atribuição legal de conceder e manter os benefícios previdenciários, pelo Judiciário, que passa a ser, anormalmente, o *locus* de concessão desses benefícios, a última esperança dos que deles necessitam e preenchem os requisitos legais.

7.11 CRÍTICA À RETRAÇÃO E À TIMIDEZ DOS ENTES PÚBLICOS EM RELAÇÃO À POLÍTICA CONCILIATÓRIA: O PAPEL DOS PROCURADORES PÚBLICOS E O DEVER FUNCIONAL DE CONCILIAR

A questão seminal deste item reside na dúvida fundada sobre a existência ou não de um dever de análise acerca da possibilidade de uma solução autocompositiva. No âmbito da

²³⁹ Disponível em: <<http://www.anpaf.org.br/portal/procurador-geral-federal-marcelo-de-siqueira-freitas-elabora-artigo-referente-aos-18-anos-agu/>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

advocacia pública vigora um senso comum de que inexistente esse dever inerente ao cargo. Essa equivocada compreensão decorre tanto da cultura litigante que ainda permeia o ensino e a prática jurídica do direito administrativo, quanto da incompreensão sobre o papel do Estado e do Poder Público. Secundariamente, tem-se o receio da responsabilização por um acordo indevido e a falta de estrutura ou minimização do serviço público no Brasil, como fatores que determinam a retração dos Procuradores Públicos diante das políticas conciliatórias no âmbito do Poder Judiciário.

Madureira (2011, p. 16-17) enumera duas motivações teóricas que permitem o acordo com o poder público: 1. o autor da ação ou o cidadão que apresenta um requerimento perante a Administração Pública tem razão, ou seja, é detentor de um direito subjetivo; 2. considerados os custos e os benefícios, a demanda não “vale a pena”.

Na primeira hipótese, quando o administrado tem razão, é dever do Poder Público corrigir o equívoco cometido, até por força do poder/dever de autotutela. Quando a Advocacia Pública depreender que o administrado tem razão, cumpre-lhe assegurar a fruição desse direito tal como ele o teria fruído se a Administração Pública não tivesse se equivocado por ocasião da realização do ato administrativo impugnado. “Por isso o acordo aventado não pode ser implementado sob a forma de transação (que exige concessões mútuas entre as partes), consistindo, portanto, em simples composição do litígio”, diz Madureira (2011, p. 16).

Somente na segunda hipótese é que seria viável a transação, ou seja, quando “a manutenção da ação judicial não vale a pena”. Em outros termos, quando ainda paira uma margem de dúvida sobre a existência ou não do direito do administrado, mas a discussão desse mesmo direito em ação judicial se mostra menos vantajosa (ponderando a relação custo-benefício) do que o encerramento do processo por meio de um acordo.

A doutrina administrativa admite a existência de um dever de avaliar a possibilidade de transigir em todo litígio proposto contra o Poder Público. Tal dever decorre dos princípios da razoável duração do processo, da eficiência e da proporcionalidade, impondo que o Poder Público zele pela celeridade do processo, atue da forma menos onerosa aos cofres públicos e que acarrete menos ônus, transtornos e sacrifícios aos interesses legítimos dos particulares, o que impõe seja, em todos os casos, efetivamente realizada uma análise fática e jurídica da pretensão do cidadão ou ente privado, a fim de identificar, de forma responsável e criteriosa, as situações em que é conveniente ou mesmo obrigatório transigir.²⁴⁰

²⁴⁰ Melhor análise em Souza (2012, p. 175-176) e Gazda (2006), sobre as hipóteses em que, analisada a plausibilidade jurídica e fática do pedido, para os procuradores públicos, a proposta conciliatória deixa de ser uma faculdade para transformar-se em um dever. No mesmo sentido Gama (2005, p. 247), sustentando que a

Pelo poder/dever de autotutela, a Administração tem também o dever de corrigir os seus atos que se mostrem viciados. Se a forma mais breve de corrigir o vício, quando já em curso uma ação judicial, pode ser a composição amigável, é natural que haja um dever de apresentar proposta de acordo pelo advogado público.

Depois de judiciarizado o conflito, não fica obstado, nem dependente de autorização legal, o acordo que tenha por objeto uma pretensão que administrativamente poderia ter sido atendida. Basta boa vontade e maior zelo para com a coisa e o interesse públicos por parte dos representantes do Estado em juízo.

A Administração não só pode como deve negociar, considerando ser a conciliação um mecanismo valioso e imprescindível de governança participativa, uma segunda oportunidade da Administração de cumprir sua funcionalidade e evitar uma condenação judicial, economizando também dinheiro público e assim atendendo ao interesse público.

Trata-se, como salienta Madureira (2011, p. 14-15), de uma questão de legalidade, moralidade e eficiência. De legalidade porque, se a lei autoriza o acordo, e se as condições legais estão satisfeitas, o agente público não pode se furtar a implementá-lo. De fato, o poder público, em princípio, não pode conceder prestações legais àqueles que não se enquadram nas hipóteses legalmente previstas, assim como não pode recusá-las a quem atenda tais requisitos. Igualmente, é uma questão de moralidade, pois ofende a moralidade administrativa persistir em uma postura que se sabe inapropriada, ainda que a pretexto de defender os interesses financeiros do Estado (interesses secundários). É ainda uma questão de eficiência, pois, se é fato que processos custam dinheiro, o poder público não deve mantê-los a não ser com o propósito de assegurar o cumprimento do Direito.

O custo do conflito, tratando-se de disputa que envolve os entes públicos, é uma variável que não pode ser olvidada. O dispêndio de recursos financeiros pode ser um elemento secundário em algumas situações, mas, neste tipo de disputa tem uma importância fundamental. A atuação do Poder Público é norteadada também pelo princípio da eficiência. O desperdício de dinheiro público, sobretudo em momentos de escassez e desequilíbrio entre gastos e receitas, coloca os agentes públicos com a pecha de perdulários e malversadores do erário. Logo, em certos casos, optar pela solução adjudicada mediante sentença estatal é, por assim dizer, um péssimo negócio para o Poder Público.

Assim, a variável econômica, embora não represente um fim em si mesma, conspira favoravelmente à conciliação pelo Poder Público, reduzindo o elevado gasto com a sua

tentativa de conciliação deixou de ser um discricionarismo, na medida em que os contribuintes têm o direito subjetivo a ela.

advocacia contenciosa, que poderia ser melhor utilizada em lides de verdadeiro interesse público. Haveria interesse público no pagamento de vultosas quantias a título de juros moratórios insertos nas condenações judiciais? É certo que não. Os juros milionários que são anualmente pagos pela Fazenda Pública em decorrência de condenações judiciais oneram a coletividade e poderiam ser evitados se, realizada uma avaliação de risco,²⁴¹ 1. não houvesse recalcitrância em atender pleitos legítimos na via administrativa, e 2. procurasse a Fazenda Pública acordar com os demandantes para se eximir dos consectários, satisfazendo as pretensões antes da condenação.²⁴²

Fazer tramitar um processo, com produção de provas, até a solução final, envolve o pagamento, pela sociedade, de insumos, instalações, equipamentos, salários, remuneração de terceiros etc. Cada vez que o juiz, por exemplo, determina a produção de uma prova em um processo, implicitamente, estará ordenando despesa contra os cofres públicos, ou dispondo de recursos públicos, decorrente da atividade coativa tributária (custos sociais do litígio). Estará gerando, ainda, custos privados para as partes, que irão despender tempo e recursos financeiros para recrutar testemunhas, acompanhar perícias, coletar evidências, obter aconselhamento profissional, aduzir argumentos e sustentá-los em juízo. Provocará, ademais, a ocupação da estrutura judicial escassa, em detrimento de outros litígios ajuizados.²⁴³

O comportamento litigioso dos Procuradores Públicos contraria, ademais, a lógica da economia processual norteadora da dinâmica do JEF, que prestigia a sustentabilidade administrativa e judicial, exigindo que todos os atos processuais sejam praticados com o menor dispêndio de tempo e dinheiro.

A Administração Pública passa por uma transição do modelo de repressão para a gestão da correção acordada. Um novo paradigma que aposta no aperfeiçoamento das técnicas consensuais como a mediação e a conciliação e no fim do burocratismo paralisante, no dizer de Freitas (2011, p. 240) “o poder-dever administrativo deixa de ser a expressão deformada

²⁴¹ A AGU, desde 2009, possui norma administrativa que determina a realização de avaliação de risco em cada processo por ocasião do ajuizamento e depois de decisões relevantes (sentença, julgamento de segundo grau e de instância superior).

²⁴² Como bem frisou Gazda (2006), “fica evidente que o Estado-Administração, ao insistir em recorrer de decisões judiciais que seguem precedentes já sedimentados pelas Cortes Superiores e sem qualquer elemento novo que possa implicar alteração do entendimento, não observa os princípios da economicidade e da eficiência, aumentando custos de sua própria estrutura de defesa e do Judiciário, mormente se considerada a possibilidade de propor acordos nesses casos...”.

²⁴³ A Análise Econômica do Direito, em autores como o pragmatista Richard Posner (2010), vinculando o direito e a economia à ideia de consequências que devem ser alcançadas no futuro (os pragmatistas perguntam sempre qual das resoluções possíveis produz melhores consequências), permite contextualizar as influências do gasto público com a manutenção de litígios fadados ao insucesso.

dos desejos do agente político e se alça ao patamar do cumprimento dos deveres republicanos de promoção do bem de todos, com fluidez e em tempo razoável”.

Portanto, é preciso instituir uma política consistente para valorização da postura conciliatória do Procurador.²⁴⁴ Já se disse que o acordo com o poder público é viável quando se presta a corrigir um equívoco da Administração ou quando, considerada a relação custo-benefício, persistir na demanda não se mostre vantajoso. Em ambos os casos, nota-se a existência de um dever do Procurador Federal de buscar a solução conciliatória, seja para corrigir erros, seja para evitar ônus financeiros desnecessários.

O reforço desse dever depende, em boa medida, de decisões políticas dos órgãos superiores. De todo modo, o esforço para a realização de acordo poderia, tal como ocorre atualmente nas carreiras judiciais, ser mais prestigiado para fins de promoção. As premiações por boas práticas deveriam ser incentivadas tendo como enfoque a valorização dos esforços conciliatórios.

Parece adequado intuir que seria imprescindível um maior respaldo dos órgãos superiores da advocacia pública no sentido de não punir o Procurador que apresentou uma proposta em caso um pouco mais limítrofe e dar-lhe mais liberdade de atuação. Sem isso, receia-se que não se avançará muito na matéria. Em contrapartida, é evidente que a autonomia do Procurador não pode ser absoluta, sob pena de se acobertarem casos, ainda que isolados, de fraudes.

É fundamental que, além da ampliação da alçada que permita ao procurador conciliar sem autorização superior, se pense em conferir aos Procuradores a estrutura funcional adequada para possibilitar o exame mais acurado dos processos. O tempo é indispensável para a apresentação da proposta conciliatória. Então, o Procurador, assim como o juiz, precisa dispor de condições de trabalho, sobretudo porque ninguém desconhece que conciliar demanda mais tempo de trabalho do que contestar e recorrer.

Os entraves à política de conciliações por parte do Poder Público são de várias ordens, mas há uma barreira até hoje impermeável, principalmente quando se trata do INSS e da União: a falta de estrutura administrativa adequada. Sabe-se que a estrutura funcional do INSS e das Procuradorias federais especializadas é deficitária para atender à demanda de processos. Esta tem sido uma constante justificativa para o não comparecimento às audiências, a não adesão aos programas conciliatórios e a escassa apresentação de propostas

²⁴⁴ A propósito, ver Vaz e Takahashi (2011b, p. 51-52).

de acordo. Faltam também peritos, contadores e servidores qualificados para análise e elaboração das propostas.

A solução do problema da intransigência do Poder Público em firmar acordos no âmbito judicial pressupõe uma mudança nas políticas institucionais e, em boa medida, de atitudes mais ativas e corajosas dos procuradores públicos. Basta ver que, em algumas localidades, os acordos acontecem e em outras não. A alteração desse cenário em matéria de seguridade social passa pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, especialmente no que tange à cooperação e à comunicação entre o Poder Judiciário e os entes públicos e suas representações em juízo.²⁴⁵

O perfil que hoje se exige do advogado público é de um profissional que tem o dever de estar preparado não para ser o “*winner takes all*” (“vencedor leva tudo”), mas para analisar globalmente a situação de ambos os potenciais contendores (e não somente os interesses do seu cliente) de modo a poder identificar uma solução que seja razoável para ambos, evitando o conflito ou superando-o com menor custo, tempo e desgaste.

Quem mais ganha com o acordo não é a Justiça. Uma composição amigável traz vantagens para as partes e também para os Procuradores Públicos, que, com o acordo, eliminam a necessidade de analisar a sentença, apresentar recurso, fazer contrarrazões, conferir a Requisição de Pequeno Valor (RPV), enfim, ter mais um processo para cuidar por um bom período. É provável que a Justiça tenha um problema de maior congestionamento com menos acordos, mas a ameaça da perda de prazos, todavia, é sempre maior para os procuradores públicos.

Vale destacar aqui uma variável importante e que constitui um sério contributo à retração do Poder Público, qual seja, a demora dos Tribunais Superiores na pacificação de matérias de relevante interesse social. Quanto mais acentuada for a dúvida interpretativa sobre determinada situação de fato ou direito, maior será a dificuldade de os envolvidos chegarem a um acordo. Cada um deles guardará a esperança fundada de ter seu pleito atendido na via judicial. Por isso, principalmente quando a discussão no plano do direito não está serenada pela jurisprudência, têm-se muitas dificuldades em aglutinar os litigantes em torno da ideia do acordo.

Daí porque avulta a importância da rápida pacificação das matérias controversas no âmbito dos tribunais, sobretudo nos tribunais superiores e, no momento em que fixado um entendimento nestas Cortes, a relativa vinculação junto às instâncias ordinárias. De nada

²⁴⁵ Consultar, com maior profundidade, a questão da gestão política dirigida ao diálogo interinstitucional em Vaz e Takahashi, 2011b.

adianta a pacificação, se a insegurança jurídica é alimentada pelos próprios juízes, que não se quedam diante dos precedentes.

Marinoni (2011, p. 182-183) assevera que a previsibilidade das decisões favorece os acordos. “Isso ocorre porque, para chegarem ao acordo, as partes devem estar em situação em que suas vantagens e desvantagens possam ser claramente conhecidas e objetivamente negociadas”. De fato, segurança jurídica, ao tempo em que estimula a ação de um dos envolvidos, também cria condições favoráveis ao acordo a partir da racionalização das vantagens e desvantagens pelas duas partes.

Milhares de processos aguardam julgamento no STF em sede de repercussão geral e também no STJ como processos repetitivos. Nos Juizados Especiais Federais, o número dos processos sobrestados aguardando o julgamento dos paradigmas no STF e STJ já é maior do que os processos em tramitação.²⁴⁶

No campo procedimental, as regras dos arts. 16 e 17 da Lei nº 9.099/95, dispendo sobre a audiência prévia de conciliação, nunca foram observadas na prática do JEF. Com o advento do NCPC (art. 334) e da nova Lei nº 13.140/15 (art. 27), que institui o marco regulatório da mediação/conciliação, inclusive nos conflitos em que é parte a Administração Pública, espera-se que a audiência prévia de conciliação passe a ser uma realidade no procedimento do JEF.²⁴⁷ Sobretudo, porque o NCPC consagra, como princípio fundamental do processo, o dever do Estado, juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público, de promover e estimular a conciliação (art. 3º, §§ 2º e 3º).

²⁴⁶ Na Justiça Federal da 4ª Região, a quantidade de processos sobrestados nos JEFs e TRs é 1,7% a mais que a quantidade em tramitação. Uma relação de 371.250 processos tramitando para 377.723 sobrestados (Fonte: Assessoria de Planejamento e Gestão do TRF4. Dados obtidos do G4).

²⁴⁷ Trata-se deste tema, com maior profundidade, no Capítulo seguinte, item 8.5.

8 JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: SUMARIEDADE, ORALIDADE E CONCILIAÇÃO

A sociedade pós-moderna e, assim, o direito pós-moderno, reescritos os paradigmas abstracionistas e a racionalidade universalizada da modernidade, foram totalmente tomados por transformações que superam as ideias positivistas de unidade, certeza, estabilidade, integridade e coerência, substituídas pelas de incerteza, reflexividade, adaptação, ductibilidade e fragmentação.

Os postulados teóricos e práticos da justiça também começam a ser reescritos e exigem uma evolução. A mitigação de dogmas processuais, hoje incompatíveis com a hipercomplexidade e a fluidez das relações sociais, impõe verdadeiras revoluções interparadigmáticas, tais como a redefinição do monopólio da prestação jurisdicional, dos princípios da demanda, do dispositivo e da coisa julgada.

O culto ao “legalismo formalista”, que corresponde a uma verdadeira ideologia contagiosa ainda com amplo espaço dentro do Poder Judiciário, deve-se a uma complexidade de fatores que começam na influência de uma arraigada cultura sócio-familiar individualista e elitista, passam pela formação acadêmica anacrônica e culminam em uma espécie de “jurisprudência defensivista”, que se esforça por reduzir a demanda de processos a partir de teses processuais que ocupam indevida e ostensivamente o lugar dos julgamentos de mérito. Discutem-se nos julgamentos, sobretudo nos Tribunais, muito mais questões processuais do que substanciais, sendo demasiado o número de processos que são extintos sem exame de mérito, ensejando repetição e novo julgamento. São pejorativamente conhecidos “os processos que andam para trás”.

Vai-se discutir neste capítulo os três princípios estruturantes do JEF: sumariedade, oralidade e conciliação, com o propósito de evidenciar a hipótese central da tese que justamente sustenta a fuga destes princípios na práxis jurisdicional. Notadamente, o princípio constitucional da consensualidade (art. 98, I, CR), que integra a essência dos programas normativos dos Juizados Especiais, aperfeiçoando o direito subjetivo das partes à autocomposição do conflito e, portanto, o dever do Estado-Juiz de proporcionar mecanismos procedimentais adrede constituídos para este fim, está carente de concretude, devido à influência do modelo ordinário da Justiça Federal.

No derradeiro item, apresenta-se uma proposta de generalização da audiência prévia de conciliação no JEF, a qual já era prevista nos arts. 16 e 17 da Lei dos Juizados Especiais e, agora, tem assento no Novo Código de Processo Civil e na recentíssima Lei de

Mediação/Conciliação. A ideia, traduzida no incremento da oralidade no JEF, é realçar a existência de um poder-dever da advocacia pública que torna obrigatória a análise da possibilidade de conciliação e, em sequência, sustentar a necessidade de se conferir ao Poder Público maior prazo para o estudo técnico dos casos, contribuindo assim para o sucesso das políticas conciliatórias no sistema do JEF.

8.1 O JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E A INFORMALIZAÇÃO: UM METADESAFIO AINDA PENDENTE DE CONCRETIZAÇÃO

Na sua práxis, o JEF, criado sob a inspiração sociológica e normativa da informalização (art. 2º da Lei nº 9.099/95), encontra sérias dificuldades para superar a ordinarização, o formalismo e o processualismo que caracterizam o nosso processo civil por influência tardia do ancestral procedimento romano formal, estruturado como um sistema de procedimentos escritos, impessoais e altamente burocratizado. Dizendo de outro modo, verifica-se mais o apego ao processo e ao rito do que ao caso concreto e suas circunstâncias: menos o desejo de pacificação do conflito de um modo informal, rápido, direto e lógico, mais o “desvirtuamento” na dinâmica processual pela manipulação sistemática dos recursos judiciais.

Um dos seus idealizadores, Aguiar Júnior (2000, p. 16), advertia para a necessidade de se criar uma cultura de informalidade como condição de sucesso do JEF.

É tão grande o nosso apego ao formalismo que, se não houver preocupação constante com as características do sistema, em pouco tempo a mesma rotina estará presente nos Juizados, com audiências marcadas para meses de distância, quando poderia sê-lo para alguns dias, processos recheados de documentos e despachos, audiências com longo registro de todos os detalhes, sentenças demoradas, formalidades inúteis e nulidades infundas.

Faticamente, no JEF, ainda são comuns condutas judiciais que constituem entraves ao acesso à jurisdição. Práticas que burocratizam o ajuizamento das demandas criando exigências que não estão previstas no próprio CPC, tais como requisitos especiais para a petição inicial, para a procuração, para realização de perícias, para o recebimento do pagamento etc, contributos indesejáveis e obstativos da efetividade da tutela jurisdicional, como a vedação da sua antecipação, por exemplo.

Fica-se, no alcance desta tese, com alguns aspectos dos quais derivam imposições evolutivas no sentido da implementação de uma política de autocomposição, condição para a

democratização do acesso à ordem jurídica justa e respeito ao princípio da consensualidade, que tem assento constitucional.

O JEF foi idealizado para ser um *locus* privilegiado de democratização do acesso à justiça e de superação do modelo tradicional exclusivamente heterocompositivo de tratamento de conflitos, condição estabelecida para o desenvolvimento do seu papel no Estado Democrático de Direito: a (re)afirmação da cidadania republicana e a implementação de direitos fundamentais, rompendo as barreiras sociais, políticas, técnico-jurídicas, econômicas, culturais, estruturais e organizacionais.

As características procedimentais dos Juizados Especiais, tais como o sistema recursal menos complexo e mais curto, a abolição de privilégios à Fazenda Pública, o pagamento independente de precatório (por meio de RPV), a atenuação do princípio da demanda, o processo decisório simplificado, a sentença líquida e a prioridade da resposta consensual são apanágios dirigidos a proporcionar um *iter* processual temporalmente redimensionado, não mais interessado em juízos de certezas e verdades reais. Representam o esforço para a consecução de uma tutela judicial diferenciada, aderente à nova temporalidade da realidade social, marcada pelo imediatismo e, acima de tudo, substancializada. Uma alternativa para o procedimento comum ordinário que traduz a emergência do compromisso com a efetivação dos direitos materiais, superando aquela ideia de neutralidade do processo em relação a estes.

Assim idealizado, o microsistema do JEF nasceu regido por programas de princípios com assento constitucional, adrede dirigidos à estabilização das expectativas sociais e à promoção dos objetivos redistributivos que inspiram a ideia de justiça social: dignidade humana, liberdade, igualdade, democratização e cidadania, compromissos constitucionais do Estado Democrático de Direito, imbricados e interdependentes. A esse desiderato, revela-se fundamental que a semântica da práxis jurídica do JEF atenda aos imperativos categóricos contidos nos princípios constitucionais de fundo procedimental e substancial que estruturam os Juizados.

Uma breve passada de olhos no art. 98, I, da CR²⁴⁸ permite ver que a estrutura principiológica constitucional e fundante do procedimento do Juizado Especial está baseada em três mandados ali contidos, a saber: sumariiedade, oralidade e consensualidade. São apenas

²⁴⁸ Art. 98. “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a *conciliação*, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos *oral* e *sumaríssimo*, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. (grifo nosso)

estes os princípios constitucionais processuais estruturantes típicos do Juizado Especial. Simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual (art. 2º da Lei nº 9.099/95) constituem modos de ser de qualquer procedimento. São critérios operacionais do procedimento, tal como quis o legislador e sem assento constitucional.

Não se trata de criação de uma nova principiologia, mas sim do desenvolvimento dos princípios já consagrados no processo civil tradicional, asseverou Dinamarco (1985, p. 105) que:

o processo das pequenas causas insere-se no contexto de um processo civil já existente, com as suas tradições e os princípios já consagrados – expressões de um mundo cultural e das preferências axiológicas neles desenvolvidas e instaladas. Bem por isso é que, deliberadamente, a lei fala em critérios informativos do novo processo, evitando apresentar princípios que supostamente fossem de sua exclusividade.

O panprincipiologismo é um fenômeno interessante. Mesmo quando o legislador prescreve critérios a seguir, a doutrina logo os transforma em princípios. Streck (2011, p. 535) alerta para “casos curiosos, como a principiologia retirada do art. 2º da Lei nº 9099/95, em que setores da doutrina transforma(ra)m explicitamente critérios – a expressão é da lei – em “princípios”.

Nada obstante a vinculação do Juizado Especial Federal aos princípios informadores e estruturantes do procedimento (sumariedade, oralidade e consensualidade), verifica-se que, em sua maioria, os processos são impulsionados para a resposta adjudicada e há uma manifesta tendência de ordinarização, com a dispensa de audiência e opção pela forma escrita, com sensível ampliação procedimental, o que representa também barreira à consensualidade.

Aguiar Júnior (2000, p. 17-18), lá no nascedouro dos Juizados Especiais, esforçava-se em demonstrar que o modelo do JEF fora criado para que todas as questões fossem resolvidas em uma única audiência.²⁴⁹ E o juiz seria apenas o supervisor dos trabalhos, podendo acompanhar, em uma sessão, várias audiências ao mesmo tempo, com o auxílio de conciliadores, isso porque o trabalho sempre deveria estar focado na conciliação.²⁵⁰

Recente pesquisa do CJF-CEJ, realizada pelo IPEA, detectou que as audiências exclusivas para conciliação não são práticas usuais nos JEFs.²⁵¹ Em 49% dos JEFs

²⁴⁹ Lei nº 9.099/95, art. 28: “Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença”.

²⁵⁰ “Do ponto de vista do processo, parte-se da idéia de que tudo pode ser resolvido em uma audiência, de que o recurso é um só e de que podemos ter decisões sucintas” (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 18).

²⁵¹ Ao menos não constituem prática disseminada no Juizado Especial Federal, embora se saiba que vem ganhando vulto: nos anos de 2012 e 2013, o JEF da 4ª Região designou 48.883 e 48.774 audiências conciliatórias, respectivamente (Fonte TRF4, APLANG).

pesquisados, não é realizada a audiência de conciliação. O reflexo desta tendência é o reduzido número de sentenças homologatórias de acordos (11,9% do total).²⁵²

Com efeito, o novo paradigma de justiça instituído pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a matriz positivista, superou a ideia do direito como sistema de regras e a racionalidade lógico-formal causa e efeito, trazendo a lume o discurso constitucional dos *princípios*, cujo papel é representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade), até então sequestrado pelo positivismo e, muito importante, a acomodação da moral e da ética ao direito.²⁵³

Streck (2011a, p. 311) afirma que a Constituição é, "em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico". E mais, se referindo ao pensamento de Paulo Bonavides, afirma "há de se ter claro que os princípios são deontológicos (e não apenas axiológicos) e *"governam" a Constituição, o regime e a ordem jurídica*. Não são os princípios apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência" (2011a, p. 312).

Com isso, Streck (2011a, p. 311-313) pretende ressaltar um ponto crítico da construção do Direito. Vale frisar, o esquecimento da "força normativa da Constituição". Seja no campo legislativo, seja no campo das decisões judiciais, é a Constituição e seus princípios que irão governar.

Dworkin (2011, p. 56-7) considera os princípios mecanismos de fechamento do sistema, e não de abertura. Justamente por essa propriedade fundamental, identifica-os, respondendo aos postulados positivistas contrapostos, como obrigatórios e vinculantes. Corolário deste atributo é a obrigatoriedade para o legislador e para o juiz, que devem levá-los em consideração (a sério!), inclusive para admitir que possam prescrever um resultado particular (segundo os positivistas, somente as regras ditam tais resultados). O caráter vinculante e obrigatório dos princípios reside na impossibilidade de o juiz, diante deles, fazendo uso de um discricionarismo – que não tem –, deixar de aplicá-los sob o pretexto de serem meramente programáticos e otimizadores. O caráter imperativo dos princípios, como *topoi* hermenêuticos, decorre mesmo da sua natureza deontológica (e não apenas axiológica). Sua cogência dimana da força normativa da Constituição.

²⁵² Pesquisa CJF-CEJ – Justiça Federal (2012, p. 135).

²⁵³ "Com efeito, se o constitucionalismo compromissário e diretivo altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo, e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se "desvencilhar" do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento substantivo, próprio do esquema sujeito-objeto (nas suas duas faces, objetivista e subjetivista), tinha que ceder lugar a um novo paradigma compreensivo-interpretativo" (STRECK, 2003, p. 280).

8.2 O ENUNCIADO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA SUMARIEDADE MÁXIMA NO MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

A questão da sumariedade está intimamente imbricada com a questão da temporalidade. Para a teoria dos sistemas sociais, o tempo é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. Luhmann (1985, p. 166-177) evidenciou a estreita relação entre o tempo e o direito, enquanto estruturas de expectativas. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. “A positividade, isto é, o princípio da variabilidade estrutural do direito, só se torna compreensível quando se vê o presente como uma consequência do futuro, ou seja, como decisão” (p. 168).

Para Luhmann, o passar do tempo só pode ser concebido enquanto redução inexorável da complexidade. “O que passou não pode mais ser mudado”. Mas se pode aproveitar a estabilização de estruturas apropriadas de expectativas para aumentar a complexidade do futuro e a seletividade do presente, fugindo do acaso e racionalizando as ocorrências como escolhas sensatas entre as várias possibilidades. Por isso, o presente, mais do que um simples dar sentido à experiência imediata, representa a possibilidade de seleção (redução de complexidade) de possibilidades para que se criem passados futuramente úteis (LUHMANN, 1985, p. 170).

Para a teoria dos sistemas, o problema temporal, ou seja, sobre o tempo disponível para os processos decisórios, é crucial. O tempo é escasso e apenas limitadamente parcelado para as organizações que realizam esses processos, atuando seletivamente sobre metas objetivas e sobre as informações que podem processar. Cumpre à experiência do tempo prevenir raciocínios complicados e também aqueles que poderiam preparar mudanças estruturais abrangentes. A receita para a otimização do tempo, é dizer, para se obter mais tempo para decidir, reside no ordenamento no sentido material das premissas decisórias, o que se pode encontrar também no processamento eletrônico (virtualização) das informações.²⁵⁴

Rocha (2006, p. 195), estudioso da teoria sistêmica de Luhmann, a partir da ideia de tempo social, resume o novo paradigma decisório do jurista na sociedade contemporânea:

A sociedade está mudando numa velocidade muito grande, forçando que o jurista tenha consciência de que só seremos sujeito da construção do tempo histórico se tivermos a velocidade, a capacidade de decidir, a partir de teorias que levem em conta essa complexidade: os paradoxos e os riscos que

²⁵⁴ Para Luhmann (1985, p. 174), “os processos decisórios organizados são, portanto, aquelas instituições sociais que convertem um horizonte temporal aberto em pressão do tempo, e que podem atingir uma solução desse problema com um melhor ordenamento material de suas premissas decisórias”.

começam a surgir a partir daí. O tempo que é o tempo do Direito na teoria de Ost e de Luhmann, talvez amanhã não seja o tempo do Direito, porque o tempo está escapando de nossas mãos. É preciso que se tenham mecanismos efetivos de tomada de decisões para se poder produzir futuro. O grande problema quando não se controla o tempo é que os riscos de ampliação da complexidade se ampliam. Ou seja, que as decisões jurídicas não possam enfrentar os problemas que se pretende temporalizar, perdendo o controle dos processos de desinstitucionalização e reinstitucionalização da sociedade.

O tempo na sociedade de risco (Beck, 2011), caracterizada pela complexidade, insegurança e contingências quanto ao futuro, é um tempo abreviado, de imediatidade, que não se compadece com as delongas, e assim o tempo do Poder Judiciário precisa também ser redimensionado, sem que se renda às novas temporalidades voltadas à aceleração efficientista comum no sistema econômico.

Nesse deslocamento espaço-temporal típico da pós-modernidade e da globalização, o processo decisório, que se compreende na atuação judicial, precisa adaptar a sua dinâmica, sendo demandado a atuar em *tempo real* (material), enquanto direito subjetivo das partes. O *tempo jurisdicional*, naturalmente alongado, tende a ser, invariavelmente, instrumento violador de direitos, postergando o seu exercício, aniquilando o seu núcleo essencial ou agravando as lesões que porventura estejam esses direitos sofrendo ou ameaçados de sofrer. Por isso, são necessárias mudanças estruturais.

O processo da modernidade, enquanto ciência, não deixou de incorporar as suas idiosincrasias. O procedimento ordinário sempre esteve a serviço das classes dominantes garantindo o *status quo*. Para os seus conflitos, estas sempre conseguiram procedimentos diferenciados, quando não os resolvem fora do Poder Judiciário.

Silva (1997) mostrou que o procedimento ordinário, na busca dos juízos de certeza, transformava os juízes em meros aplicadores da lei (responsáveis apenas por fazer atuar a vontade da lei), sobretudo antes do advento da antecipação de tutela. É, pode-se assim dizer, expressão do positivismo exegético, que encerra a atuação judicial numa pretensa neutralidade, despida que fica da função hermenêutica. Vale trazer a expressão do seu pensamento:

Imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo processo de conhecimento (ordinário) sejam a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de *pura inteligência*, a *vontade* do legislador, confirmando o pressuposto de que o juiz é tão-somente a *boca que pronuncia as palavras da lei* ou, como disse Chiovenda, o juiz *atua a vontade concreta da lei* (Instituições, cit. I, p. 42), nunca sua própria vontade (SILVA, 1997, p. 198). (grifos do autor)

E mais, tratando da desvinculação entre direito e sociedade, Silva (1997, p. 198) lembrava que o processo ordinário, construído sobre silogismos rígidos e princípios absolutizados, estará fadado ao insucesso sempre que as situações sociais sofram modificações profundas, limitado que fica na ordenação de novas situações sociais.

Hannah Arendt (2009, p. 35-39), na sua obra *A vida do espírito*, talvez o mais instigante dos livros que escreveu, no capítulo da aparência, enfrenta o problema da certeza. Parte de alguns pressupostos que assim podem ser resumidos: "nada do que é, na medida em que aparece, existe no singular; tudo que é, é próprio para ser percebido por alguém", de forma que Ser e Aparecer coincidem: o ser vivo é mera aparência. Não é o homem, mas são homens que habitam este planeta. "A pluralidade é a lei da terra". Os homens e os animais não estão no mundo, eles "são o mundo". São sujeitos e objetos "percebendo e sendo percebidos ao mesmo tempo". Existe uma diversidade imensa de aparências no mundo. "Aparecer significa sempre parecer para outro, e esse parecer varia de acordo com o ponto de vista e com a perspectiva dos espectadores".

A antiga dicotomia metafísica entre Ser (verdadeiro) e (mera) Aparência, diz Arendt, está fundamentada na *primazia da aparência* e resolve-se na medida em que "somente podemos escapar da aparência para a aparência". Esta premissa levou Arendt (2009, p. 43) a afirmar que "o mundo cotidiano do senso comum, do qual não se podem furtar nem o filósofo nem o cientista, conhece tanto o erro quanto a ilusão. E, no entanto, nem a eliminação de erros, nem a dissipação de ilusões pode levar a uma região que esteja além das aparências". E arremata Arendt (2009, p. 43):

Para dizer o mínimo, é altamente duvidoso que a ciência moderna, em sua incansável busca de *uma* verdade por trás das *meras* aparências, venha a ser capaz de resolver este impasse; quanto mais não seja porque o próprio cientista pertence ao mundo das aparências, embora sua perspectiva com relação a esse mundo possa diferir da perspectiva do senso comum. (grifos do autor)

É certo que o processo não tem como ser muito abreviado, pois é preciso garantir o exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal. A segurança jurídica pressupõe tempo razoável. Portanto, as soluções devem ser encontradas num ambiente que preserve os direitos e garantias dos litigantes: não se pode suprimir etapas essenciais à defesa técnica e à ampla produção probatória, ou, simplesmente, eliminar instâncias recursais.

O tempo, indispensável ao processo, que dele dependente para a sua regular tramitação, com o pleno exercício dos direitos e garantias dos litigantes e a necessária maturação da futura decisão, quando foge dos padrões de razoabilidade acaba sendo um inimigo da efetividade da prestação jurisdicional. A máxima de que a “justiça tarda mas não falha” nem sempre é verdadeira.

Como bem frisou C. Rocha (1993, p. 37), “às vezes a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda”. E falha, digo eu, porque há direitos cujo reconhecimento e exercício são impostergáveis no tempo. Direitos que, por sua natureza imanente à própria existência e dignidade da pessoa, não podem esperar. Ou a vida, a liberdade, a igualdade, os meios de subsistência, apenas para exemplificar, podem pacientemente esperar por anos até que sejam tutelados? É evidente que não. A demora em tutelar esses direitos representa, por si só, a sua negação, assim como grave violação ao princípio do acesso à ordem jurídica justa.

Ninguém ignora que o grande inimigo da efetividade da tutela jurisdicional é o tempo, a demora na solução definitiva do litígio. O tempo, ainda que se revele indispensável à segurança jurídica das decisões e à garantia dos direitos fundamentais assegurados aos litigantes, é inimigo da eficácia da tutela jurisdicional. Nicolò Trocker (1974, p. 276-277), com acerto, afirmou que

a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.

O desafio é sempre encontrar o ponto de equilíbrio. Se, por um lado, o tempo do processo intrinsecamente é um tempo que tem sido ordenado para responder ao anseio social de previsibilidade, certeza e segurança; por outro, reivindicações contemporâneas desvelam estruturas processuais anacrônicas, cuja marca principal é a morosidade da prática da Justiça e a inefetividade das decisões.

Destaca-se, sobre o tema, o trabalho de Saldanha (2012, p. 242-3) sobre a revolução que representa a sumariedade da jurisdição. Com propriedade, a autora assevera:

Ritos complexos e ordinarizados podem revelar que a política judiciária reflete a escolha pela segurança e pela certeza. Ritos mais rápidos e desformalizados revelam preocupação em fazer o processo acompanhar o ritmo das relações da sociedade contemporânea e a necessidade de as

instituições jurídicas inovarem, como decorrência da capacidade de perdoar o que foi feito e que não pode mais ser desfeito, como também da capacidade de prometer como forma de enfrentar as incertezas de uma época complexa e caótica, como ponderou Hannah Arendt.

A ideia que norteou a concepção do JEF foi superar o paradigma racionalista moderno dos juízos de certeza, que inspirou a ordinarização do processo, implantando um sistema judicial comprometido com a sumariedade processual e material. A sumarização, como princípio do procedimento do JEF, em tese moldado para a solução de conflitos de menor interesse econômico, representa o desejo de todos os atores judiciais de ver um *iter* procedimental reduzido no tempo, com as fases postulatória, instrutória e decisória abreviadas e com instâncias recursais simplificadas e reduzidas.²⁵⁵

Ao instituir o procedimento sumariíssimo (mais do que sumário, portanto) e pautado pela oralidade (art. 98, I, CR) para os juizados especiais, a vontade política (axiologia) condensada no texto legal (normatizada) era descolar a solução dos conflitos de menor conteúdo econômico de um ideal inatingível de verdade real e de certeza, que havia contaminado o nosso processo civil ordinário.

Mendes (2011, p. 10) lembrava que “Os procedimentos estabelecidos são tão expeditos que seria impróprio qualificá-los de ‘rito sumário’, pois, em rigor, não haverá maior rito”. E aduzia que: “os atos são, portanto, marcados pela simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade: a primeira audiência deverá ser marcada em 30 dias após instaurado o processo. Se obtida a conciliação já na primeira audiência, será proferida sentença com eficácia de título executivo”.

Mas a práxis, novamente, não se deu como quis o criador. A evolução dos tempos médios entre distribuição e sentença no JEF e Turmas Recursais vem aumentando na mesma proporção do acervo e da taxa de congestionamento. O tempo médio entre a distribuição e a sentença era de 162 dias em 2012, passando para 237 dias em 2015. A taxa de congestionamento, no mesmo período, aumentou de 48,38% para 80,34%. Os gráficos abaixo mostram isso:

²⁵⁵ Não mais se justificam, no contexto atual hipermoderno, cuja temporalidade se dimensiona em tempo real, as prerrogativas de prazos dobrados e em quádruplo para a Fazenda Pública recorrer e contestar; muito menos o reexame necessário das sentenças que lhe são desfavoráveis, mera desconfiança em relação ao julgador de primeiro grau e à atuação da advocacia pública.

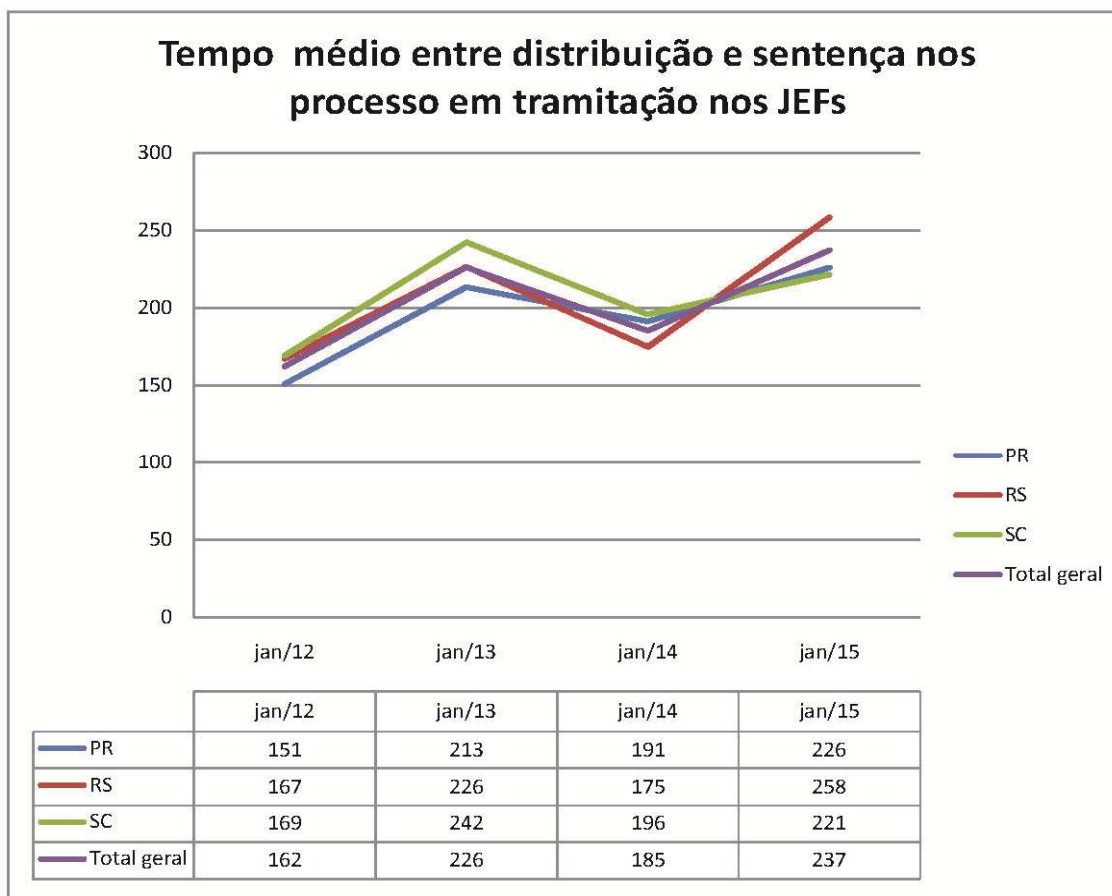
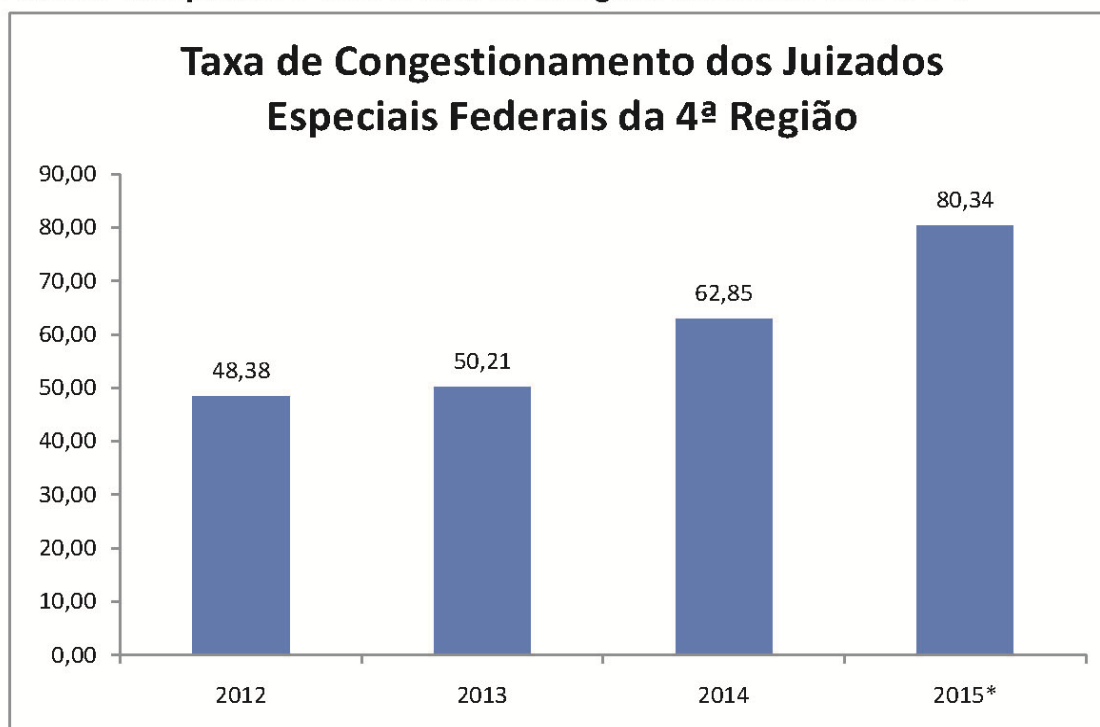
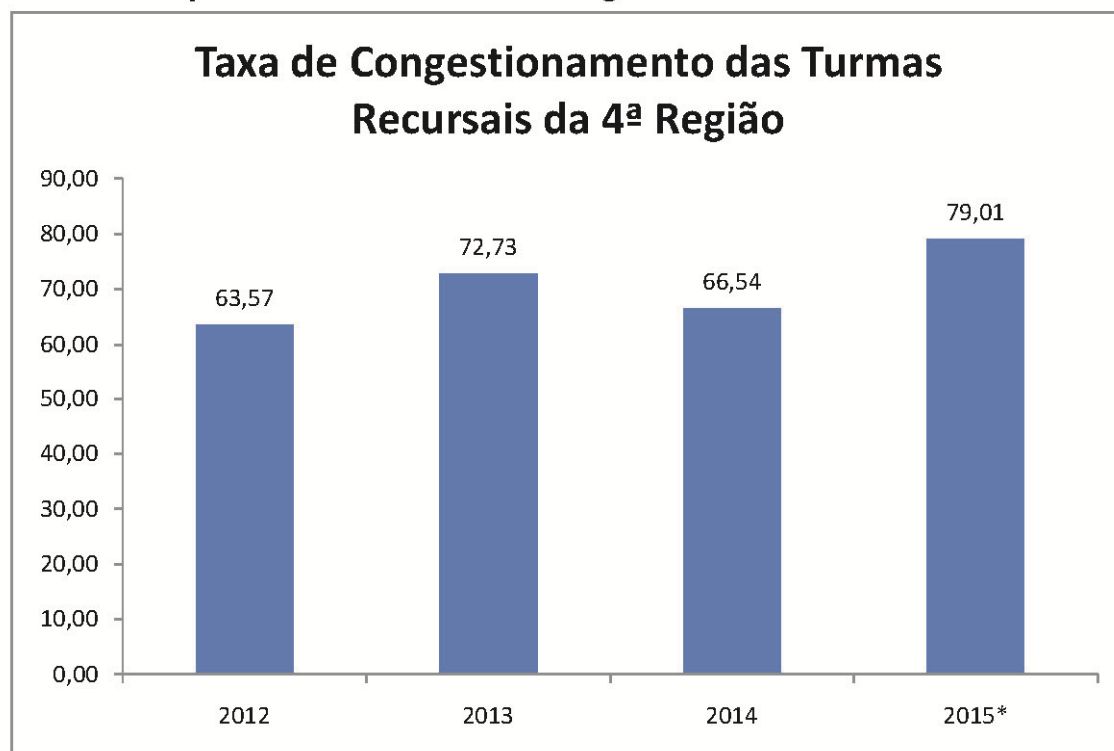


Gráfico comparativo com a taxa de congestionamento nos JEFs



* informação até 06/2015

Gráfico comparativo com a taxa de congestionamento nas TRs



* informação até 06/2015

8.4 O ENUNCIADO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE NO MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E AS REGRAS RESPECTIVAS

Para superar a crise da informalidade no âmbito do JEF, que afeta tanto a duração do processo como a efetividade substancial (como se decide e o que é decidido), uma das hipóteses é levar a sério o princípio constitucional da consensualidade (art. 98, I, da CR), implementado pelas Leis n.ºs 9.099/95 e 10.259/01 e, também, pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse (Resolução n.º 125/CNJ), dispondo que aos órgãos do Poder Judiciário incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados métodos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Bem observado, o art. 98, I, da CR traz a consensualidade ao nível de princípio fundamental estruturante dos Juizados Especiais. Na sua primeira parte, assevera que são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Inverte, propositalmente, a ordem das funções: a conciliatória precede à decisória e à executória, desvelando o caráter

condicional da fase decisória. Depois, em reforço, dispõe que é permitida, nas hipóteses previstas em lei, a transação. Mais explícito não poderia ter sido em termos de normatividade.

Na Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, aplicável ao JEF no que não conflitar com sua lei própria, ao princípio constitucional da consensualidade corresponde a regra que determina se busque, “sempre que possível, a conciliação ou a transação” (art. 2º).

Disciplinando o procedimento do JEF, dispôs expressamente o art. 3º da Lei nº 10.259/2001 que lhe compete processar, “*conciliar e julgar causas...*” (grifei). Demais disso, determina o art. 16 da Lei nº 9.099/95 – aplicável subsidiariamente ao rito do JEF (art. 1º da sua lei de regência) – que a sessão de conciliação seja realizada no prazo de quinze dias após o registro do pedido, independentemente de distribuição e autuação.

Do mesmo modo, o art. 17 da referida lei determina que, comparecendo ambas as partes, seja instaurada desde logo a sessão de conciliação, mesmo antes do registro do pedido e da citação, que ficam dispensados. Há, nesses preceptivos legais, alguns aspectos a serem destacados: 1. antes de julgar a causa, o juiz deve tentar a conciliação; 2. a obrigatoriedade da realização da audiência (o legislador utilizou a expressão sessão para possibilitar que várias conciliações possam ser realizadas em uma única assentada); 3. a possibilidade de realização de conciliações pré-processuais, ou seja, antes mesmo do ajuizamento da ação.

Vale destacar, a confirmar que a tônica procedimental reside na consensualidade, a letra do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 10.259, de 2001:

Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, [...], ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Por fim, tem-se que um dos objetivos do NCPC (Lei nº 13.105, de 18 de março de 2015) é a solução consensual dos conflitos. Embora o Código de Processo Civil, como norma geral de processo, somente tenha aplicabilidade subsidiária ao procedimento dos Juizados Especiais, suas regras fundamentais, no que sejam compatíveis com os princípios deste sistema, ser-lhe-ão aplicáveis. Entre as normas fundamentais do processo civil, está expresso que:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Com esse arcabouço legal, que chega a ser redundante, parece não haver mais espaço, nem motivo, para condutas refratárias à conciliação/mediação, tanto por parte dos juízes, como dos advogados (públicos e privados), defensores públicos e ministério público.

Sendo a solução consensual compromisso do Estado, que está obrigado a criar procedimentos para promovê-la; dos juízes, que estão obrigados a incentivar as partes a buscá-la; dos advogados, que devem orientar seus clientes para a sua prévia tentativa, fecha-se o círculo em torno da autocomposição, deixando esta de ser uma mera possibilidade para se tornar um dever inerente às atribuições de cada um destes atores do processo judicial.

8.4 A FUGA DO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA ORALIDADE: SEM AUDIÊNCIA NÃO HÁ COMUNICAÇÃO (DIÁLOGO) E, POR CONSEQUENTE, FICA DISTANTE O CONSENSO

A oralidade é estruturante do princípio do devido processo legal na organização de qualquer espécie de processo democrático, estando intimamente ligada com outros princípios e critérios estruturantes: contraditório, identidade física do juiz, imediatidade, concentração e livre convencimento. Ela serve como instrumento para uma adequada prestação jurisdicional e para que se permita uma participação mais efetiva dos litigantes no processo.

Funciona o princípio da oralidade como componente racional da gestão democrática do processo, um princípio estruturante porque expressa fundamentalmente a fórmula democrática de construção das decisões.²⁵⁶ Constitui um traço distintivo e uma garantia jurídica da tradição do nosso processo sumariíssimo, prevalecendo a palavra falada diante da palavra escrita. A oralidade representa a garantia da celeridade e de uma resposta adequada ao formalismo excessivo.

O movimento a favor da oralidade responde a duas necessidades históricas fundamentais do processo contemporâneo: 1. a realização das garantias judiciárias do cidadão, apanágio da revolução liberalizante do processo, e 2. o reforço dos poderes do juiz inerentes

²⁵⁶ Esta fórmula exige a efetiva participação das partes na elaboração do provimento e transforma o processo em um abrangente ambiente argumentativo. Como bem refere Marques (2012, p. 516), a importância da oralidade não está associada a uma eventual desconfiança na capacidade técnica ou na imparcialidade do juízo, mas sim concentra-se "na consciência de que a sociedade moderna se caracteriza pela pluralidade, e que, nela, convivem harmonicamente visões distintas de mundo. Essa consciência se contrapõe àquele ideal comunitarista de que a sociedade deve construir um projeto único, homogêneo, capaz de prover o bem comum".

ao processo publicístico moderno, que se consolidam em razões práticas: busca da celeridade, imposição da publicidade das audiências, julgamento fundado na livre convicção do juiz e imediação, possibilitando a solução de dúvidas a partir do esclarecimento e da comunicação pronta das partes.

Em um sentido substancial, no dizer de Ribeiro (2010, p. 36-38), “a oralidade está imbricada diretamente com o conceito social de processo, visualizado externamente como um instrumento de bem-estar social, capaz de garantir o acesso efetivo a uma ordem jurídica justa”.

Esse significado garantista está expresso no art. 98, I, da Constituição da República. Na Lei n° 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, o princípio constitucional da oralidade foi recepcionado com a seguinte disciplina: "Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".²⁵⁷

Corolários da oralidade preconizada para o Juizado Especial, encontram-se, entranhados no seu *iter* procedimental: 1. a possibilidade de deduzir o pedido inicial oralmente (com redução a termo); 2. a outorga de mandato verbal ao Advogado; 3. decisão de plano das questões incidentais e irrecorribilidade das interlocutórias; 4. faculdade de o réu deduzir contestação oralmente; 5. relatório informal sobre inspeção de pessoas ou coisas; 6. a obrigatoria oitiva das partes na audiência de instrução e julgamento, seguida da colheita das provas e sentença; 7) oposição oral de embargos declaratórios; 8) solicitação oral da execução da sentença.

Observa-se, no microssistema do JEF, que a sobrecarga de trabalho, além de outros efeitos que não interessam a esta tese, produz consequências indesejáveis do ponto de vista tanto procedimental como material: 1. induz os juízes e servidores à valorização da redução do número de processos a serem julgados, a qualquer custo; 2. pressiona os litigantes a aceitarem acordos com supressão unilateral de direitos; 3. implica decurso qualitativo da prestação jurisdicional com a supressão da devida fundamentação e o aviltamento dos direitos, e 4. suprime o direito à audiência e à oralidade e seus corolários: direito de conhecer e falar com o juiz, direito a praticar os atos processuais oralmente e direito à consensualidade

²⁵⁷ A oralidade do Juizado Especial é a mitigada, na medida em que, conquanto embora seja obrigatória a presença das partes na audiência para se fazerem ouvidas e poderem expor suas posições, a reclamação é atermada (reduzida por escrito), há registro da prova, as decisões são escritas e fundamentadas, havendo possibilidade de recurso, que deve seguir a forma escrita.

refletida, que pressupõe a ampla oportunidade de argumentar e sustentar a validade da pretensão vertida. Esta última consequência merece uma análise mais acurada.

Está-se assistindo a uma crise da oralidade, em boa medida causada por problemas de Administração da Justiça, além de uma formação jurídica assentada no pressuposto da escrita, na sobrevalorização da forma diante do conteúdo, como se o formalismo assegurasse as tão desejadas quanto inacessíveis certeza e segurança jurídica. Tardia, a Justiça se apressa e atropela o devido processo legal, fazendo tábula rasa da Constituição e da lei ordinária e vilipendiando as garantias processuais constitucionais. De fato, na prática do JEF, a oralidade tem sido substituída por procedimentos escritos. O diálogo, portanto, se formaliza no papel impresso, desaparecendo como tal.

Não fosse suficiente a gravidade do desprezo ao mandado constitucional, essa regressão se dá com prejuízos de várias ordens, tais como a perda da legitimidade pelo distanciamento da sociedade e a descrença na resposta judicial. A falta da oralidade limita a busca da resposta consensuada, que pressupõe o contato entre as partes e destas com o juiz, procurando reconstruir, compreender e resolver o conflito que os une.²⁵⁸

Conduzindo o processo para uma forma escrita, os nossos juízes de Juizado Especial Federal, acostumados a dicotomizar matérias de fato e de direito, atenuam o imperativo categórico da oralidade e suprimem, por conveniência de pauta e economia de tempo e para o cumprimento de padrões eficientistas, a convocação das partes para a audiência (momento, por excelência, ao convite às partes para uma composição amigável).

A audiência, pode-se assim dizer, proporciona uma ampliação do horizonte de alternativas viáveis à solução do conflito. Conspira no sentido de uma abertura para questionamentos quase ilimitados de parte a parte, alargando substancialmente as possibilidades de definição dos contornos da controvérsia, e, por conseguinte, "as perspectivas para uma compreensão mais rica do conflito entre os litigantes, assim como para uma solução normativamente mais adequada ou equânime da causa" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002, p. 36-7).

Sem audiência – como encontro dos conflitantes – não há oralidade, nem oportunidade de serem ouvidas as partes, muito menos de se chegar a uma solução consensual.²⁵⁹ Sonegado o direito de participação no processo, abre-se mão da compreensão a partir da faticidade e da busca da unidade na diferença pelo diálogo.²⁶⁰

²⁵⁸ Ver, sobre este aspecto: Bolzan de Moraes e Spengler (2012).

²⁵⁹ A confirmar a importância que o nosso processo civil confere à audiência e à conciliação, tem-se que, no processo ordinário, a tentativa de conciliação das partes na audiência de instrução e julgamento constitui

O diálogo, para Luhmann (1985, p. 89-90), representa um sistema social que pressupõe um encadeamento temporal para a redução de complexidade e cria condições para o controle recíproco. Para tanto, a audiência judicial, parcialmente oral e parcialmente por escrito, possibilita uma *constelação*, na qual entram em ação o *mesmo conhecimento* da matéria e a mesma signa em papéis *diversamente* diferenciados em termos funcionais.

Os advogados controlam-se reciprocamente no papel de representantes das partes; de sua parte, cada um deles controla o juiz que, por seu lado, é capaz de acompanhar criticamente a apresentação dos advogados. Uma outra questão é até que ponto isso permite um controle efetivo sobre os *motivos* da decisão; mas pelo menos isso resulta em que os motivos tenham que moldar-se ao que possa ser apresentado como decisão com base no diálogo (LUHMANN, 1985, p. 90). (grifo do autor)

O princípio da oralidade não objetiva apenas tornar o procedimento mais ágil ao possibilitar que se reduza a termo, nas audiências, apenas os atos considerados essenciais. Também representa para as partes, ao terem voz diante do magistrado, a oportunidade de exercitar, elas mesmas, uma influência decisiva no deslinde da demanda, circunstância que favorece o entendimento e o consenso, objetivo deontológico de todo o processo. Está, pois, enlaçado com a possibilidade de dialeticidade e argumentação, na medida em que não há discurso jurídico que não seja dialético. Para que o discurso seja convincente é necessário haver o intento de convencer o outro de que não deve aceitar um fato, uma valoração e uma proposta de ação, mas que deve aceitar, ao contrário, outro fato, outra valoração ou outra proposta de ação.

Habermas (2012b), Perelman (2006), Alexy (2011) e Atienza (2006), para ficar apenas em quatro grandes nomes da teoria da argumentação jurídica, embora com orientação teórica e metodologias diferentes, reputam fundamental a oportunidade de argumentação. A existência de uma *situação ideal de fala* (Alexy), em que todos os oradores têm direitos iguais e não existe coerção, havendo uma relação simétrica entre os indivíduos (Habermas), impõe a instituição de procedimento que oportunize o discurso argumentativo dirigido ao objeto primaz de persuadir e convencer racionalmente (Alexy) o interlocutor (auditório) sobre as teses que lhe são apresentadas (PERELMAN, 1996, p. 33-34).

incidente de ocorrência obrigatória, sob pena de nulidade, inclusive quando se haja realizado sem êxito a tentativa de conciliação na audiência preliminar (art. 331, na redação da Lei nº 8.952): a) nos litígios que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado (art. 447, *caput*); b) nas causas relativas ao direito de família, nos casos e para os fins em que a lei admite transação (art. 447, parágrafo único).

²⁶⁰ O professor Ernildo Stein, profundo conhecedor da obra de Martin Heidegger, costuma dizer que a sua maior contribuição para a filosofia foi, justamente, usar a expressão "faticidade" no sentido de "estar-se jogado entre as coisas e situações".

A introdução da oralidade, diz Chumbinho (2007, p. 96), além de fomentar a retórica jurídica, reforçando a lógica do razoável e sua função democratizante, funciona como mecanismo que evita a abstração garantindo aos intervenientes a concretização de suas ideias "numa argumentação que permite resolver o conflito, presencialmente, por acordo das partes".

Savaris e Xavier (2015, p. 67-68) vinculam o princípio da oralidade no JEF à possibilidade de conciliação. Afirmam que "a busca da composição amigável mostra-se mais viável quando as partes se dispõem a debater as possíveis soluções frente a frente, privilegiando, portanto, a oralidade". Embora não se possa desconsiderar que o acordo pode também acontecer por escrito, dizem, "na verdade, o franco debate oral entre as partes leva a uma pacificação mais plena".

Resumindo. A oralidade representa o mecanismo adequado à busca do consenso, e este, o recurso ideal para vencer a dúvida que resulta da diversidade natural de opiniões, da troca de argumentos contra e a favor. Constitui, pois, uma abertura que permite aos conflitantes, expondo suas posições, encontrar um ponto de equilíbrio para o conflito com aceitação recíproca de argumentos e contra-argumentos.

A hipótese aventada de fuga do JEF de seus princípios estruturantes: sumariedade, oralidade e consensualidade, confirmada pela práxis, representa um sério risco ao fiel desempenho de funcionalidades que lhe são intrínsecas. Sobretudo, pode representar o afastamento da prática conciliatória e, por conseguinte, o abandono do projeto de democratização do acesso à ordem jurídica justa que inspirou sua concepção, empurrando o JEF para uma perigosa ordinarização.

8.5 A AUDIÊNCIA PRÉVIA COMO MECANISMO INDUTOR DA SOLUÇÃO CONSENSUAL NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL: NOVAS PERSPECTIVAS COM A LEI DE MEDIAÇÃO E O NCPC

Uma das técnicas procedimentais que pode contribuir para o incremento da autocomposição no JEF é a audiência prévia de conciliação. Na prática ora dominante, apesar das disposições dos arts. 16 e 17 da Lei nº 9.099/95, aplicáveis ao procedimento do JEF, a audiência prévia não vem ocorrendo. Pura e simplesmente, o processo é impulsionado sem a realização da audiência com a citação do réu para contestar. Tudo por escrito. No máximo, para não descumprir frontalmente a orientação normativa, uns poucos juízes selecionam alguns casos e intimam a parte ré para apresentar proposta de conciliação. A audiência é

designada somente se o réu apresentar tal proposta e, muitas vezes, sequer é designada, reportando-se a parte sobre o acordo de forma escrita (petição nos autos).

Esta prática é negativa e, embora se explique diante do elevado número de processos, culmina por incentivar a transformação do conflito em efetivo litígio, à míngua de uma prévia tentativa de aproximação conciliatória. Por outro lado, sonega às partes, incluso o Poder Público, o direito de conciliar. Sabe-se que a Administração Pública tem na consensualidade um importante instrumento de gestão do interesse público. Um dos eixos de transformação no sentido de uma governança mais democrática é hoje a consensualidade, tida como um autêntico princípio da Administração Pública.²⁶¹

Além da expressa disposição dos arts. 16 e 17 da Lei dos Juizados Especiais, têm-se, mais recentemente, a nova Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), emprestando disciplina própria à conciliação, inclusive nos conflitos em que são parte entes públicos, e a Lei nº 13.105/2015 (NCPC), que investiu pesado nas soluções consensuais, tornando obrigatória a audiência prévia de conciliação.²⁶²

O NCPC tem aplicação supletiva ao procedimento especial do JEF:²⁶³ “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código” (art. 1.046, § 2º). O pressuposto básico da ideia integrativa entre o NCPC e a Lei do JEF, respeitado o seu caráter supletivo, pode assim ser resumido: é possível recorrer ao NCPC para (1) conferir normatividade aos princípios gerais de processo nele definidos (normas fundamentais); (2) regulamentar instituto jurídico essencial ao funcionamento do JEF não regulamentado na lei específica deste,²⁶⁴ desde que as novas regras do NCPC sejam compatíveis com os princípios norteadores do JEF e que não colidam com o que já está regrado pela Lei 10.259/2001, e (3) nos casos expressamente referidos (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, por exemplo).²⁶⁵

²⁶¹ Neste sentido, Moreira Neto (2007, p. 41-42) colocando a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo. Palma (2014, p. 146-160), no mesmo talvege, discorre sobre as formas e delimitação da consensualidade da administrativa.

²⁶² Acerca da aplicação das regras do NCPC sobre conciliação e da Lei de Mediação na Jurisdição Federal, consultar Vaz (2015b).

²⁶³ Ao rito do JEF se aplica, primeiro, no que não conflitar, o disposto na Lei nº 9.099/95.

²⁶⁴ Ver Bollmann (2015) sobre a aplicação das regras do novo CPC aos Juizados Especiais Federais. Para esse autor, “diante do critério da especialidade para resolução de antinomias, bem como pela ausência de expressa previsão geral no novo CPC (embora podendo e fazendo menção em dispositivos específicos, o legislador não previu a aplicação supletiva geral para os juizados – mesmo tendo previsto para os trabalhistas, por exemplo), ele só é aplicável nos juizados naquilo que expressamente previr ou naquilo que regulamentar instituto jurídico essencial ao funcionamento dos juizados não regulamentado nas leis específicas destes”.

²⁶⁵ Enunciado nº 151 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF: “O CPC/2015 só é aplicável nos Juizados Especiais naquilo que não contrariar os seus princípios norteadores e a sua legislação específica”.

No NCPC estão os princípios gerais do processo civil, aos quais o legislador chamou de “normas fundamentais de aplicação das normas procedimentais”. Enquanto autênticos valores estruturantes, estes princípios devem ser observados em todos os procedimentos, inclusive no procedimento sumaríssimo do JEF.²⁶⁶

O princípio da promoção da autocomposição está expresso no art. 3º, §§ 2º e 3º, do NCPC e tem aplicação sobre toda a legislação processual brasileira. Em consonância com este princípio está o art. 334, *caput*, cujo texto é o seguinte:

“Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

Também o art. 27 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que estabelece o marco regulatório da mediação como solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública, torna obrigatória a audiência pré-litigiosa, dispondo que, “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”.

Comparando o art. 334, *caput*, do NCPC, com o art. 27 da Lei de Mediação, vê-se que têm a mesma redação, mas, na parte final, o art. 334 prevê a citação do réu com pelo menos vinte dias de antecedência da audiência. Parecem em conflito os dois preceptivos legais, quanto à necessidade de citação do réu. Pelo que se depreende da redação do art. 29 da Lei de Mediação (“Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”),²⁶⁷ a audiência de mediação prevista no art. 27 da mesma lei deveria ocorrer antes mesmo da citação do réu.

Prevalecendo a redação do NCPC para que o réu seja intimado para a audiência de mediação/conciliação e citado para se defender, contado o prazo da referida audiência, ou da última sessão de mediação ou conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (art. 335, I, NCPC), restará inócua a regra que dispensa o pagamento das custas finais se solucionado o conflito por mediação/conciliação antes da citação, pois citado já estará o réu quando realizada a audiência. De qualquer sorte, no JEF vigora a gratuidade, não incidindo custas, taxas e despesas processuais em primeira instância.

²⁶⁶ Consultar, sobre os impactos do NCPC nos Juizados Especiais Federais, Cardoso (2015).

²⁶⁷ O NCPC também estabelece uma regra de incentivo financeiro à autocomposição no art. 90, § 3º, dispensando o pagamento das custas finais nos processos encerrados por consenso entre as partes.

Parece que agora, com o reforço da lei geral do processo e da lei específica de mediação e conciliação, aplicáveis supletivamente ao rito do JEF, deve haver um movimento, uma virada na práxis do JEF para que a audiência prévia saia do papel e passe a ser designada pelos juízes em maior número de casos. É sobre as condições de aplicabilidade destes dois novos diplomas legais no microssistema do JEF que se passa a discorrer.

8.5.1 A experiência do Juizado Especial Cível com a audiência prévia conciliatória

Uma primeira questão reside em saber se a experiência do JEC, em que a audiência conciliatória tem caráter obrigatório, está sendo positiva. Tem-se controvérsia instalada sobre o assunto. Muitos entendem que tal audiência, devido ao número reduzido de acordos que acontecem, apenas atrasa o andamento dos processos, sendo uma etapa dispensável, sobretudo porque o acordo pode acontecer na audiência de instrução e julgamento. Ademais, os conciliadores são despreparados e um bom número de acordos sequer é cumprido.²⁶⁸

Uma pesquisa mais recente do IPEA (2013), sob encomenda do CNJ, analisando uma amostragem mais ampla (estados do Rio de Janeiro, Ceará e Amapá), mostrou um dado relevante, qual seja, a elevada predominância das sentenças homologatórias em relação a outros tipos de sentença. A média dos três estados é de 31,06% de sentenças homologatórias de acordos. Isso representa dizer que há um aumento de soluções consensuais no JEC.

Ao importar o modelo do JEC para a realidade do JEF, é preciso cautela para não reproduzir os problemas já identificados. A capacitação dos conciliadores é uma necessidade comum. O descumprimento dos acordos é fator externo ao problema e não existe nos acordos com o Poder Público. A aversão dos advogados, porque geralmente não participam da audiência conciliatória, perdendo mercado de trabalho, também não deve preocupar no JEF, em que o número de “atermações” (ações sem patrocínio de advogado) é diminuto.

O grande problema é a obrigatoriedade. Ao tornar obrigatória a audiência, a lei procedimental dos Juizados assume o risco de contar com um número razoável de audiências frustradas, o que pode representar retrabalho, perda de tempo e atraso na solução do processo. É que, no universo dos casos não selecionados, há uma tendência natural de intransigência, sobretudo porque não há uma cultura da conciliação. Quando a conciliação é espontânea, o número de acordos é naturalmente aumentado.

²⁶⁸ Ver, por todos, Paletta (2011), sobre pesquisa nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, mostrando que o percentual de conciliações de um total de 1.443.956 audiências realizadas em cinco anos é de no máximo 27%, com tendência de redução.

A triagem prévia constitui, ao que penso, um mecanismo fundamental para o sucesso de uma política conciliatória. Por isso, a leitura que se deve fazer da exigência da audiência prévia no procedimento do JEF precisa estar consentânea com essa importante variável, sob pena de criarmos um problema ainda maior e repetindo os erros cometidos nos Juizados Especiais Cíveis.

8.5.2 Recepção como faculdade legal ou obrigatoriedade relativa?

Não considero que seja de caráter absoluto a obrigatoriedade da audiência prévia de conciliação, principalmente nos conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Penso que, com um esforço interpretativo, se pode evitar trabalho inútil. De rigor, sustento que o legislador deveria ter previsto que caberia ao juiz filtrar os casos em que seria presumivelmente viável a mediação/conciliação, evitando marcar audiência para os processos em que não há qualquer chance de autocomposição, o que pode ser improdutivo e mesmo caótico para a administração da justiça.

Vai-se admitir, então, que se está diante de uma obrigatoriedade relativa. E o importante, agora, é definir quais serão os parâmetros objetivos operacionais para a dispensa da designação da audiência, com o fito de se evitar o subjetivismo. Em outras palavras, que juízes não adeptos da conciliação, pura e simplesmente, optem por não designar a audiência, mesmo quando existem possibilidades de acordo.

O art. 334, § 4º, da Lei nº 13.105/2015 (NCPC) estabelece duas hipóteses que justificam a não realização da audiência: (I) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, e (II) quando não se admitir a autocomposição. O art. 27 da Lei de Mediação/Conciliação silencia sobre o ponto. Tais hipóteses, não contrariando outro dispositivo específico da Lei nº 10.259/2001, podem ser utilizadas também no JEF.

Na primeira hipótese (I), quanto à manifestação do autor, poderá ela vir na inicial. O réu terá o prazo de 10 dias de antecedência, contados da data aprazada para a audiência, para manifestar seu desinteresse (§ 5º). O termo inicial da contagem do prazo para contestar será a data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu (art. 335, II).

Vai-se tentar simular o que deve ocorrer na prática.

1º caso. O autor silencia na inicial, cumprindo ao juiz designar a audiência. O réu, intimado, poderá dizer que não pretende conciliar. Não havendo desinteresse das duas partes,

mas apenas do réu, fica mantida a audiência. Ao ser intimado da data da audiência, poderá o autor manifestar seu desinteresse.

“No silêncio do autor sobre a opção pela audiência de conciliação ou mediação (arts. 319, VII, e 334, § 4º, do NCPC), o juiz designará a audiência, sem necessidade de emenda à inicial” (Enunciado nº 2 do FONACON).²⁶⁹

2º caso. O autor, na inicial, declina seu desinteresse em conciliar. Ao juiz, abrem-se dois caminhos: designar a audiência ou não. Porque necessita saber do réu a sua intenção de conciliar, precisará designar a audiência, intimando ambas as partes para a audiência e citando o réu. Se o réu disser que não tem interesse, prossegue o processo, com a contestação oferecida no prazo contado do protocolo do pedido de cancelamento da audiência (art. 334, § 4º).²⁷⁰

Não se exige que a renúncia à audiência seja fundamentada. Mas o juiz poderá, diante da renúncia desmotivada ou da motivação insubsistente, marcar a audiência com base no seu poder de direção do processo, ocasião em que tentará demover as partes do propósito de levarem o conflito à solução judicial adjudicada. É comum, aliás, que as partes “cheguem à audiência de cara amarrada e saiam de mãos dadas”!

A segunda hipótese de dispensa da audiência (II), “casos em que não se admite a conciliação”, alberga as situações legais em que não se admite a transação, seja pela natureza das partes, seja pela condição do conflito de interesses. Casos há em que a controvérsia diz respeito a atos ou concessões que dependem de autorização legal ou nas quais a própria lei veda a transação (v.g., o art. 17 da Lei nº 8.429/92, sobre ações de improbidade).

No Fórum Nacional de Conciliação e Mediação – FONACON foi aprovado, sobre o tema, o Enunciado nº 1: “A inadmissibilidade de autocomposição referida no art. 334, § 4º, II, do NCPC depende de previsão legal”.

O temor era de que o dispositivo legal, que trata da inadmissibilidade da solução consensual, pudesse ser deturpado para acomodar outras hipóteses não previstas em lei, meras dificuldades e mesmo subjetivismos ou atitudes maniqueístas em relação à conciliação.

A Lei de Mediação/Conciliação é confusa e não avançou na matéria ao dizer apenas que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação” (art. 3º). A indisponibilidade, de fato, representa um

²⁶⁹ Fórum Nacional de Conciliação e Mediação – FONACON, promovido pela Associação dos Juízes Federais – AJUFE, de 1º a 3 de junho de 2015, em Brasília.

²⁷⁰ Se o réu deixar para se manifestar no final do prazo de 10 (dez) dias antes da audiência, deverá a secretaria ser ágil para intimar o autor, na pessoa do advogado, para que não se desloque inutilmente para acompanhar a audiência que não se realizar.

plus em relação à transigibilidade. Fica para a doutrina explicitar quais são as hipóteses de indisponibilidade com transigibilidade.²⁷¹

Resta saber se teria aplicabilidade no JEF a regra do art. 334, § 8º, do NCPC, que dispõe sobre a multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, a ser aplicada em caso de não comparecimento na audiência, ato considerado atentatório à dignidade da justiça.

No mesmo FONACON, foi aprovado o Enunciado nº 3: “O desinteresse de uma das partes pela autocomposição não constitui motivo justificado para o não comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (art. 334, § 8º, do NCPC)”. Como a regra do NCPC exige a dupla manifestação (autor e réu), não é suficiente apenas uma delas, sendo dever das partes comparecer à audiência. Parece não haver dúvida hoje na jurisprudência de que a multa em questão pode aplicada contra a Fazenda Pública, devendo reverter-se em favor da União no caso da Justiça Federal.

No caso da ausência do autor na audiência prévia de conciliação no JEF, a hipótese será de extinção do processo, ao invés da multa, tal como prevê o art. 51, I, da Lei 9.099/95. A presença da parte é essencial no rito dos Juizados, embora a ação possa ser repetida.

8.5.3 Sobre as hipóteses de dispensa da audiência prévia de conciliação

Firmada a regra geral, no sentido da designação da audiência prévia (ou pré-litigiosa) de conciliação/mediação, a questão a se discutir agora é sobre as suas exceções, é dizer, sobre as hipóteses em que tal audiência pode ser dispensada.

A conciliação/mediação, embora incentivada por lei, incorpora-se ao procedimento judicial como norma de ordem pública, estando, portanto, imune ao alvedrio do juiz. Mas não perde o seu caráter de liberalidade para as partes, que, inclusive, podem abrir mão da realização da audiência prévia.

Assim, nos conflitos em que for parte ente público, as limitações deverão ser disciplinadas no âmbito da própria Administração, que definirá, por ato normativo (resolução administrativa), as hipóteses em que há interesse em conciliar. Isso pode ser disciplinado com caráter genérico ou específico. Poderá a Administração apenas elencar as hipóteses e os critérios ou ainda especificar os casos em que é possível a conciliação.

²⁷¹ Ver, sobre o tema da indisponibilidade dos direitos tutelados pela Administração Pública, Talamini (2004), Volpi (2011, p. 139-164), Souza (2012), Salles (2014, p. 209-227) e Gismondi (2014, p. 168-202).

A pergunta que não quer calar é se essa variável pode levar a que a audiência de conciliação venha a ser, em juízo *a priori*, dispensada pelo juiz da causa, relativizando a hipótese de sua obrigatoriedade.

A resposta, em princípio, é negativa. Para evitar que a nobre intenção do legislador de incentivar a autocomposição se torne letra morta da lei, a regra geral deve ser a designação da audiência, revelando-se perigosos os apriorismos. Cumpre ao juiz buscar dentro do sistema legal o fundamento para a não designação de audiência.

Na triagem dos casos, os parâmetros operacionais serão, além das hipóteses previstas no § 4º, I e II, do art. 334 do NCPC, a definição administrativa das situações em que a própria Administração, por ato normativo, explicita os casos em que é possível a conciliação.

É certo que um número considerável de demandas que tramitam no JEF permite, *ictu oculi*, identificar a inviabilidade da composição amigável. São exemplos as pretensões que têm por objeto matéria na qual os entes públicos réus, embora reconheçam a veracidade da matéria de fato, discutem sobre a conformação do direito que embasa a pretensão, ou esgrimem com precedentes de jurisprudência contrária.

Casos existem em que a própria natureza da lide, supondo o acerto sobre situação de fato controvertida, torna inviável a conciliação antes da dilação probatória. É a hipótese das ações previdenciárias que têm por objeto benefício por incapacidade, assistencial ou especial. Nessas, o exame pericial, invariavelmente, é condição de possibilidade para um eventual acordo.²⁷² Nas ações previdenciárias em que se faça necessário comprovar a condição de segurado especial, por exemplo, o depoimento pessoal do autor e a prova testemunhal são essenciais. Seria perda de tempo a designação da audiência prévia de conciliação antes de serem produzidas tais provas.²⁷³

A sistemática da audiência integrada, adotada em algumas varas de JEF de resultados muito positivos, com a realização da perícia e a conciliação no mesmo ato, representa uma possibilidade de cumprimento à exigência da audiência prévia. Mereceria um melhor estudo esta técnica por parte da Corregedoria Geral e das Corregedorias Regionais dos TRFs no sentido da sua obrigatoriedade no âmbito dos JEFs, em nível nacional.

Na direção do processo, diante da dúvida por falta de explicitação administrativa e do silêncio ou desinteresse de apenas uma das partes, poderá o juiz, reconhecendo a

²⁷² Quanto à aposentadoria especial, se a parte juntar os laudos técnicos necessários à prova da especialidade, poderá ser dispensada a perícia.

²⁷³ Consultar sobre o tema Cardoso (2015, p. 391).

inviabilidade da conciliação, antes de designar a audiência (o que congestionaria sua pauta), ouvir a outra parte. Embora isso represente a necessidade de mais uma intimação no processo, pode ser mais vantajoso do que a designação da audiência.

Aqui, vale referir que a audiência prévia de conciliação poderá realizar-se à distância ou por meio virtual, sob a condução de conciliador, não necessitando ser presencial nos casos em que não se fizer indispensável a presença física das partes. Tal procedimento dá-se por aplicação analógica do art. 46 da Lei de Mediação: “A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

A jurisprudência, com o auxílio da doutrina, deve criar mais exceções, devendo vingar uma exegese mais aberta para a regra em comento. Seguem algumas hipóteses que, por força do sistema, dispensam a designação de audiência prévia de conciliação.

8.5.4 Audiência prévia de conciliação e a improcedência liminar do pedido (art. 332, NCPC)

Em substituição ao vigente art. 285-A, o NCPC apresenta o art. 332, mantendo a técnica que possibilita o julgamento sem oitiva do réu em hipóteses nas quais já exista entendimento modelar dos tribunais superiores acerca da matéria (ou de tribunal que tenha julgado um incidente de resolução de demandas repetitivas). A redação é a seguinte:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Vê-se nessa possibilidade de julgamento liminar uma exceção à regra da audiência prévia de conciliação. Embora não se trate de caso de indeferimento da inicial, hipótese cogitada pelo art. 334, *caput*, do NCPC, sobrepõe-se outra prejudicial, que é o julgamento de mérito liminar. Sendo o caso de julgamento liminar, não há fundamento na designação da audiência conciliatória, porque o caso é de improcedência do pedido.

8.5.5 Audiência prévia de conciliação e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976-987, NCPC)

O art. 976 do NCPC prescreve o cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) quando estiverem presentes, simultaneamente, dois requisitos: “I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e: “II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Considerando que o Relator do incidente deverá mandar suspender todos os processos pendentes (individuais ou coletivos) que tramitem no mesmo Estado ou na mesma Região do Tribunal (art. 979), as ações novas idênticas também deverão ser suspensas, tornando inaplicável a regra do art. 334, *caput*, do NCPC.

No mesmo sentido, nos processos novos que se submeterem ao sobrestamento para aguardar o julgamento de recurso repetitivo (STJ) e Repercussão Geral (STF), não deverá ser designada a audiência prévia de conciliação.

O § 5º do art. 1.035, a propósito, traz regra que amplia o poder do STF: uma vez reconhecida a repercussão geral, será determinado o sobrestamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão e tramitem no território nacional.

8.5.6 A quem incumbe a condução da audiência prévia de conciliação? Ao Juiz ou ao conciliador?

A condição para que a audiência prévia de conciliação não represente um problema maior do que a solução está na utilização da força de trabalho dos conciliadores para a sua condução. Discutirei mais adiante as funções do juiz e do conciliador, mas cumpre adiantar que o sistema de conciliação, em sua funcionalidade, está concebido para operar com conciliadores, ficando o juiz apenas na supervisão dos trabalhos.

Assim, a audiência prévia será, preferentemente, conduzida por um conciliador, sob supervisão judicial. Conforme preceitua a Lei nº 13.105/2015 (NCPC), art. 334, § 1º "O

conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária”.

Ao contrário do que sustenta Cardoso (2015, p. 391), pensa-se que a supervisão do juiz persiste, em que pese a redação do § 1º do art. 334, que não dispõe sobre este detalhamento, remanescendo hígida a redação do art. 16 da Lei nº 12.153/2009 permitindo ao conciliador, sob a supervisão do juiz, na condução da audiência de conciliação, ouvir partes e testemunhas.

8.5.7 Problemas antigos a serem resolvidos com a realização da audiência prévia de conciliação

Há, entre os membros da Advocacia Pública, sobretudo na AGU, uma compreensão despida de racionalidade, no sentido da ausência da obrigatoriedade de o Poder Público estudar a possibilidade de acordo nos processos do JEF, cenário que, diante da retração dentro dos seus quadros, remete as iniciativas conciliatórias ao voluntarismo de alguns poucos Procuradores.²⁷⁴

Com o propósito de encaminhar a proposta da citada virada procedimental, para que a audiência prévia passe a ser efetivamente realizada, deixando de ser letra morta da lei, e se reverta a retração, vão-se levar em conta duas premissas alvitradas por Souza (2013), que se extraem do sistema procedimental legal:

I – é dever-poder de todo ente público que seja parte em processo judicial, notadamente no JEF,²⁷⁵ “analisar a possibilidade de transação sempre que houver incerteza fática ou jurídica relevante que torne viável o acerto pacífico do conflito, ainda que inexistam parâmetros normativos específicos para a realização de acordo” (SOUZA, 2013, p. 257).

Este dever-poder decorre de uma exegese sistêmica que leva em conta, além dos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa, todo o aparato legal que disciplina a autocomposição de conflitos em que é parte a Administração Pública: Lei nº

²⁷⁴ Ver, a propósito, Vaz e Takahashi (2011a), em reflexão acerca da falta de incentivo na carreira e o temor do processo administrativo por infração disciplinar afastando os procuradores federais do INSS das conciliações.

²⁷⁵ Segundo dispõe o art. 10 da Lei 10.259/2001, os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

13.105/2015 (NCPC), arts. 3º,²⁷⁶ 174,²⁷⁷ e 334; Lei nº 13.140/2015, que disciplina a Mediação/Conciliação entre particulares e nos conflitos em que for parte a Administração Pública, arts. 1º, 32 a 40, 43 e 44, Lei nº 9.469/1997, arts. 1º e 2º, e Lei nº 9.099/1995, arts. 16 e 17.

II – nos conflitos do JEF, envolvendo entes públicos, deve ser assegurado o prazo razoável para manifestação de órgãos técnicos e de outros órgãos que sejam competentes para autorizar a celebração de acordo em juízo, respeitados os parâmetros normativos aplicáveis e o princípio da isonomia.²⁷⁸

Caberá ao juiz, considerando-se que no JEF há maior flexibilidade procedimental, levar em conta a necessidade de conferir ao Ente Público, quando designa a audiência prévia de conciliação, prazo razoável para a análise técnica do caso. Tal prazo deve respeitar as peculiaridades locais e o volume de trabalho da respectiva procuradoria, sendo relevante o diálogo entre o juiz e os procuradores para discutirem essa questão, devendo-se sempre conferir idêntico tratamento para a parte *ex adversa*.

Resumindo. Algumas hipóteses, que consubstanciam respostas às perguntas da tese doutoral, caracterizando problemas cruciais do JEF, poderão ser confirmadas com a generalização da audiência prévia na sua prática procedimental. Sucintamente, estão a seguir catalogadas algumas possibilidades:

1. Conferir vida ao instituto da audiência prévia, quase em desuso na prática do JEF, apesar da previsão legal.

2. Inverter a ordem cronológica do procedimento, ora reinante no JEF, levando a sério, na prática judicial, a Constituição (art. 98, I) e os arts. 16 e 17 da Lei nº 9.099/95, 27 da Lei nº 13.140/95 e 334 da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), que dispõem sobre o procedimento a ser adotado no JEF, obedecendo à sequência: tentar conciliar antes de julgar.

3. Superar a tendência de se buscar a resposta adjudicada, e não o acordo, como determina o art. 98, I, da CR, tornando regra geral do procedimento a designação de audiência prévia de conciliação, regra que somente pode ser afastada pela vontade de todos os litigantes.

²⁷⁶ “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL. [...]. Art. 3º, § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

²⁷⁷ “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

²⁷⁸ Cf. Souza (2013, p. 257).

4. Induzir o Poder Público à obrigação de tentar resolver o conflito pela via autocompositiva, na medida em que a audiência conciliatória passa a ser designada e o comparecimento nela obrigatório.

5. Dar ao Poder Público o prazo razoável indispensável para estudar e elaborar a proposta de acordo. O juiz marcará a audiência com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (art. 334, *caput*, do NCPC).

9 O SISTEMA JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS DE INTERESSES, MARCO REGULATÓRIO, ASPECTOS ESTRUTURAIS, EVOLUÇÃO E DINÂMICA NA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Neste capítulo encaminha-se uma observação descritiva da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse, cujo desenho começou com a edição da Resolução nº 125/2010-CNJ. Serão enfocadas as principais mudanças que dita resolução ensejou na estrutura e na dinâmica do Poder Judiciário para o desempenho de sua função de incentivador da solução consensual de conflitos judiciarizados.

Como marco regulatório provisório, a citada resolução surgiu com o desafio de mudar a cultura da solução adjudicada na Justiça, trazendo importantes alterações estruturais na Justiça brasileira, tais como a criação dos núcleos e centros de conciliação, a centralidade da gestão política da conciliação e da capacitação dos seus atores.

Vai-se discutir o papel dos Centros de Conciliação e dos Juízes, enquanto gestores políticos da conciliação e supervisores das audiências conciliatórias, a serem conduzidas por conciliadores capacitados não juízes.

Mais recentemente, foi aprovado e sancionado o Projeto de Lei do marco regulatório definitivo da mediação/conciliação extrajudicial e judicial, inclusive nos conflitos em que for parte ente público (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015). Os principais aspectos desta lei serão analisados de forma imbricada com o NCPC (Lei nº 13.105, de março de 2015), que eleva a solução consensual ao nível de norma fundamental do processo brasileiro, dever do Estado e de todos os atores do processo judicial, dedicando à mediação/conciliação a disciplina minudente.

Por último, em uma pesquisa semiexperimental, faz-se uma exploração acerca da estrutura conciliatória na Justiça Federal da 4ª Região, considerada a mais avançada do país nesta diferença funcional. Serão descritos os principais projetos de conciliação: Fórum de Conciliação Virtual (online), a criação da Vara Federal de Conciliação (26ª VF), o Gabinete de Apoio à Conciliação do INSS no TRF4 (conciliações no segundo grau) e os Sistemas Integrados de Perícia e Conciliação (ações de natureza previdenciária). Tais projetos representaram um avanço em relação à situação anterior, alterando o reacionarismo que imperava no sistema.

9.1 A RESOLUÇÃO Nº 125/2010-CNJ COMO MARCO REGULATÓRIO PROVISÓRIO DA AUTOCOMPOSIÇÃO JUDICIAL

Por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário, dispondo que aos órgãos do Poder Judiciário incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.²⁷⁹

Essa iniciativa se insere entre as atribuições do próprio Conselho Nacional de Justiça, pois, a partir da criação de referido órgão, “a perspectiva de ‘estagnação’ ou de ‘inconsistência’ de atuação, além da sempre citada ‘crise do Judiciário’, passam a ser enfrentadas, não somente por juízes individualmente e Tribunais em suas esferas de atuação, mas sim enquanto Política Pública”.²⁸⁰

A Resolução nº 125/CNJ define e consolida o avanço de uma política mais participativa na tomada de decisões pelos cidadãos em relação aos seus conflitos judicializados, o que contribui para o controle mais efetivo sobre o resultado do processo e para um nível de satisfação mais elevado quanto à possível solução a ser alcançada. É indubitável também que o consenso fomenta a resolução precoce de conflitos, adaptando-se às necessidades e aos interesses específicos das partes que o integram e reduzindo os custos pessoais e institucionais típicos da solução adjudicada.

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, na qual se encontram aqueles métodos voltados para a solução de controvérsias a partir do consenso das partes, se caracteriza por reunir três elementos constitutivos: 1. *base legal*: os métodos para resolver conflitos se consagram na lei ou no texto da Constituição, adquirindo caráter normativo para juízes e demais atores jurídicos; 2. *base institucional*: o impulso desses mecanismos depende basicamente da instituição Justiça que os regula, promove e desenvolve, tendo a seu cargo a responsabilidade pelos programas conciliatórios, e 3. *base técnica*: fazer atuar esses métodos implica a necessidade de capacitação integral, permitindo a aquisição e a

²⁷⁹ A referida política pública representou o marco regulatório provisório da mediação e da conciliação no Brasil à míngua de uma lei que disciplinasse a matéria de forma sistemática, o que somente veio a acontecer com o advento da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

²⁸⁰ Cf. Sena, 2011, p.117.

difusão de habilidades específicas em áreas como a teoria e a gestão do conflito, técnicas de negociação e conciliação e o conhecimento das regras relativas à matéria.

Para os juízes e servidores, os esforços no sentido de obter um acordo entre as partes para pôr fim ao litígio mediante solução consensual deixaram de ser uma faculdade para se tornar uma obrigação que a todos vincula com caráter cogente. Passam à condição de dever inerente ao cargo. O NCPC, neste sentido, incorpora como dever do juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 139, V).

O papel fundamental dos juízes, no modelo consensual, é o de facilitador do diálogo e da negociação entre as partes. Para Azevedo (2011, p. 17),

com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, começa a se criar a necessidade de os tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores – a pergunta a ser feita deixou de ser “como se deve sentenciar em tempo hábil”, e passou a ser “como devo abordar esta questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente e no menor prazo”.

O professor Watanabe (2011, p. 9) resume com precisão os pontos mais importantes dessa Resolução:

a) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e, sim, como *acesso à ordem jurídica justa*; b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados à sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; c) obrigatoriedade de oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; d) preocupação com a boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos, com a adequada capacitação, o treinamento e o aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; e) disseminação da cultura de pacificação, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequados dos conflitos, e com busca de cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, com vistas à criação de disciplina que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesse; f) é imposta aos Tribunais a obrigação de criar: 1. Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; 2. Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; 3. Cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores, “com observância do conteúdo programático e da carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ”; 4. banco de dados para a avaliação permanente do desempenho de cada Centro; 5. Cadastro dos mediadores e conciliadores que atuem em seus serviços. (grifos do autor)

Em reforço à política pública instituída pela Resolução nº 125/2010, na Resolução nº 106, de 06 de abril de 2010, o CNJ dispôs sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Em seu art. 6º, ficou assentado que, na avaliação da produtividade, serão considerados os atos praticados pelo magistrado no exercício profissional, levando-se em conta o volume de produção, mensurado pelo número de conciliações realizadas, dentre outros indicadores.

No âmbito do TRF da 4ª Região, o Provimento nº 17, de 15 de março de 2013, que estabelece a Consolidação Normativa, trata da Conciliação no Capítulo IV, dispõe que “Aos Juízes incumbe, além da solução mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação” (art. 167). “A prática da conciliação deverá ser incentivada mediante encaminhamento dos autos aos centros de conciliação instalados nas Seções Judiciárias” (art. 168). “A tentativa de conciliação poderá ocorrer, por meio do centro de conciliação, antes do ajuizamento da ação, sendo possível também em qualquer fase do processo litigioso” (art. 169). “A utilização do centro de conciliação como meio para solução de litígio não prejudica futura tentativa de conciliação pelo Magistrado Presidente ou relator do feito nos dois graus de jurisdição” (§ 1º). “Não havendo acordo no centro de conciliação, a composição do conflito dar-se-á apenas no Juízo processante” (§ 2º).

Dando cumprimento à Resolução nº 125, o CNJ instituiu a Meta Nacional nº 5: “Designar audiências e realizar demais atividades de conciliação adequadas à solução de conflitos em número maior do que o ano de 2012”.

No VII Encontro Nacional do Judiciário, realizado nos dias 18 e 19 de novembro de 2013, em Belém-PA, sob os auspícios do CNJ, restou definido como um dos macrodesafios do Poder Judiciário para 2015-2020 a adoção de soluções alternativas de conflitos, que passou a ser uma política estratégica nacional do Poder Judiciário. A esse macrodesafio corresponde o objetivo estratégico da Justiça Federal de aumentar o número de processos encerrados por meio da conciliação, conforme o Plano Estratégico da Justiça Federal para 2015-2020 (Resolução CJF nº 313, de 22 de outubro de 2014), que é voltado para a garantia dos direitos de cidadania.

A Resolução nº 198/2014, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o sexênio 2015-2020, ressalta a importância da efetividade na prestação jurisdicional, e aponta como cenário desejado: justiça mais acessível, desjudicialização e descongestionamento do Poder Judiciário. Na perspectiva dos processos internos, as metas estão relacionadas à celeridade e produtividade na prestação jurisdicional e

à adoção de soluções adequadas no tratamento de conflitos, reforçando a importância da política pública.

Em 08 de maio de 2014, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 50, dirigida aos Tribunais para que estimulem os magistrados a encaminhar disputas para a mediação de conflitos.

No VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, realizado em Florianópolis, nos dias 10 e 11 de novembro de 2014, novamente a conciliação foi a tônica, tendo sido aprovada a meta nº 3 (aumentar os casos solucionados por conciliação), a cargo da Justiça Federal, como resposta ao fenômeno da explosão de litigiosidade.

Sintetizando, as ideias fundamentais que se podem extrair do texto da Resolução CNJ nº 125, ao que se vê, são: 1. estimular a criação de uma nova cultura de solução consensual de conflitos no Poder Judiciário, tornando a solução consensual uma nova técnica democrática de gestão de conflitos; 2. uniformizar e qualificar os procedimentos de capacitação das estruturas judiciais, de forma a garantir a boa qualidade dos serviços prestados; 3. difundir a nova modelagem gerencial de conflitos objetivando que os juízes assumam o papel transformador da realidade social na solução dos conflitos, incentivando a participação cooperativa das partes na construção da solução adequada ao caso concreto, conforme seus interesses e necessidades; 4. ampliar democraticamente o acesso à Justiça, conferindo aos cidadãos o direito de participação ativa na resolução de seus conflitos e proporcionando, enquanto instrumento de plenitude democrática, o crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados; 5. possibilitar que a solução consensual do litígio se reflita positivamente na qualidade de vida da população, na conscientização sobre direitos e no pleno exercício da cidadania.

9.2 PRIMEIROS COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.140/2015: MARCO REGULATÓRIO DA MEDIAÇÃO/CONCILIAÇÃO²⁸¹

Finalmente, *legem habemus*. Foi sancionada, em 26 de junho de 2015, a Lei nº 13.140, que estabelece o marco regulatório da mediação como solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da Administração Pública.

A primeira observação vai no sentido da importância de se estabelecer um marco regulatório para a mediação e a conciliação judicial e extrajudicial, enquanto movimento

²⁸¹ Em Vaz (2015c), Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação): imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal.

global que converge para uma revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos sociais. Trata-se de uma nova cultura cujo pressuposto é o deslocamento da justiça estatal para a autocomposição. Representa, diante do insucesso da aposta no Estado como única e soberana instância, nova oportunidade para o resgate da autonomia dos sujeitos de direito na solução dos seus conflitos e um remédio para a crise de funcionamento do aparato judicial.

Esta lei define o que vem a ser mediação: “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º). A definição está correta, mas a falha fica por conta de olvidar a conciliação, instituto diverso, cujo significado não se enquadra exatamente no conceito legal de mediação. Deve-se, aqui, tomar a mediação como um gênero de solução autocompositiva, no qual se enquadra a conciliação, tipologia com características próprias, mas que foi exorcizada pela lei, feita por quem não conhece a realidade da Justiça Federal, na qual não se faz mediação no sentido estrito da palavra. Foi mais feliz o NCPC, que, com rigor técnico invejável, aludiu sempre à conciliação e à mediação, coadunando-se, assim, com o senso comum teórico e prático dos juristas.

O art. 2º elenca os princípios que regem a mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

O art. 166 do NCPC nomina os seguintes princípios informativos da conciliação e da mediação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. É a prova da banalização dos princípios. Nem o legislador sabe bem quais são os princípios aplicáveis aos institutos. Os princípios são matemáticos, ou seja, representam aquilo que conhecemos de antemão sobre a essência das coisas. Princípio é um referencial tão importante que nenhuma dúvida deveria haver acerca de sua existência. Deveria ser tão evidente que ninguém precisasse perguntar sobre ele.

No § 2º do art. 2º, ficou assentado que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Na redação do PL 7.169/14, assentando a facultatividade da mediação, dispunha o § 1º do art. 2º: “ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação”. Definitivamente, não são iguais as semânticas. Uma coisa é não ser obrigado a “permanecer em procedimento de mediação” outra, bem diferente, é não ser “obrigado a submeter-se a procedimento de mediação”. Permanecer pressupõe que tenha sido iniciado o processo. O que ficou franqueado às partes foi a possibilidade de abandonar o processo de mediação a qualquer momento e deixar para o juiz a decisão. Ao que vejo, o legislador ficou

em cima do muro: não disse sim, nem não. Apenas deixou a porta aberta para a instituição de uma condição de procedibilidade futura, até porque se absteve de fazê-lo expressamente.

Para a seleção, os Tribunais criarão e manterão cadastros atualizados de mediadores/conciliadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial (art. 12), fixando a devida remuneração a ser custeada pelas partes (art. 13). O custeio da remuneração dos conciliadores judiciais pelas partes denota um retrocesso. Certamente, o tempo vai mostrar isso, persistirá a profunda retração à autocomposição. Representa mesmo a elitização da mediação. O modelo norte-americano, em que a mediação/conciliação é fonte de renda para muitos profissionais liberais, inclusive juízes aposentados, bem remunerados pelas partes, nada tem a ver com a realidade de pobreza da América Latina.

Para a mediação/conciliação judicial, os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 24). Este dispositivo, que reproduz o art. 165 do NCPC, está na linha antes recomendada pela Resolução nº 125 do CNJ, cujo objetivo era profissionalizar e especializar o trabalho de mediação/conciliação, descongestionando as varas.

A teor do art. 25, na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observadas as hipóteses de impedimento e suspeição (art. 5º). Quer dizer que os mediadores/conciliadores escolhidos não poderão ser rejeitados, exceto nos casos de impedimento e suspeição. Afigura-se adequado estender a possibilidade de rejeição aos casos de complexidade, que demandem excepcional *expertise* do profissional mediador/conciliador, para os casos em que eventualmente não a tenha o escolhido.

Na mediação judicial, a presença do advogado ou defensor público, este no caso do hipossuficiente de recursos, será obrigatória, ressalvadas as hipóteses de atermção sem advogado, faculdade prevista nas Leis 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001, que disciplinam, respectivamente, os JECs e os JEFs.

O art. 27 cuida da audiência pré-litigiosa, dispondo que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação antes mesmo da citação do réu, pelo que se percebe da redação do art. 29 (“Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”).

O art. 334, *caput*, do NCPC, tem a mesma redação, mas, na parte final, prevê a citação do réu com pelo menos vinte dias de antecedência. Parecem em conflito os dois

preceptivos legais no que se refere à necessidade de citação prévia do réu. A prevalecer a redação do NCPC para que o réu seja intimado para a audiência de mediação/conciliação e citado para se defender, contado o prazo de quinze dias da referida audiência, ou da última sessão de mediação ou conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (art. 335, I, NCPC), restará inócua a regra que dispensa o pagamento das custas finais se solucionado o conflito por mediação/conciliação antes da citação.

No capítulo II, a nova lei trata da autocomposição nos conflitos em que for parte o Poder Público, estabelecendo, no art. 32, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Esse dispositivo, disciplinando as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos entre entidades da administração pública não inova em relação à realidade da União Federal. No âmbito da AGU, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF já vinha funcionando desde 2007.²⁸²

A grande novidade fica por conta da possibilidade de essas câmaras avaliarem a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de composição no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público. Isso é importante, podendo ser o embrião para as conciliações na via administrativa.

Caberá às câmaras a definição das políticas conciliatórias no âmbito de suas esferas de atuação, criando condições para que matérias já pacificadas e demandas repetitivas possam ser objeto de mediação e conciliação, prevenindo e reduzindo o número de demandas que chegam ao Poder Judiciário, inclusive por meio de conciliações e mediações coletivas (tal como prevê o parágrafo único do art. 33).

²⁸² A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF foi criada em 27 de setembro de 2007 e instituída pelo Ato Regimental n.º 05, de 27 de setembro de 2007, sendo unidade da Consultoria-Geral da União - CGU, que é órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União - AGU. A CCAF foi criada com a intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, mas, posteriormente, o seu objeto foi ampliado e hoje, com sucesso, resolve controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Incumbirá a tais câmaras, inclusive, definir matérias e critérios quantitativos e qualitativos para propostas a serem encaminhadas, no sentido da padronização dos acordos, criando paradigmas seguros para a atuação dos Procuradores Públicos, hoje sem muita orientação e submetidos ao voluntarismo. Está a novel disciplina na tendência que auspicia um “Direito Administrativo dúctil” (ZAGREBELSKI, 2002), que supera a contraposição tradicional entre Administração Pública/cidadão e se inspira no diálogo.

É pena que nos casos de controvérsia jurídica relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 32 (art. 38, I). Persistem a impossibilidade de conciliação e a resistência a ela nos executivos fiscais, enquanto milhares e milhares de processos se arrastam nos foros da Justiça Federal e da Justiça Estadual (delegada) sem perspectiva de solução, impactando negativamente as taxas de congestionamento dessas Justiças, que nada podem fazer para resolver o problema.

Segundo dispõe o art. 33 da Lei de Mediação/Conciliação, “Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos serão dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei”. Tal Subseção trata das normas comuns da mediação/conciliação, ou seja, da judicial e da extrajudicial.

Apesar da infeliz redação, que pode levar ao equívoco de se pensar que não têm aplicabilidade à conciliação nos conflitos em que for parte a Administração Pública as regras da conciliação judicial (arts. 24 a 29), que estão em outra Subseção, esta exegese seria absolutamente descontextualizada. Convivem, no sistema normativo complexo estruturado para facilitar a solução consensual nos conflitos em geral, a conciliação na via administrativa e a conciliação na via judicial.

Conforme prevê o art. 35,

As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

As regras do art. 35 disciplinam a solução autocompositiva por adesão. Na verdade, embora tenha um potencial de desjudiciarização imenso em demandas repetitivas já pacificadas, não se trata de autocomposição no sentido estrito da palavra. Trata-se de modalidade contratual que cada vez mais ocupa espaço no ultraliberalismo que tomou de

assalto o mundo ocidental, transformando os direitos em mercadorias (*law shopping*) e os cidadãos em “consumidores de direito” (SUPIOT, 2007). São os contratos cujo objetivo primordial não é mais trocar determinados bens nem selar uma aliança entre iguais, mas legitimar o exercício de um poder e a subordinação. Nos acordos em que figura como parte o Poder Público, com propostas fechadas e condicionamentos administrativos ditados unilateralmente a partir de uma lógica de eficiência, algo como um *all or nothing*, tem-se uma espécie de contrato de dependência dirigido, trazendo consigo, ostensivamente, o arbítrio, o poder e a subordinação.

De qualquer sorte, a inovação legislativa confere foros de normatividade à possibilidade de a AGU, diante de matérias pacificadas e nas condições referidas, apresentar uma proposta padrão de quitação da dívida, à qual podem aderir todos os que, comprovadamente, se enquadrem na condição de titulares do direito reconhecido.

O sucesso da solução autocompositiva por adesão vai depender de alguns fatores: 1. a efetiva pacificação das matérias repetitivas nos tribunais superiores, o que hoje tem sido muito demorado; 2. a pronta atuação (Autorização ou Parecer) do AGU no sentido de criar condições à autocomposição; 3. a qualidade dos requisitos e das condições que venham a ser estipuladas por resolução para condicionar os acordos.

Certamente, se não forem boas as propostas, ou seja, se a AGU persistir na ideia de obter vantagem em cima de ilegalidades reconhecidas, os titulares dos direitos preferirão recorrer ao Poder Judiciário a ter de abrir mão de uma parcela do seu direito líquido e certo como condição para receber seus haveres mais rapidamente.

O art. 40 traz uma regra útil, sobretudo do ponto de vista pedagógico:

Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

A questão que surge é se estariam abolidos os crimes funcionais culposos que podem decorrer do fato de um servidor público, em acordo judicial ou extrajudicial, receber ou permitir/facilitar que terceiro receba vantagem patrimonial indevida. O assunto é complexo e fica para outra oportunidade.

O fato é que impera hoje entre Procuradores Públicos, especialmente os mais novos na carreira, muito temor de represálias administrativas e até de responsabilização civil por eventuais maus acordos que venham a entabular. Em boa hora o texto legal limita a

ocorrência dos ilícitos civis, administrativos e penais às hipóteses de dolo ou fraude no recebimento próprio ou de terceiro de vantagem patrimonial indevida, aceitando que a autocomposição encerra riscos intrínsecos que vale a pena correr. Premia a boa-fé e retira um peso constante dos ombros daqueles que acreditam nas formas autocompositivas de solução de conflitos e suas vantagens para a Administração Pública e para os cidadãos.

O art. 46 traz uma novidade alvissareira, dispondo que a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. No âmbito da Justiça Federal, a conciliação virtual já é uma realidade desde 2012. O Fórum de Conciliação Virtual, como foi chamado na Justiça Federal da 4ª Região, desenvolve-se em ambiente inteiramente virtual e assíncrono, sem a participação de juiz ou de conciliadores, de forma integrada ao processo eletrônico, primando pela simplicidade, confidencialidade, informalidade, desmaterialização e desterritorialização da solução das demandas. Esta modalidade, como se disse antes, pode auxiliar na realização das audiências prévias de conciliação.

Finalmente, a nova Lei de Mediação e Conciliação entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial, ocorrida no DOU de 29 de junho de 2015. O ideal é que entrasse em vigor junto com o NCPD, que traz a disciplina processual da mediação e da conciliação judicial. Cabe à praxis judicial e à doutrina a tarefa de dar vida à nova lei, potencializando seus pontos positivos e corrigindo as falhas de sua concepção. Que seja bem-vinda!

9.3 A EVOLUÇÃO DA ESTRUTURA E DA DINÂMICA DO SISTEMA DE CONCILIAÇÕES NA CULTURA ORGANIZACIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A cultura organizacional representa o conjunto de premissas básicas sobre as quais se constrói o decidir organizacional. Rodríguez Mansilla (2011, p. 267) explica que a cultura organizacional é uma expressão aceita do estar da organização no mundo ou a explicação que a organização se dá sobre seu estar no mundo. Desde o ponto de vista sistêmico, a cultura organizacional constitui um mecanismo de redução de complexidade. Está composta pelo conjunto dos esquemas de distinção que permitem à organização relacionar-se com seu entorno, oferecendo um mundo disponível no qual se desenvolve o “que fazer” organizacional.

A mudança da cultura organizacional pressupõe que ela seja reconhecida e valorada e ocorre por acoplamento estrutural com o entorno, representando a evolução da organização mediante a provocação haurida e filtrada do ambiente. A mudança, quando absolutamente necessária, tem como pressuposto o diagnóstico e a intervenção, em cujo processo é necessário o envolvimento dos membros da organização. Para que a intervenção seja efetiva tem que ser uma autointervenção.

A conciliação, enquanto mecanismo de solução consensual de conflitos judicializados, se encontra incorporada à cultura organizacional do Poder Judiciário Federal. Na Justiça Federal da 4ª Região existe uma longa tradição conciliatória. Prova da evolução do sistema de conciliações da 4ª Região são as diversas iniciativas premiadas nas cinco edições do Prêmio Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça, entre os anos de 2010 e 2015.

Em 2003, na gestão do Presidente Vladimir Passos de Freitas, o TRF4 iniciou o seu primeiro projeto de conciliação nos processos do Sistema Financeiro de Habitação (PROJECON, Resoluções n.ºs 37/2003 e 10/2004). Foi um projeto pioneiro e que teve um impacto muito positivo sobre processos que se arrastavam por anos discutindo o valor das prestações do Sistema Financeiro de Habitação e gerando insegurança para os mutuários e agentes financeiros. Com a transferência dos créditos do SFH para a ENGEA (Empresa Gestora de Ativos), criada em 2001, foram resolvidos por conciliação milhares de casos, possibilitando o resgate da imensa dívida e, principalmente, que os mutuários quitassem suas obrigações por valores acessíveis e pudessem receber os respectivos títulos de propriedade, em autêntica contribuição para a cidadania.²⁸³

Em 2005, pela Resolução n.º 88, de 29 de julho, foi oficialmente instituído no TRF4 o SISTCON – Sistema de Conciliação, que desenvolveu um intenso trabalho de incentivo à conciliação, com expressivos números contabilizados. O sistema foi baseado, principalmente

²⁸³ Ver sobre o assunto: TRF – 4ª Região, Histórico das Conciliações, Disponível em: www.trf1.jus.br; Santos (2004, p. 9-12). Deve-se destacar o pioneiro trabalho do Juiz Federal Eivaldo Ribeiro dos Santos para o sucesso do PROJECON, que foi, depois, difundido na Justiça Federal de todo o país.

- Estima-se que, como resultados diretos das conciliações, aproximadamente 50.000 (cinquenta mil) processos foram extintos e a ENGEA recuperou R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

- Na primeira edição do prêmio Conciliar é Legal, em 2010, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi o vencedor na categoria Tribunais Federais, pela realização, desde 2003, de mutirões de conciliação nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, os quais, inicialmente, versavam sobre Sistema Financeiro de Habitação, mas, posteriormente, se estenderam para inúmeras matérias, tais como: expurgos inflacionários em poupanças, execuções fiscais de Conselhos Profissionais, FGTS, direito previdenciário, contratos bancários (cheque especial, crédito direto ao consumidor, empréstimo de pessoa jurídica), Financiamento Estudantil, direito ambiental, medicamentos e desapropriação. Segundo a comissão julgadora, o projeto demonstrou inovação e criatividade ao estender a possibilidade de conciliação a matérias em que antes não se admitia a sua realização, por versar sobre direitos indisponíveis. Maiores informações podem ser obtidas no portal do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>>. Disponível em 02 jun. 2015.

em um projeto-piloto desenvolvido na matéria do Sistema Financeiro da Habitação por meio do Projeto Conciliação – PROJECON, iniciado em 2003.²⁸⁴

Em 2011, dando cumprimento à Resolução n° 125/CNJ, o TRF4 editou a Resolução n° 15, que dispôs sobre a adequação e ampliação do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 4ª Região à Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, passando o SISTCON a atuar como Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Foram também criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCONS em quase todas as Subseções Judiciárias.

No ano de 2014, nas diversas Subseções Judiciárias da Justiça Federal, foram designadas 37.265 audiências, com 25.801 audiências efetivamente realizadas e 18.783 acordos firmados.²⁸⁵

SOMATÓRIO DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÕES DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO

TOTAL JAN/DEZ -2014	AUDIÊNCIAS DESIGNADA S	AUDIÊNCIAS REALIZADA S	ACORDOS HOMOLOGADO S	VALORES HOMOLOGADO S
TRF4ªR	420	366	366	19.357.741,66
SJs	36.845	25.435	18.417	210.193.334,46
Total	37.265	25.801	18.783	229.551.076,12

Fonte: SISTCON NPCON TRF4

9.4 CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL E CIDADANIA COMO ESTRUTURA PARA RACIONALIZAR A FUNCIONALIDADE DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

É comum entre os atores jurídicos tratar a mediação e a conciliação nos Juizados Especiais como uma resposta à sua crise quantitativa, ou seja, o excesso de processos para julgar.

Viceja, a rigor, um discurso de afastamento do Judiciário de algumas espécies de controvérsias que deveriam ser desviadas para órgãos alheios ao aparato judicial, de natureza particular, e que operassem segundo um procedimento mais flexível e informal, mantendo-se

²⁸⁴ Outras informações sobre a história do Sistema Conciliação do TRF-4ª Região são encontradas no portal do TRF4. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=433. Acesso em: 24 ago. 2014.

²⁸⁵ Dados: SIAPRO e-Proc e-ProcV2 do TRF4.

a via judicial para as demandas mais complexas, de maior valor econômico e envolvendo partes capazes de enfrentar o custo mais elevado de tais demandas.

Ocorre que esta premissa não se confirma totalmente nos Juizados Especiais. Ao contrário, tanto a conciliação como a mediação são feitas dentro da Justiça, que as trata a partir de uma nova racionalidade, transferindo às partes a busca da solução que dentro dos parâmetros do direito melhor atenda aos seus interesses.

No modelo informal do JEF, em que a conciliação é toda coordenada por juízes e operacionalizada por servidores e conciliadores, mas sempre sob a supervisão dos juízes, a lógica que enxerga a autocomposição como um mecanismo para desafogar o Poder Judiciário é relativizada. Afinal, é a própria estrutura judicial que se ocupa das tarefas operacionais.

Não é totalmente certo afirmar-se que a conciliação no JEF, estando centrada na figura do juiz, irá reduzir sua carga de trabalho e permitir mais tempo para outros processos. Não é bem isso que a prática aponta. Desde a gestão política, passando pela realização da audiência, até a homologação do acordo e controle de seu cumprimento, muito trabalho é desenvolvido, muito tempo é despendido.

A criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual e Cidadania – CEJUSCONs, estrutura concebida pela Resolução nº 125-CNJ, de 2010, arts. 8º a 10,²⁸⁶ visa exatamente, ao tempo em que profissionaliza a funcionalidade conciliatória, retirar do âmbito das varas de JEF o trabalho dirigido à conciliação, que passa a ser executado por uma estrutura *a latere*, embora permaneça o processo vinculado ao juiz natural.

A dinâmica, com variações, é basicamente a seguinte: o processo é selecionado pela vara e encaminhado para o CEJUSCON, que toma todas as providências para a realização da audiência conciliatória, cabendo ao juiz coordenador homologar o eventual acordo. O crédito, para fins estatísticos, é conferido ao juízo de origem.²⁸⁷

Poder-se-ia objetar que o descolamento da conciliação das varas de JEF implicaria a supressão de sua função constitucional conciliatória e a consequente descaracterização destas enquanto vara de JEF. O CEJUSCON, tal como estruturado, não recebendo o processo como redistribuição, apenas funciona como uma *longa manus* do juízo de origem, possibilitando

²⁸⁶ O art. 165 do NCPC dispõe também sobre a obrigatoriedade de os tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que ficarão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

²⁸⁷ Art. 8º, § 8º: Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em razão da solicitação estabelecida no parágrafo anterior reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

maior profissionalismo e eficiência. A competência do juízo de origem é mantida para resolver as demais questões incidentais.

Além da vantagem da especialização, o CEJUSCON possibilita a racionalização da atividade das varas de JEF, na medida em que a dispensa da realização de muitas audiências conciliatórias, sempre trabalhosas e demoradas. Em última análise, auxilia a vara na redução da pauta de audiências, especializa o trabalho conciliatório e possibilita ao juiz e aos servidores a dedicação de mais tempo para os processos que não são suscetíveis de conciliação, permitindo a qualificação das decisões.

Na prática, tendo vingado o entendimento de não ser obrigatória a remessa dos processos ao CEJUSCON, ao menos da Justiça Federal da 4ª Região, em razão da redação do art. 8º da Resolução nº 125-CNJ e da ressalva no art. 9º, § 1º,²⁸⁸ muitos juízes preferem realizar as audiências com a estrutura da própria vara e não abrem mão de estar com o controle total do processo. Esta prática, de certa forma, esvazia a atuação dos referidos Centros, que hoje desenvolvem, em sua maioria, atividade reduzida, tanto pela não alimentação (remessa de processos), como pela estrutura deficiente que lhes foi conferida pelos Tribunais. Alguns, recém criados, já estão desativados.

A obrigatoriedade de atuarem no CEJUSCON servidores com dedicação exclusiva, conforme dispõe o art. 8º, § 2º, da Resolução nº 125 (“Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos”) ainda não foi integralmente cumprida, persistindo o estado de abandono de tais centros, apesar de terem sido um investimento oneroso para a Justiça Federal.

Outro problema, no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, é que os Centros de Solução de Conflitos e Cidadania não estão estruturados para prestar o atendimento de cidadania para os quais foram instituídos. A ideia era de que funcionassem como uma espécie de tribunal multiportas, realizando a triagem para definir qual a melhor opção para o cidadão:

²⁸⁸ Art. 8º: Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, *preferencialmente*, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31/01/13). Art. 9º, § 1º: As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, *excepcionalmente*, ser realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro. (grifos nossos)

prestando assessoria jurídica, encaminhando os casos vocacionados para a conciliação ou adjudicação ou mesmo recomendando, quando necessário, o retorno à via administrativa.

Na prática atuam apenas nos conflitos judicializados realizando muito mais conciliações processuais e pouquíssimas conciliações pré-processuais, em desatenção ao art. 10 da Resolução nº 125 do CNJ: “Os Centros deverão obrigatoriamente abranger setor de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania” (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31/01/13).

No VII Curso dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, realizado nos dias 02 e 03 de setembro de 2014, em Curitiba-PR, teve-se oportunidade de coordenar um grupo focal (oficina) sobre conciliação no JEF. Na oportunidade, discutiu-se com todos os juízes que atuam em Juizado o futuro dos CEJUSCONs. A discussão temática foi bastante produtiva, tendo resultado dos trabalhos o seguinte enunciado administrativo que foi aprovado pelo Plenário:

Grupo II - Conciliações nos Juizados Especiais Federais

Enunciado 5 – Quanto aos CEJUSCONs, recomenda-se seja feita uma análise, pelo SISTCOM, sobre a conveniência de sua manutenção em subseções de pequeno porte (com apenas uma Vara de JEF), e, sobretudo, que possam contar com estrutura adequada nas subseções em que necessários.

9.5 O JUIZ CONCILIADOR E O CONCILIADOR NÃO JUIZ: QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O PAPEL DO JUIZ E DO CONCILIADOR

A autocomposição no âmbito e sob a supervisão do Poder Judiciário é o tema desta tese, que cuida da consensualidade no JEF, sem embargo da necessária reflexão sobre deixar-se alguns conflitos, conforme a sua natureza, para serem solvidos fora do Poder Judiciário por mediação e conciliação extrajudiciais.²⁸⁹ Portanto, é necessário tematizar o papel do juiz e dos conciliadores.

Neste tópico pretende-se discutir o papel do juiz e dos conciliadores na política e na práxis da conciliação. Quais são as funções do juiz na conciliação? Seria a presença física do juiz indispensável nas sessões conciliatórias? Quais são as funções do conciliador não juiz? Considerando que as conciliações, no JEF, passam sempre por uma discussão de direito, diante da presença maciça do Poder Público nos seus conflitos, teríamos êxito nas

²⁸⁹ Nesse sentido, o NCPC, ao prever a existência de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação (art. 167).

conciliações se fossem conduzidas por conciliadores sem formação em direito? Essas as indagações que se intenta responder, a partir da experiência da Justiça Federal.

9.5.1 Juiz gestor político das conciliações

Alguns juízes, já se disse, alimentam preconceitos não autênticos contra a conciliação judicial. Os motivos são: falta de tempo, excesso de processos que os impede de fazer a seleção dos casos conciliáveis, prática de supressão de direitos (“barganha de direitos”), facilidades para a solução adjudicada por sentença e necessidade de dar-se uma resposta estatística em termos de metas e objetivos traçados pela Administração da Justiça.

Como bem observa Carreira Alvim (2002, p. 33-4),

É pena que os juízes togados não dêem à conciliação a importância que deveriam dar e, mesmo quando a ‘promovam’, façam-no de forma mecânica e tão artificial, que mais parece o cumprimento de um ritual para se chegar mais rapidamente ao fim do processo e à sentença”. E arremata: “No dia em que os juízes entenderem que a função conciliatória é tão eficaz quanto a função jurisdicional, talvez ela se mostre mais eficaz, cumprindo o seu efetivo papel de via alternativa na resolução de conflitos.

A atitude maniqueísta dos juízes em relação à conciliação, além de se contrapor ao movimento constitucional de democratização da jurisdição do JEF, obsta, num apriorismo despido de racionalidade coerente, a plena efetividade da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos traçada pela Resolução nº 125/CNJ, sonogando às partes o direito à autocomposição.

Entre as atividades do juiz voltadas à conciliação, as duas mais relevantes são a gestão política, que precede a audiência ou a sessão de conciliação, e a atuação na presidência desta audiência, onde será desenvolvida a técnica de solução consensual de conflitos que tenha o juiz adquirido.

A gestão política consistente é o pressuposto para o tratamento adequado do conflito de interesses. Representa o esforço político de convencimento das partes e advogados sobre as vantagens da conciliação de forma a garantir: (1) o apoio simbólico no sentido da aceitação da submissão a uma prévia tentativa de conciliação que não tem caráter obrigatório, e (2) suas presenças na audiência ou, ao menos, a apresentação de proposta conciliatória por escrito e/ou aceitação desta quando não for possível a realização de audiência.

Representa a gestão política, sem dúvida, o trabalho mais árduo e que mais tempo demanda do magistrado. Sem tratativas, concertos e compromissos prévios não se obtém

sucesso na aproximação das partes para uma solução autocompositiva, sobretudo porque se sabe da intransigência que caracteriza a atuação do poder público nos conflitos em que é parte e a usual oposição de barreiras às práticas consensuais de solução de conflito, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

A Resolução nº 125/CNJ conferiu um destaque especial à busca da cooperação dos órgãos públicos a partir do apoio do Conselho Nacional de Justiça. De fato, sobre esse aspecto, a Resolução menciona, em mais de uma oportunidade, a possibilidade de o Conselho firmar parcerias com entidades públicas e privadas para o implemento da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

O inciso VI do artigo 6º dispõe que cabe ao CNJ “estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios”. Ademais, o inciso VIII do mesmo artigo enumera como atribuição do Conselho “atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência”.

Papel semelhante de interlocução com os órgãos públicos é desempenhado pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como se observa do artigo 7º, III e IX (“III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º”; “IX – firmar, quando necessário, convênio e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução”). Portanto, cabe ao CNJ traçar a política macro, com diretrizes e orientações gerais válidas para todo o território nacional, mas aos Núcleos Permanentes competirá desenvolvê-las regionalmente no âmbito de sua atuação, adequando-as à sua realidade.

Desse modo, a interlocução com os entes públicos em geral, e com o INSS em particular, é estabelecida em três níveis: a) o contato institucional entre a cúpula do Judiciário e a presidência do INSS e a chefia da Procuradoria Federal Especializada do INSS é feito pelo CNJ; em outros termos, o CNJ atua como *interface* entre a Justiça e os parceiros com vistas à reforma cooperativa e consensual da Justiça; b) em outro patamar, o contato dos Tribunais Regionais Federais com as chefias regionais é realizado mediante ações dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; c) no âmbito local, o contato entre as Varas Federais e a chefia do INSS é feito por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e, quando inexistentes, pelo próprio juiz em contato direto com os procuradores federais que atuam perante a sua respectiva Subseção.

De todo modo, o sistema de gestão descrito acima parte do tratamento institucional amplo e genérico até chegar ao nível propriamente mais operacional do contato direto entre juiz e procurador diante de casos concretos. É certo que, como parte da Política Judiciária Nacional, esses diferentes níveis devem ser harmônicos entre si. Assim, as decisões do CNJ devem ser implementadas pela base. Da mesma forma, é conveniente que exista um canal de comunicação entre as ações da base e o CNJ, de maneira que práticas individuais exitosas não se percam na imensidão do território nacional e que problemas recorrentes verificados na base não sejam descurados pelos gestores do Movimento Nacional pela Conciliação.

Mostrou-se, assim, quais os níveis de gestão podem ser operacionalizados,²⁹⁰ cumprindo reafirmar que, no nível local, o trabalho do juiz junto aos advogados (no caso, aqueles escritórios que reúnam o maior número de processos no JEF), e aos Procuradores Federais que representam os interesses do INSS em juízo, os Procuradores da Caixa Econômica Federal e os Advogados da União (para ficar nos principais), é fundamental para o sucesso dos programas conciliatórios da sua unidade.

Quando tais programas fiquem ao cargo dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCON, em nível local, ou dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, no nível regional, incumbirá ao respectivo juiz coordenador a gestão política preparatória das audiências/sessões de conciliação.²⁹¹

Outro enunciado aprovado no VII Curso dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, realizado nos dias 02 e 03 de setembro de 2014, em Curitiba-PR, teve a seguinte redação:

Enunciado 2 - Para o sucesso da política de conciliações nos JEFs, é condição necessária a gestão política nos níveis nacional, regional e local, possibilitando, pelo diálogo interinstitucional, a superação das barreiras hoje existentes.

9.5.2 Papel do Juiz e dos Conciliadores na audiência de conciliação

Assentado que o gerenciamento político implantado pelo juiz, contemplando o amplo diálogo com as entidades públicas, procuradorias e advogados privados, em um trabalho

²⁹⁰ Para uma análise mais completa, sugere-se a leitura de Vaz e Takahashi (2011b, p. 49-50).

²⁹¹ Os Centros e os Núcleos são estruturas criadas pelos Tribunais, nos termos dos arts. 7º a 10 da Resolução nº 125 do CNJ, para dar cumprimento à política de tratamento adequado dos conflitos. Os Núcleos são os órgãos de inteligência e coordenação do sistema, enquanto os Centros são os órgãos operacionais. “Art. 9º: Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores”.

planejado de convencimento, é pressuposto para o sucesso da política de conciliações no âmbito do Poder Judiciário, pode-se avançar para um segundo aspecto: a questão da presença do juiz na audiência conciliatória.

A Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no seu art. 16, dispõe que "cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação". Some-se a exortação do art. 139, V, do NCPC, para que o juiz promova a autocomposição, "*preferencialmente, com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais*" (grifei).

Watanabe (1987, p. 24) mostrava, desde a criação dos Juizados de Pequenas Causas, que a concepção da figura do conciliador possibilitaria a especialização, a qual deveria crescer com a capacitação e a experiência. Além disso, a figura do conciliador possibilitaria "a atuação mais livre durante as tentativas de conciliação, sem os bloqueios psicológicos do juiz conciliador que atua preocupado em não prejudicar".

E há, ainda, a vantagem de possibilitar a formulação de propostas e contrapropostas, discussão em torno delas, sua aceitação parcial ou recusa total, enfim o encaminhamento da conciliação sem o receio de provocar a irritação do julgador da causa ou de lhe adiantar desde logo os elementos de convicção.

No mesmo sentido, Perrot (1998, p. 165), comentando o sistema judicial francês, concluiu que a utilização do conciliador é recomendável.

Prova com efeito a experiência que o juiz muito raramente consegue cumprir tal missão, que exige de sua parte grande disponibilidade, para a qual com frequência lhe falta tempo; de outro lado, nem sempre o juiz é a pessoa mais bem situada para sugerir uma solução de compromisso que se arriscaria a ser interpretada, no espírito dos litigantes, como uma sorte de julgamento antecipado. Daí a ideia de que talvez seja preferível recorrer a personalidades externas, que não são juízes, mas que dispõem da confiança das partes e procurarão com elas um terreno de entendimento possível, seja antes do processo (conciliação), seja no respectivo curso (mediação).

No sistema conciliatório estruturado para o Brasil a presença física do juiz na audiência de conciliação não é necessária. Seu papel de supervisor pode se desenvolver a despeito de sua presença física na audiência, bastando que esteja disponível, no seu gabinete ou nas dependências do foro, para solucionar eventuais problemas. Sendo possível, até por outros meios (videoconferência, telefone ou skipe, v.g.) poderá exercer a supervisão preconizada. Nada impede, todavia, que presida a audiência se assim entender melhor em casos mais complexos, conforme sua disponibilidade de tempo.

Ao juiz supervisor caberá solucionar as eventuais questões complexas de direito que possam ser suscitadas durante a negociação, coadjuvando e suprimindo as deficiências do conciliador. A presença do juiz, embora não seja indispensável em toda a audiência, poderá se fazer necessária a qualquer momento. Ordinariamente, cumpre ao conciliador resolver as questões suscitadas na audiência.

Consoante pesquisa CEJ/IPEA (2012, p. 135), ao contrário do que preconiza o modelo institucional dos juizados especiais, em que um conciliador especialmente designado para o desempenho da função comparece como figura importante na solução dos conflitos, os conciliadores não têm o mesmo destaque no dia a dia do Juizado Especial Federal. Segundo a referida pesquisa, a responsabilidade pela condução das audiências de conciliação se distribui igualmente entre os próprios juízes (42,1%) e conciliadores (42,1%), destacando-se que em 22,5% dos casos são os próprios servidores da vara que atuam como conciliadores.

A mesma pesquisa (2012, p. 135) observou que 50% dos conciliadores que conduzem as audiências não frequentaram cursos de capacitação e treinamento em princípios e técnicas de conciliação, também que raramente demonstravam habilidades específicas e conhecimento de tais técnicas.²⁹²

Nas audiências conciliatórias do JEF, já se disse, atuam juízes e conciliadores, dividindo o trabalho de forma mais ou menos equânime, com variações de vara para vara. A experiência tem demonstrado que os acordos acontecem com maior frequência quando a audiência é conduzida por um juiz. Os conciliadores são servidores da Justiça Federal e voluntários, recrutados entre estudantes e advogados, que recebem capacitação para o desempenho da função.

A Lei nº 13.140/15, que disciplina a mediação/conciliação, no seu art. 11 elencou os requisitos para ser mediador judicial, a saber: capacidade civil, graduação em qualquer curso

²⁹² “**Enunciado 6** - Faz-se necessário o desenvolvimento de políticas de capacitação de conciliadores (cursos online e presenciais) para atuarem nas conciliações do JEF, possibilitando que, no futuro, seja dispensada a presença do juiz, que deve atuar preferentemente na supervisão dos trabalhos” (VII Curso dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, realizado nos dias 02 e 03 de setembro de 2014, em Curitiba-PR, Oficina Conciliações no JEF, Coordenador Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz).

- Pela redação do art. 167 do NCPC, os conciliadores somente poderão atuar se inscritos no cadastro nacional e em cadastro dos tribunais, que manterão registros de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional, sendo pressuposto para a inscrição a realização de curso de capacitação mínima, conforme parâmetro curricular definido do Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

- Na Justiça Federal da 4ª Região, a capacitação tem sido exigida, e foram, a propósito, realizados, até o momento, 05 (cinco) cursos objetivando capacitar aqueles que irão atuar no JEF como conciliadores, sendo ministrados 02 (dois) durante o ano de 2014 e 01(um) nos anos de 2012, 2013 e 2015, com um total de 442 inscritos. A formação dos futuros conciliadores foi implementada em três etapas de aprovação independente, tendo sido alcançados os seguintes resultados: 1ª etapa (EAD) 265 aprovados; 2ª etapa (presencial) 247 aprovados; 3ª etapa (estágio) 161 aprovados.

superior de instituição reconhecida pelo MEC, há mais de dois anos,²⁹³ capacitação em escola de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos Tribunais, observados os requisitos estabelecidos pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça.

É criticável o novo texto legal no ponto em que não exige a formação em Direito dos conciliadores ou, pelo menos, não excepciona os conflitos da Justiça Federal. Pensou apenas na figura do mediador dos conflitos de vizinhança, família, relações de consumo etc.

Nos litígios típicos da Justiça Federal, tendo como parte o Poder Público, ao contrário daqueles que são objeto dos processos da Justiça Estadual, a discussão, além das questões de fato, quase sempre se estabelece em torno da interpretação de textos legais, havendo, inclusive, a necessidade comum de explicitar, principalmente ao autor, aspectos jurídicos que constituem o núcleo essencial do conflito e do seu direito, sem embargo do papel essencial do seu advogado.

Observam-se, bem nítidas, nas audiências ou sessões de conciliação no JEF as seguintes fases: a) sensibilização das partes sobre as vantagens de buscarem uma solução amigável (o que não representa pressionar as partes); b) esclarecimento quanto ao conteúdo do litígio e aos critérios objetivos que irão pautar as propostas de negociação e a construção do consenso (na medida do possível, é importante permitir às partes criar e definir as regras que irão regular o seu processo de tomada de decisão); c) estabelecimento do diálogo acerca das bases para um acordo mediante argumentação (favorecimento de trocas construtivas e estímulo às comunicações discursivas e no enquadramento das negociações); d) fechamento do acordo proposto e a definição dos direitos e deveres das partes; e) homologação. Este roteiro da audiência de conciliação mostra que quase todas as etapas pressupõem domínio sobre matérias de direito.

Vale lembrar que o art. 16, § 1º, da Lei nº 12.153/2009 (Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública), aplicável também ao rito JEF (art. 26), autoriza o conciliador a praticar atos de instrução do processo ouvindo partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia. Estes depoimentos poderão dispensar a colheita de prova oral se forem suficientes para o julgamento da causa e não houver o acolhimento de impugnação fundamentada de qualquer das partes (§ 2º).²⁹⁴ Seria no mínimo temerário conferir poderes instrutórios, ainda que parciais, a um conciliador leigo em direito.

²⁹³ O NCPC, no art. 167, não exige o tempo mínimo de dois anos.

²⁹⁴ Para um aprofundamento dessa possibilidade, consultar, Cardoso (2010).

Por isso, é preciso tematizar a necessidade de os conciliadores possuírem um razoável conhecimento jurídico sobre a matéria versada no conflito como condição para um melhor aproveitamento na Justiça Federal e, por conseguinte, no JEF. Pela experiência de muitos anos lidando com conciliações na Justiça Federal, vejo pouca serventia em conciliadores que não tenham o mínimo conhecimento das matérias de direito objeto dos conflitos federais. Nada impede, ao meu sentir, que esta Justiça, ao formar seus quadros de conciliadores, concursados ou não, exija a formação em Direito.

Se quisermos levar adiante a ideia das conciliações, faz-se mister repensar o sistema de recrutamento, capacitação e de remuneração dos conciliadores para o trabalho na Justiça Federal. Não basta a capacitação sobre técnicas de conciliação, sendo indispensável, senão o domínio da matéria de direito discutida no conflito, ao menos noções, principalmente de direito administrativo e previdenciário.

De acordo com o art. 169 do NCPC, “o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça”. A regra passa ser a remuneração. Com ela fica superada a gratuidade destes serviços, que, embora tenha sido necessária, não foi positiva, pois, além da desqualificação, jamais permitiu a organização e a continuidade dos trabalhos devido à alta rotatividade dos conciliadores recrutados.

O desafio ou condição para o sucesso da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse passa pela criação de um quadro de conciliadores capacitados e remunerados para desempenhar este papel, desonerando os juízes e a força de trabalho das varas. De acordo com o NCPC, art. 167, § 6º, poderão os tribunais optar pela criação de quadros próprios de conciliadores, a serem preenchidos por concurso público de provas e títulos. Defende-se que essa seria a solução ideal, ou seja, a profissionalização remunerada do encargo, como condição para o sucesso da política pública de conciliações no âmbito do Poder Judiciário. É claro que a criação dos cargos depende de lei. Portanto, neste interregno até a entrada em vigor da Lei de Mediação e Conciliação e do NCPC, deveriam os tribunais deflagrar ampla discussão sobre as suas intenções de criação de tais cargos, definindo requisitos, atribuições, número necessário de conciliadores, critérios de remuneração etc.

9.6 PRINCIPAIS PROJETOS DESENVOLVIDOS NA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O TRF4, já se disse e não custa repetir, tem sido reconhecido como o tribunal federal do país com maior índice de conciliações, o que lhe tem rendido inúmeras premiações e menções honrosas no “Prêmio Conciliar é Legal”, conferido a práticas inovadoras de conciliação no âmbito Judiciário desde a sua criação. Esse concurso reconhece as práticas de sucesso, estimula a criatividade e dissemina a cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos. Vai descrever a seguir iniciativas de sucesso no âmbito da 4ª Região reportando a estrutura e a dinâmica dos principais projetos conciliatórios.

9.6.1 Projeto Sistemas Integrados de Perícias Médicas e Conciliação

Para atender a matéria previdenciária e ações de medicamentos foram criados sistemas integrados de perícias médicas e de conciliação. A ideia era reduzir o tempo de tramitação dos processos e os custos de perícias, melhorar o atendimento às partes pela centralização das rotinas e minimizar o trabalho das Varas e JEFs Previdenciários da Justiça Federal da 4ª Região. As Seções Judiciárias do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina implantaram os Sistemas Integrados de Perícias Médicas e de Conciliações. Atualmente, estão em pleno funcionamento: o Sistema de Conciliação Pré-Processual – SICOPP-PR, o Sistema de Perícias Médicas e de Conciliações Pré-Processuais nas matérias de Competência das Varas e JEFs Previdenciários – SICOPREV-RS²⁹⁵ e o Sistema de Conciliações e Perícias Médicas – SICOPEM-SC.²⁹⁶

Em todos os sistemas são realizadas perícias médicas em várias especialidades, em salas disponibilizadas e totalmente equipadas. Com exceção da especialidade de Infectologia e daquelas que dependem da utilização de equipamentos específicos para a realização do exame (ginecologia, oftalmologia, otorrinolaringologia, proctologia e urologia), que são realizadas nos consultórios. O laudo é juntado até cinco dias após a realização da perícia. Sendo o autor incapaz para as atividades laborais e estando presentes os requisitos para

²⁹⁵ A sistemática de conciliação adotada no Sicoprev, aplicável a ações judiciais previdenciárias que discutem a concessão de benefícios por incapacidade, foi premiada com Menção Honrosa na 10ª edição do Prêmio Innovare (2013). Em funcionamento desde o final do ano de 2012, até o mês de novembro de 2013, realizou mais de 17 mil perícias e 5.400 audiências, com índices de acordo superiores a 95%. Os benefícios pagos à população ultrapassaram R\$ 35,5 milhões, em processos com tramitação média de 60 dias entre o ajuizamento e a resolução por meio de acordo. Notícia disponível em: <<http://www2.jfrs.jus.br/?p=10198>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

²⁹⁶ Sobre o SICOPREV, ver Torres (2014), apresentando a organização do projeto e os resultados obtidos com a experiência no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região.

concessão de benefício, é designada audiência de conciliação. Os cálculos, intimações, organização de audiências são realizados pelos servidores, estagiários e conciliadores que atuam nos sistemas.

No caso da audiência realizada sem acordo, o processo é devolvido de imediato à Vara de origem. Havendo acordo, a sentença de homologação do acordo transitará em julgado no ato. Após certificar o trânsito em julgado, o próprio sistema requisita a implantação do benefício e remete o processo à Vara de origem.

Segue o relatório com os números produzidos pelo Projeto no ano de 2014.

RELATÓRIO DOS SISTEMAS DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO SISTEMA INTEGRADO - CONCILIAÇÕES E PERÍCIAS - 2014

SISTEMA SJ e VF	AUDIÊNCIAS DESIGNADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS HOMOLOGADOS	VALORES HOMOLOGADOS
SICOPP	2190	2190	1291	6.435.236,59
SICOPEN	343	317	128	778.347,67
SICOPREV	2411	2313	2253	15.398.605,57

Fonte: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_rel-sicopp-sicopem-26vf-2014-em-2015-jan.pdf

9.6.2 Projeto Gabinete de apoio à conciliação do INSS no TRF4

O TRF4 conta com o Gabinete de Conciliação do INSS, instalado em 2009, a partir de um Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o Tribunal, a Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS - PFE/INSS, que é uma unidade da Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), e o Ministério da Previdência Social. A parceria vem alcançando excelentes resultados dando, pela via conciliatória, uma solução rápida, econômica e definitiva aos recursos que tramitam nos gabinetes previdenciários.

Estruturalmente, o gabinete de apoio ao INSS é formado por 01 (um) Procurador Federal, 03 (três) servidores do INSS, 02 (dois) estagiários do INSS e 02 (dois) estagiários do TRF4, sendo coadjuvado nas audiências conciliatórias pelos servidores do TRF4 que compõem o SISTCON.

A dinâmica operacional é a seguinte: realiza-se uma primeira análise dos processos encaminhados para o gabinete de auxílio, oriundos das Turmas Previdenciárias do Tribunal, objetivando selecionar aqueles cujas matérias são passíveis de conciliação; a partir daí, são efetuados os cálculos com a ajuda do setor competente do TRF4 e apresentada proposta de acordo para as partes; a seguir, marca-se a audiência de conciliação. Homologado o acordo, é remetido à Autarquia Previdenciária para implantação imediata do benefício. Havendo verbas em atraso, encaminha-se para a confecção de RPV ou Precatório.

Segue o quadro estatístico demonstrando a operosidade do gabinete de apoio à conciliação do INSS no TRF4:

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
GABINETE DE APOIO À CONCILIAÇÃO DO INSS- ANO 2014**

SISTCON TRF4ªR	PROPOSTAS DE CONCILIAÇÃO APRESENTADAS NOS AUTOS		TOTAL DE ACORDOS HOMOLOGADOS	
JAN/DEZ	1.582		1.408	
SISTCON TRF4ªR 2014	AUDIÊNCIAS DESIGNADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS HOMOLOGADOS	VALORES HOMOLOGADOS
JAN/DEZ	420	366	366	19.357.741,66

Fonte: SISTCON (Sistema de Conciliação do TRF4)

9.6.3 Projeto Fórum de Conciliação Virtual: estrutura e dinâmica de funcionamento

Sob os auspícios desse projeto foi criada uma funcionalidade no processo eletrônico da Justiça Federal que permite a autocomposição de conflitos em ambiente virtual. O projeto foi conduzido pelos juízes federais Eduardo Didonet Teixeira e Ingrid Schroder Sliwka. Trata-se de um espaço simplificado e eletrônico de conversação direta, ao abrigo do processo eletrônico, por meio da ferramenta denominada “Fórum de Conciliação Virtual”.²⁹⁷ A ferramenta eletrônica permite a aproximação das partes para a resolução dos conflitos sem a necessidade de comparecimento na Justiça para audiências de conciliação em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ou nas Varas Federais.

O Fórum de Conciliação Virtual desenvolve-se em ambiente inteiramente virtual e assíncrono, sem a participação de juiz ou de conciliadores, de forma integrada ao processo eletrônico, primando pela simplicidade, confidencialidade, informalidade, desmaterialização e desterritorialização da solução das demandas.

Desta forma, em ações de massa, especialmente nos litígios que envolvem os maiores litigantes perante o Poder Judiciário,²⁹⁸ em demandas em que a litigiosidade não seja elevada e em processos devidamente instruídos com produção probatória completa quanto às

²⁹⁷ O Projeto Fórum de Conciliação Virtual foi premiado na 4ª edição do “Conciliar é Legal”, na categoria Tribunal Regional Federal.

²⁹⁸ Entre as partes constantes da Listagem do CNJ dos 100 Maiores Litigantes, os quatro primeiros lugares são ocupados por entes sujeitos à jurisdição da Justiça Federal: Instituto Nacional do Seguro Social, Caixa Econômica Federal, Fazenda Nacional e União, respectivamente. A relação, de 2011, está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2015.

questões fáticas, a solução conciliatória se apresenta como via adequada não apenas para a pacificação de conflitos, como ainda para o próprio exercício da cidadania.

A disciplina do Fórum de Conciliação Virtual deu-se pela Resolução nº 125, de 22 de novembro de 2012, com aplicação restrita às ações de execução fiscal ajuizadas pelos Conselhos de Fiscalização Profissional, execuções de título extrajudicial e ações monitórias.

Em linhas gerais, a dinâmica do Fórum é a seguinte: (1) a parte ré (ação monitória) ou executada (execuções fiscais e de títulos extrajudiciais) acessa o Fórum a partir do próprio processo, assim como seu advogado; (2) as instruções de acesso são informadas à parte nos despachos, nos mandados e nas cartas de citação; (3) os advogados também podem acessar o Fórum através de seu painel no processo eletrônico e são intimados de todos os principais atos, caso tenha sido criado por seu constituinte; (4) as partes sem advogado recebem mensagens sobre o andamento do Fórum em endereço eletrônico por elas indicado; (5) criado um Fórum, a parte exequente ou autora realiza o acompanhamento do seu andamento através do painel do procurador; (6) as conversações a partir da abertura pela entidade devem ser feitas no prazo de até 15 dias; (7) encerrado o Fórum com acordo, é gerado evento no processo eletrônico com os termos avençados para análise judicial e suspensão ou extinção do feito, caso homologado o acordo; (8) encerrado sem acordo, o processo tem prosseguimento normal, sem que as tratativas impliquem reconhecimento de dívida ou vinculação às propostas apresentadas, sendo as negociações privativas das partes; (9) os principais andamentos do Fórum quanto à criação, abertura e encerramento geram eventos no processo eletrônico, que permitem às unidades processantes proceder à suspensão ou tramitação do feito na forma cabível; (10) o conteúdo das conversações fica disponível às partes pelo prazo de 30 dias para as consultas entendidas necessárias.

O Fórum tem sido utilizado pelas Seções Judiciárias do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul desde o ano de 2013. No Rio Grande do Sul, entre janeiro de 2013 e final do mês de agosto de 2014 foram encerrados 680 fóruns em processos, com índices de acordo em cerca de 20% dos casos. O percentual aumenta se consideradas outras tantas composições facilitadas a partir das conversações ali travadas, mas finalizadas em momento posterior.

Em 15 de maio de 2014 foi editada a Resolução nº 73, da Presidência do TRF-4ª Região, estendendo a sistemática de conciliação do Fórum para novas classes processuais, como os procedimentos dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Previdenciários e os cumprimentos de sentença, que também têm natureza executiva.

Para os processos do JEF, procurou-se reproduzir, em meio eletrônico, a sistemática de trabalho prévia às audiências de conciliação já adotadas nas Varas com competência para

os Juizados Cíveis e Previdenciários, seja no Sistema de Perícias Médicas e Conciliações em Matéria Previdenciária – SICOPREV desenvolvido pela Justiça Federal do RS, seja nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCONs, seja nas próprias Varas das diversas Subseções Judiciárias do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina.

O Fórum de Conciliação Virtual constitui uma ferramenta ágil e de singela utilização, com potencial para ser amplamente aplicada no âmbito da Justiça Federal, pois está perfeitamente harmonizada com a realidade do processo eletrônico, possibilitando a autocomposição dos conflitos com as facilidades de uma plataforma virtual, contribuindo, dessa forma, para a desburocratização e melhoria dos serviços judiciais.

9.6.4 A experiência da Vara Federal da Conciliação da 4ª Região: criação, estrutura, dinâmica de funcionamento e números obtidos

No período de 2015-2020, a Justiça Federal da 4ª Região será responsável pelo macrodesafio proposto pelo Conselho Nacional de Justiça de adotar soluções alternativas no âmbito da Justiça Federal. Cumpre-lhe, portanto, pensar meios extrajudiciais para resolução negociada de conflitos com a participação ativa do cidadão. Com este compromisso e no intuito de atenuar a demanda de trabalho recebida pelas Varas Federais, passou-se a discutir sobre instalação de uma Vara Federal com competência para conciliação de conflitos processuais e pré-processuais em questões cíveis, administrativas, fiscais, previdenciárias e demais que, por sua natureza, a lei permita chegar à solução pacífica, além de atender e orientar os cidadãos.

Assim, depois de longas discussões e acertos, em 17 de março de 2014, pela Resolução nº 38 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi criada a 26ª Vara Federal de Porto Alegre, começando a funcionar a partir de 10 de julho do mesmo ano, na Subseção Judiciária de Porto Alegre - SJ/RS. Sua implantação foi fundamental, tendo em vista a limitada estrutura de pessoal do CEJUSCON-POA em relação ao volume de trabalho existente, bem como diante da necessidade de profissionalização dos serviços referentes à práxis conciliatória.

A grande vantagem está em que a 26ª Vara Federal foi criada com quadro próprio de magistrados e servidores, podendo funcionar sem comprometer e onerar a estrutura das demais Varas com a cedência de servidores. Digna de nota, ainda, é a atuação, em conjunto, de uma estrutura funcional composta por de 35 conciliadores, 57 médicos peritos e 15 assistentes sociais, além dos servidores da Vara.

A Vara Federal da Conciliação está vinculada ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Porto Alegre (CEJUSCON), sob a orientação do Sistema de Conciliações (SISTCON) do TRF da 4ª Região. Tem a função de receber processos, por redistribuição, das Varas Federais da Subseção Judiciária de Porto Alegre e, excepcionalmente, das Varas Federais de Subseções Judiciárias do interior, a critério da Corregedoria Regional.

Nesta Unidade são realizadas as audiências de conciliação com a homologação das sentenças de acordo, elaboração dos cálculos judiciais e imediata confecção de Requisições de Pequeno Valor (RPV) e Precatórios, com posterior pagamento e baixa dos autos sem o retorno à Vara de origem.

Vale salientar, além disso, que as práticas adotadas na 26ª Vara Federal são diferentes daquelas utilizadas nas unidades judiciárias. Ao contrário das demais, a vara da conciliação somente recebe processos por redistribuição, pois não possui competência exclusiva para julgamento de determinadas matérias, a exemplo das varas tributárias ou do sistema financeiro da habitação.

Considerando-se as características ínsitas à Vara da Conciliação, a tramitação de um processo pode seguir dois caminhos, dependendo da matéria, se cível ou previdenciária. Estruturalmente, a Unidade Judiciária é setorizada em (I) Recebimento de Iniciais e Perícias, (II) Setor de Audiências, (III) Setor Cível e (IV) Setor de Cumprimento.

Ao chegar à unidade, os processos previdenciários recebidos por redistribuição são encaminhados ao Setor de Recebimento de Iniciais e Perícias para marcação da data em que será realizada a perícia médica. Efetuado o referido exame e juntado o laudo técnico, sendo a conclusão pela incapacidade do autor e preenchidos os demais requisitos para o acordo, o processo é imediatamente pautado para audiência de conciliação ou encaminhado ao Fórum de Conciliação Virtual – módulo do processo eletrônico que permite às partes a apresentação de propostas e formulação de acordo sem a necessidade de designação de audiência presencial.

Realizada a audiência de conciliação com resultado positivo, ou encerrado o Fórum de Conciliação Virtual com acordo, é proferida sentença homologatória, com implantação do benefício, se for o caso, e prontamente o processo é remetido para confecção de Requisição de Pequeno Valor (RPV) ou Precatório na própria Vara de Conciliação. Com a vinda do demonstrativo de pagamento liberado, as partes são intimadas, e o processo é baixado na unidade.

Cabe destacar que, caso a perícia conclua pela incapacidade do autor, mas não preenchendo ele os requisitos essenciais (carência do benefício, qualidade de segurado, doença preexistente na Data de Início da Incapacidade - DII), o processo é devolvido à origem para prosseguimento. Da mesma forma quando há laudo no sentido de que o demandante é capaz para o trabalho.

Com relação à matéria cível, os processos são encaminhados à vara, pela via da redistribuição. À exceção das execuções fiscais, que possuem crédito de natureza diversa, as demandas cíveis são encaminhadas ao órgão responsável para consulta acerca da viabilidade de conciliação em cada situação particular. Verificado o interesse do órgão em conciliar, os processos seguem para a designação da audiência conciliatória. Havendo acordo na audiência de conciliação, é prolatada a sentença homologatória e expedida RPV ou precatório, se for o caso, com baixa dos atos pela 26ª Vara Federal.

O tempo médio de duração do processo, atualmente, contando a partir da realização da perícia até a sentença homologatória de acordo, é de 180 dias. Em novembro de 2014, o tempo médio de tramitação dos processos na unidade, desde a redistribuição até a homologação do acordo, era de 94 dias.

Valores acordados na Vara de Conciliação anos de 2014 e 2015

Período	Audiências Realizadas	Com acordo	Totais	%
Ano de 2014	2776	2554	R\$ 22.816.341,10	92,00
Ano de 2015 – Janeiro a Junho	1925	1367	R\$ 12.222.091,71	71,01
TOTAIS	4701			

PERÍCIAS MÉDICAS			
Período	Externas Realizadas nos consultórios dos médicos	Internas Realizadas nos consultórios da JFRS	Total
Julho/14 a Junho/15	2.929*	15.777	13.306

PERÍCIAS SOCIAIS

2014 – De julho a dezembro – **320**

2015 – De janeiro a junho – **873**

Fonte: 26ª Vara Federal da Conciliação da 4ª Região

Desde julho de 2014 até abril de 2015, o INSS já pagou R\$ 16.095.357,39 em decorrência de acordos firmados na 26ª Vara Federal da Conciliação. Tais acordos são fechados no percentual médio de 95% do valor efetivamente devido.

Em uma análise ainda preliminar, pode-se concluir que o investimento na criação da Vara da Conciliação foi positivo, tanto no sentido de desobstruir as Varas de JEF e Comuns, como pelo fato de ter resolvido um número razoável de casos com plena satisfação das partes, representado também um incremento na estatística das conciliações da 4ª Região.

10 PARADOXOS DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA JUSTIÇA: DIREITO, TEMPORALIDADE E RADICALISMO

Este derradeiro capítulo intenta discutir criticamente alguns dos temas mais intrincados da teoria e da prática da solução consensual de conflitos no âmbito da Justiça, dividindo-se em quatro partes.

Na primeira, levantam-se as principais vantagens da autocomposição em relação à jurisdição tradicional, conforme têm sido identificadas e utilizadas pela doutrina para a defesa de uma ruptura paradigmática do papel da Justiça na solução dos conflitos.

Na segunda, no contraponto de uma propalada vantagem que é o desapego da perspectiva normativa, aborda-se o papel do direito na autocomposição, considerada a transformação de suas fontes, conteúdo e funcionalidade, em autêntica crítica protetiva do direito e da legislação contra as ameaças ao seu caráter democrático e contributo para a solução de conflitos, notadamente sobre direitos humanos, fundamentais e sociais. A hipótese é de olhar a autocomposição não como abandono do direito, mas como um mecanismo de incremento democratizante na sua construção e efetivação. Ou seja, a participação das partes (sociedade) na solução dos conflitos judicializados contribuindo para a construção democrática e pluralista do direito.

Na terceira, colocam-se em evidência os temores que se escondem detrás do discurso hermético de desvalia da jurisdição fertilizado na doutrina e, principalmente, no âmbito do próprio Poder Judiciário. A hipótese é de que a polarização autocomposição *versus* adjudicação representa uma ameaça ao sistema jurídico e aos usuários da Justiça, na medida em que estigmatiza a função jurisdicional diminuindo sua importância no Estado Democrático de Direito.

Na quarta e última, a partir da análise de uma vantagem que se apregoa para a autocomposição – a sua agilidade na solução dos conflitos –, alerta-se para o risco do açoitamento e da pressa, que, paradoxalmente, a prática temporalizada das sessões conciliatórias traz consigo. Discute-se, assim, a temporalidade kairológica da busca do consenso, com o objetivo de mostrar que conciliar é muito mais uma questão de oportunidade.

10.1 VANTAGENS E RISCOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO: BREVE ESCORÇO SOBRE PONTOS NEGATIVOS E POSITIVOS

Considerando a crise quantitativa da Justiça, é natural que a sua eficiência também seja medida pela capacidade de prevenir demandas. Este desiderato encontra eco na concepção de sistemas adrede estruturados de autocomposição que sejam acessíveis aos potenciais litigantes, com o menor custo possível e atendendo às suas necessidades e interesses.

O processo jurisdicional, com sua profunda dependência em relação aos advogados, como representantes de seus clientes, tende a negar-lhes a oportunidade de assumir o controle de sua própria situação, fortalecendo sua expectativa de um veredito da autoridade externa, o juiz. A autoestima e o sentido de competência e responsabilidade que surgem no processo de autocomposição são atributos importantes para proporcionar autodireção, atenuando a necessidade de os conflitantes continuarem a disputa, na medida em que dilui as hostilidades e promove a cooperação entre eles.

O benefício mais importante da autocomposição, no plano da cidadania, é, portanto, o impulso à autodeterminação e à autonomia. As partes supostamente têm, pela via do processo de solução consensual da disputa, capacidade, autoridade e responsabilidade para estipular, de forma dialógica, o que pode ser melhor para elas mesmas. Na autocomposição, se incentiva as pessoas a avaliar e satisfazer suas próprias necessidades e resolver seus conflitos com responsabilidade, é dizer, sem o paternalismo profissional e estatal.

A conciliação e a mediação, ao facilitar a resolução de conflitos e estimular a autodeterminação das partes, fortalecem os vínculos e valores democráticos, valorizando a dignidade de quem está em conflito por meio da recuperação da autonomia diante dos contextos decisórios, o que representa incremento do nível de sociabilidade e cidadania. A solução adjudicada, ademais, nem sempre tem a capacidade de alcançar as frágeis e complexas relações interpessoais entre membros de uma sociedade, prenhe de complexidade e contingências. A autocomposição, ao contrário, se bem conduzida, oferece muito mais condições para selecionar informações e reduzir a complexidade do caso, possibilitando que os próprios envolvidos cheguem a um consenso.

Diversamente do processo judicial, a ênfase da autocomposição não está em quem tem ou deixa de ter razão, ou quem ganha e quem perde, mas sim em construir uma solução que satisfaça às necessidades singulares dos conflitantes, ainda que por um momento seja necessário ir além do campo normativo ou do direito positivo.

Assim, uma vantagem decorrente da solução consensual da disputa reside na facilitação ao cumprimento voluntário do preceito acordado. Um dos grandes problemas da execução das sentenças judiciais está em que, para o seu cumprimento, é preciso desenvolver uma atividade coercitiva muito custosa na fase de execução forçada.²⁹⁹ Na autocomposição, ao contrário, a finalização do conflito é pactuada e assumida por ambas as partes como a melhor possível, o que conspira favoravelmente ao cumprimento espontâneo.

A autocomposição permite maior maleabilidade às regras processuais e mesmo no campo do direito substantivo. A autoridade suprema na autocomposição reside na vontade e na autonomia dos próprios litigantes, que têm liberdade para negociar sobre o procedimento e também quanto ao desenho de uma solução única e adequada, sem estar estritamente submetidos à jurisprudência dominante, ou preocupados com a criação de novos precedentes para outros conflitos. Além disso, os sistemas autocompositivos, em geral, permitem aplicação da equidade, ou seja, a solução encontrada na regra de justiça que melhor se amolda ao caso, ao invés do julgamento apenas com base no direito enquanto estrutura normativa.

Neste sentido, em termos mais ousados, o art. 190 do NCPC possibilita, nos processos que admitam autocomposição, o acordo sobre o procedimento por meio da cláusula de negociação processual, para adaptar o rito às especificidades da causa, superando a ideia de que caberia ao juiz, exclusivamente, a gestão do procedimento, o “gerenciamento processual”.

Vale ressaltar ainda que os sistemas autocompositivos judiciais³⁰⁰ permitem maior acessibilidade às camadas mais pobres da sociedade para a resolução de seus conflitos, considerando que estas não têm condições de arcar com os altos custos dos processos e dos sistemas de mediação extrajudiciais.

A autocomposição pode reduzir os custos elevados que são despendidos durante o processo judicial, notadamente com advogados e peritos, bem como do Estado, que arca com as despesas de infraestrutura pessoal e material do sistema judicial, em cada uma de suas múltiplas instâncias (o custo mínimo de um processo hoje no Brasil é de R\$ 2.063,39, conforme pesquisa IDJUS).³⁰¹ Há, ainda, o custo social do processo jurisdicional, que aumenta na proporção da demora na satisfação do direito lesado.

²⁹⁹ Na lição de Watanabe (2011, p. 4), “a ‘cultura da sentença’ traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de *recursos*, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores, e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente são morosas e ineficazes e constituem o Calcanhar de Aquiles da Justiça”.

³⁰⁰ Ao contrário, as ADRs fora da Justiça Estatal são onerosas e totalmente inacessíveis às classes pobres. Por isso, o modelo americano, sustentado por pesquisadores desavisados, somente pode ser invejado e cobijado, mas sempre será, para a América Latina das desigualdades, uma eterna utopia.

³⁰¹ Disponível em <www.idp.edu.br>. Acesso em: 25 jun. 2015.

A autocomposição sustenta uma política de mínima intervenção do Estado nos conflitos pessoais. A ausência de mecanismos diversos e adequados para resolver os conflitos faz com que se recorra à justiça estatal de maneira absolutamente irracional. O princípio da subsidiariedade determina que as questões devam ser tratadas, sempre que possível, de maneira descentralizada (nível mais baixo). A via judicial (nível mais elevado) deveria ficar reservada aos conflitos absolutamente insuscetíveis de solução consensual. Nesse formato piramidal da solução de conflitos, os tribunais não devem ser o *locus* em que as disputas começam, mas sim receber o conflito depois de esgotados outros métodos de resolução, salvo se, pela natureza da matéria controvertida verificada de plano, a autocomposição não se revele adequada (CINTRA, 2008).³⁰²

Não constitui uma vantagem, senão que um risco, a defesa da autocomposição a partir do interesse em liberar os órgãos regulares de justiça dos chamados *gargabe cases* (casos-lixo), ou seja, daqueles casos de menor valor econômico e escassa relevância jurídica tendentes a ser repetitivos e pouco úteis para o progresso da ciência jurídica, para que, com isso, a justiça estatal ordinária ficasse liberada para tratar dos temas mais importantes, de interesse para a elite política e econômica (FACHINNI NETO, 2011, p. 123).

Embora se reconheça que, nos litígios de menor valor e complexidade, a conciliação tem mais probabilidade de ocorrer, devido ao grau diminuto do acirramento dos ânimos das partes e às circunstâncias da disputa, não se pode descartar a possibilidade de acontecer em qualquer tipo de conflito, mesmo nos mais difíceis e/ou que envolvam grande interesse econômico.

A complexidade e a importância econômica são variáveis que, em certos casos, culminam por sugerir um acordo, devido à insuficiência das regras de direito. Tanto é negativo alimentar a tendência de elitização da justiça e o abandono das causas dos pobres, como suprimir as grandes questões da autocomposição, em atitude maniqueísta.

Deve-se atentar, todavia, para a advertência de Aurbach (2007, p. 59) sobre o risco da instituição de uma justiça de duas vias, em que os beneficiados pelo movimento de ampliação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos sejam os mesmos que já possuem, de qualquer forma, maior acesso à justiça tradicional:

No final das contas, as alternativas podem acabar criando uma justiça de duas vias, conferindo a “justiça” informal para pessoas pobres, com “pequenas” causas e disputas “menores”, que não podem pagar por serviços jurídicos e que não possuem, assim, acesso aos tribunais. (As ordens de

³⁰² Sobre o tema, utilizando também a metáfora da pirâmide, Cintra (2008).

advogados não recomendam que escritórios de advocacia empresarial levem seus clientes para a mediação; não aceitam, tampouco, que deduções de impostos referentes às despesas judiciais – um subsídio governamental gigantesco para o litígio judicial – sejam eliminadas). A justiça de acordo com a lei será reservada aos ricos – um desenvolvimento não surpreendente na história dos EUA, mas que precisa ser desincentivado no que toca à difusão de instituições alternativas de resolução de disputas.

Uma desvantagem, lembra Facchini Neto (2011, p. 123), na verdade, um uso desviado da autocomposição, seria o intento velado de frear o ativismo judicial que vem se manifestando em áreas muito importantes para o *establishment*. Por exemplo, a concernente à tutela do consumidor e dos direitos da seguridade social, nas quais medra uma jurisprudência mais voltada à redução das desigualdades e protetiva dos hipossuficientes. Uma decisão proferida por um juiz sempre tem muito maior potencial de alteração da realidade social, chamando a atenção da imprensa ou criando um precedente vinculante, quando emanada de tribunal superior. Na medida em que os juízes passam a adotar orientações mais desfavoráveis aos setores interessados na manutenção do *status quo*, a esses passa a interessar desviar tais demandas da apreciação da justiça ordinária para acordos em que podem barganhar direitos que nem sempre têm.

Uma discussão relevante diz respeito à informalidade dos procedimentos autocompositivos em contraste com a necessidade especial de tutela das garantias para a parte mais vulnerável do conflito. Embora o desequilíbrio na paridade de armas possa ocorrer também no processo judicial, quando o juiz se queda inerte e não usa os poderes igualizadores que o sistema lhe oferece, é mais provável que isso aconteça na autocomposição, devido à liberdade procedimental e substantiva das partes. Sobretudo nas disputas judiciarizadas em que figura um litigante habitual poderoso (o Poder Público, por exemplo).

O desafio sobre o qual deve o pesquisador se debruçar reside no dilema de conciliar a busca de formas procedimentais que assegurem uma justiça mais rápida e mais acessível, com a exigência de salvaguardar as garantias processuais, para não prejudicar a parte mais débil.

Campilongo (2011, p. 37), tratando da informalidade como panaceia para a resolução de conflitos, questiona se esse pontencial “emancipador” dos mecanismos alternativos de composição de tais conflitos “não tem sido muito utilizado pelos grandes grupos econômicos, ávidos por fugir dos processos lentos, custosos e de resultados incertos que caracterizam nossas lides forenses?”

Bem observou Fachinni Neto (2011, p. 136), que os defensores da ADR fora do âmbito da Justiça esquecem que o papel do juiz no processo judicial, no sentido de “garantir o

equilíbrio, a lealdade, a correção, a imparcialidade no procedimento, não é assumido por ninguém quando as partes estão diretamente envolvidas em negociações extrajudiciais”.

Fachinni Neto (2011, p. 137) entende que “esse fator demonstra que a ADR talvez não seja muito adequada quando as partes envolvidas não disponham do mesmo poder de barganha”.

O raciocínio é adequado quanto à autocomposição extrajudicial, que realmente não oferece qualquer garantia de empoderamento da parte hipossuficiente, mas não quanto à judicial, em que o juiz e os conciliadores, pelo menos em tese, têm o dever de equiparação das partes.

Em qualquer caso, a abertura da justiça para a cidadania há de ser a principal razão para a implementação desses programas de resolução de disputas, e não, fundamentalmente, a redução do número de casos nos tribunais. Mesmo que a desobstrução das vias judiciais seja um fator importante, ela não é determinante para o desenvolvimento que os sistemas alternativos estão tendo.

A diminuição de processos pode ser uma consequência desejável, mas não, definitivamente, o seu objetivo. Até porque, o nível de litigiosidade atribuível a uma determinada sociedade não pode ser aferido pelo número de conflitos, mas sim pelo número de casos em que se opta pela solução adjudicada. Até agora, todos os movimentos conciliatórios na Justiça brasileira não escondem um certo viés efficientista, quase uma “queima de estoque”.

10.2 O PAPEL DO DIREITO POSITIVO DIANTE DA LIBERDADE CONTRATUAL TÍPICA DOS ACORDOS

O movimento de emergência das formas alternativas de solução de conflitos não esconde sua paradoxalidade. Surge com a ideia de fuga do direito oficial e dos mecanismos estatais de solução de conflitos, de independência e autonomização das comunidades para resolverem seus problemas à margem do âmbito do direito e da justiça estatais (Auerbach, 2007). Mas, paradoxalmente, mais forte o apego e a dependência das sociedades liberais ao direito oficial, acabaram voltando às mãos da Deusa Têmis, como garantia mesmo de contar com a força coercitiva do direito oficial, que é seu instrumento de trabalho por excelência.

O declínio dos Estados nacionais, a perda do papel normativo do direito, a multiplicação e a confusão de suas fontes, o enfraquecimento do princípio de legalidade, tanto formal como substancial, e a crise da política e da sua capacidade de projetar o futuro estão

minando o Estado de Direito em seus dois paradigmas mais importantes, o legislativo e o constitucional, afirmou Ferrajoli (2006, p. 499).

Para Luhmann (1985), a crise atual do direito decorre da transição de uma sociedade estratificada para uma sociedade socialmente diferenciada, a exigir, também, uma transição paralela na ordem legal. Assim, a crise é o resultado da inadequação dos sistemas de direito positivo que herdamos, para enfrentar as complexidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. O que se faz necessário, diz Luhmann, é maior abstração, pensamento funcionalista e autorreflexão do sistema legal.

O problema do direito positivo não está em si mesmo, mas na leitura que se faz a seu respeito. Luhmann (1985, p. 176-7), superando a ideia do positivismo que apenas afirmava o caráter jurídico do direito como motivo da vigência, defende o positivismo constituído pela complexidade estruturada garantida por um grau suficiente de variabilidade, isto é, pela contingência e pela permutabilidade segura das soluções dos problemas juridicamente fixados.

Afinal, o que é o direito, teleologicamente falando? Por certo, não constitui um fim em si mesmo. Não é somente a norma jurídica válida formalmente enquanto emanada da autoridade (estatal) competente, no dizer kelseniano. Não é um mero instrumento de regulação social ditado monisticamente pelo Estado.

Ao que pensamos, o direito contemporâneo corresponde a uma dinamicidade complexa de fatores que pressupõem ampla participação da sociedade, sendo, sobretudo, um instrumento de transformação social politicamente legitimada. Em outras palavras, o direito pós-moderno constitui-se como mecanismo paradigmático de integração social. Um mecanismo por meio do qual os homens podem se reconhecer como pertencentes a um certo universo de representações coletivas nas quais estão incluídos por razões de gênero, sobretudo a condição de cidadania. Bem advertiu Santos (2011, p. 15), que o direito contemporâneo deve assumir um caráter insurgente e emancipatório, como garante das reivindicações e práticas das classes e grupos socialmente oprimidos.

No modelo consensual que se preconiza, o papel do direito é essencial tanto no plano procedimental como substancial. Do ponto de vista procedimental, a teoria da razão comunicativa e discursiva de Habermas (2012b, I e II), transposta para a teoria do conflito, opera com a possibilidade de as partes poderem, por meio de um processo argumentativo racional, chegar a um ajuste recíproco (consenso). Isso somente ocorre quando lhes é assegurado o direito e a oportunidade de expor, defender e comprovar reciprocamente suas pretensões objetivas, subjetivas e normativas (sociais), em relação às quais estão empenhados

em obter a certificação de correção e de validade, que equivalem à aceitação fática no círculo dos seus interlocutores.

Em sua teoria do discurso e do agir comunicativo, Habermas (2012b, I e II) tentou mostrar que não basta a introdução de um princípio do discurso segundo o qual os co-associados do direito estabeleçam se o direito é legítimo ou não, é preciso ainda que o próprio processo da formação discursiva da vontade política seja institucionalizado juridicamente.

A legitimação procedimental é, pois, dependente da densificação que o “direito” lhe empresta no sentido de garantir a formação do *status* de membros em uma associação de pessoas livres e iguais, titulares de direitos subjetivos, com pretensões jurídicas efetivas. Só assim o “direito” assume sua condição de mediação social entre faticidade e validade.

A razão comunicativa habermasiana, que se situa no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade, transforma o conceito tradicional de razão prática, conferindo-lhe um novo valor heurístico: não funciona mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral, mas transforma-se

no fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado, conforme o direito. Nesta perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade do Estado de Direito, da legislação e da jurisprudência aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas por imperativos sistêmicos (HABERMAS, 2012a, p. 21-22).

O direito e a legislação são os instrumentos de atuação do jurista, também o seu objeto de trabalho. Não importa se a abordagem é dogmática, sistemática, filosófica, sociológica ou mesmo política, fala-se a linguagem do direito por meio da legislação.

Bem lembrou Waldron (2001, p. 229), que ainda hoje, quando queremos mudar as regras fundamentais e as estruturas que regem a vida, voltamos-nos, em primeiro lugar, para a legislação, porque só ela pode fornecer autoridade necessária para introduzir as inovações que sejam realmente importantes, como as bases para a assistência social ou para um programa de saúde estatal, proteger o meio ambiente ou punir criminosos.

De todas as funções políticas da democracia, nenhuma é mais importante que a legislação: é nela que a democracia adquire todo o seu sentido, embora, por vezes, se superestime sua capacidade, confiando-lhe uma missão de difícil cumprimento. Os problemas políticos, econômicos, sociais e científicos, muitas vezes, exigem respostas que não são contraditórias no plano normativo. O excesso de leis, que se pode aqui chamar de hiperinflação legislativa, muitas delas sem qualquer necessidade ou sem eficácia social

(aceitação pelo povo), leva a um quadro de opacidade do direito, no sentido do próprio desconhecimento de tantas regras que nos são impostas.³⁰³

O movimento dirigido ao neocontratualismo e à consensualidade, ao tempo em que abala as estruturas do direito estatal, não deixa de ser paradoxal, na medida em que disputa o espaço com outro movimento de expansão do direito oficial. O mesmo ocorre com o movimento da deslegalização. Teubner (2000, p. 85) reparou que *“hay movimientos que se acercan y se alejan de legalización y que existe un cambio de formas de pensar legales, formales a otras materiales”*. Nicácio (2013) toca neste ponto, que identifica como a *“profusão dos meios consensuais frente à busca e refúgio no direito oficial”*.

De certa forma, este paradoxo é explicado por Ost (1993, p. 186). Refere o filósofo belga que o Estado Reflexivo se contenta em instalar um marco procedimental para canalizar a autonomia dos subsistemas suficientemente diferenciados e capazes de se autorregular, e todas as estratégias, tanto simbólicas como instrumentais, parecem ser utilizadas simultaneamente. Se desregulamenta, todavia, no detalhe, isto não é mais do que uma maneira de regulamentar de outro modo, se desjudicializa, mas é para colocar imediatamente mecanismos de conciliação, de mediação e arbitragem. Há, pois, um fluxo e refluxo alternativo da regulação jurídica e a regulação social, consideradas duas caras da mesma moeda, disse Commaille, citado por Ost (1993, p. 186).

A condição humana é essencialmente linguística, verbal, discursiva e hermenêutica. Mas o direito e a justiça da modernidade, de certa forma, solaparam das partes conflitantes ditas capacidades, engessando suas posições no modelo adjudicatório de solução dos conflitos.

Se é comum às técnicas autocompositivas e adjudicatórias o apelo a uma referência positiva, que se expressa nos textos legais, a questão se desloca para a compreensão ou determinação do sentido do texto legal na sua aplicação. A compreensão do sentido do texto, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, é sempre contextualizada e existencial. Compreende-se em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 1997). É na compreensão dos textos legais – e aqui o pressuposto é a ampliação do círculo dos seus intérpretes, de modo que assim

³⁰³ Carnelluti (2004, p. 11), já faz algum tempo, advertiu: “A multiplicação das leis jurídicas, semelhante à multiplicação das leis naturais, faz com que o cidadão, que, para observá-las deveria conhecê-las, já não tem condições de fazê-lo. A publicação dessas leis como condução de sua imperatividade mudou de caráter, de presunção, convertendo-se em ficção. O homem da rua, entre a miscelânea de leis, anda cada vez mais desorientado...”.

o sejam não apenas o juiz, mas também as partes –, que se vai conferir ao direito um caráter menos autoritário, fechado e conservador.

Em sua tese sobre *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, que pode ser adaptada também para um ambiente legal infraconstitucional, Häberle (1997, p. 30) sustentou que a ampliação do círculo dos intérpretes é apenas a consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, que não representa um “evento exclusivamente estatal”.

É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da “*law in public action*” (personalização e pluralização da interpretação constitucional).

Para Häberle (1997, p. 37), a competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania. “Os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*)”.

O poder de interpretar obviamente obedece aos limites que o próprio texto oferece.³⁰⁴ Quanto à sorte do direito e dos textos legais diante do consenso das partes, afigura-se temerário que a solução autocompositiva represente, pura e simplesmente, uma espécie de “estado de exceção” (Agamben) ou “desobediência civil” (Dworkin e Habermas). A liberdade contratual das partes é princípio assente do direito, mas casos há em que elas não podem suspender o direito legislado ignorando os textos legais, embora lhes seja dado abrir mão de seus direitos subjetivos, na medida em que lhes seja disponível e não constitua ilícito.

Há limites válidos para o consenso que vamos encontrar tanto na condição particularizada da parte como nos textos legais, notadamente os constitucionais que dão suporte a políticas públicas de reconhecimento e concretização de direitos fundamentais.³⁰⁵ Os textos constitucionais de reconhecimento dos direitos fundamentais, além de fundamentar a ampliação do círculo de intérpretes, aparecem agora como limitadores do conteúdo das transigências.

³⁰⁴ “En resumidas cuentas, decir que un texto carece potencialmente de fin no significa que cada acto de interpretación pueda tener un final feliz. Incluso el deconstruccionista más radical acepta la idea de que hay interpretaciones que son clamorosamente inaceptables. Esto significa que el texto interpretado impone restricciones a sus intérpretes. Los límites de la interpretación coinciden con los derechos del texto (lo que quiere decir que coincidan con los derechos de su autor)” (ECO, 1992, p. 19).

³⁰⁵ “Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais” (HÄBERLE, 2007, p. 36).

Tanto na autocomposição como na adjudicação podem ocorrer aviltamentos do poder interpretativo das partes. Na adjudicação, ainda que elas possam (co)laborar e trazer ao contexto suas posições e argumentações, para influenciar o convencimento judicial, a palavra final é do juiz. É a este que cumpre dizer o direito que vai regular o conflito, não sendo incomum que até *esqueça do caso* ou que engesse a compreensão do texto legal aplicando-a como um senso comum ao qual se amolda à situação concreta, tal como sustenta a lógica positivista de subsunção.

Na autocomposição, o desconhecimento dos próprios textos legais, suas possíveis compreensões ou a incapacidade para sustentá-las diante do oponente por hipossuficiência informativa, técnico-jurídica ou econômica, pode conduzir à anomia em relação ao direito. Essa anomia, se não for superada ou compensada, faz com que os próprios textos não sejam levados em conta e assim também os direitos que de sua compreensão derivariam.³⁰⁶

É curial refletir sobre mecanismos de blindagem contra desconstrução do direito, o que traria riscos ainda maiores do que a sua própria *cegueira*. O direito, seja como mediador social ou como estabilizador das expectativas sociais normativas, ainda é a convenção mais eficaz inventada pela humanidade. Sem a mediação do direito e seu código de comunicação, tem-se a forma mais grave de anomia. O esvaziamento dos conteúdos normativos do direito representa uma rematada ameaça para o Estado de Direito e a condição de cidadania, especialmente para os hipossuficientes.

Como bem lembrou Auerbach (2007, p. 60), se o direito, a despeito de sua elasticidade e de seu poder, parece ser incapaz de solucionar a tensão existente entre a legalidade e a justiça – até nas sociedades em que todos são (legalmente) iguais, ainda assim uns são mais iguais do que outros – “o resultado provável de uma recusa ao sistema jurídico, porém, seria o agravamento de tais desigualdades. Sem o poder do direito, o desequilíbrio existente entre os indivíduos e as grandes empresas ou os órgãos governamentais não poderia ser compensado”.

A dúvida que nos assalta hoje, diante da fragmentação social, ética e cultural, é se essa condição de cidadania persiste ou não enquanto expressão com sentido e consequências jurídicas, garantindo a cada indivíduo a titularidade de direitos e a capacidade de sua reivindicação.

³⁰⁶ Luhmann trata este problema como dificuldades de transmissão de informações do sistema aos indivíduos, que inibem o conhecimento do direito e fertilizam as transgressões. Além do acesso a posições de maiores possibilidades de renda, hábitos de consumo, capacidade para lidar com dinheiro, existem outras inibições típicas das camadas inferiores da sociedade, tais como: deficiências de conhecimento, insegurança ao lidar com contextos estranhos, falta de iniciativa e atitude fatalista como forma de absorção de experiências anteriores (LUHMANN, 1985, p. 75-77).

Assim como a decisão adjudicada (jurisdicional), e com muito mais razão, a solução autocompositiva não precisa ser positivista e obedecer a uma lógica de subsunção fato-texto legal. Os limites interpretativos para a compreensão dos textos legais serão muito mais elásticos na solução consensuada, a despeito da presença do Poder Público no conflito. É que o princípio da legalidade, que norteia a atuação da Administração, não inibe a abertura interpretativa de seus representantes, a menos que se insista na confusão entre texto e norma.

Além da viragem hermenêutica, dever-se-ia pensar em uma maior reflexividade e materialidade no direito. A crise da racionalidade formal coloca novamente em evidência a necessidade de uma rematerialização reflexiva do direito, em que pese o Estado Social (*locus* da materialização do direito) esteja em plena decadência.

Teubner (2000, p. 82-152) apresenta uma proposta neoevolucionista baseada na ideia do direito responsivo³⁰⁷ de Nonet e Selznick (2010), na congruência dos princípios organizativos sociais de Habermas e no conceito de complexidade social adequada de Luhmann, a modo de fundamentar as inter-relações entre as estruturas sociais e legais a partir de uma racionalidade reflexiva, concebendo a evolução legal de forma autônoma (autorreferência das estruturas legais), embora conectada com a evolução social, é dizer, sem ilhar-se do seu entorno.³⁰⁸

A racionalidade reflexiva, segundo Teubner (2000, p. 105-106), alberga as seguintes características: 1. somente admite a intervenção nos processos sociais dentro do domínio do direito; 2. ocupa-se em coordenar recursivamente formas determinadas de cooperação social, ou seja, busca o direito reflexivo apenas desenhar sistemas sociais que autorregulem através de normas de organização e procedimento; 3. seu papel é estruturar e reestruturar os sistemas sociais semi-autônomos modelando tanto seus procedimentos de discurso interno como seus métodos coordenação com outros sistemas sociais; 4. tende a confiar em normas procedimentais que regulam os processos, a organização e a distribuição de direitos e competências.

No que interessa a este artigo, a recursividade à racionalidade reflexiva ganha relevo na medida em que, no campo pragmático, Teubner (2000, p. 108) busca exemplificar sua aplicabilidade ao caso do direito de contratos, mostrando que o direito reflexivo se aproxima da relação contratual de uma maneira muito distinta:

³⁰⁷ Na teoria do direito responsivo de Nonet e Selznick (2010), o desenvolvimento legal não se identifica apenas com a criação sucessiva de normas, princípios e conceitos básicos de direito, mas por um jogo dinâmico das forças sociais, limitações institucionais, estruturas organizativas e potencial conceitual.

³⁰⁸ Teubner (2000, p. 97) explica que “los câmbios externos no son ignorados ni directamente reflejados em función de um “esquema de estímulo-respuesta”, sino que son selectivamente filtrados por las estructuras legales y adaptados siguiendo una lógica de desarrollo normativo”.

Busca estructurar las relaciones de intercambio de manera que se iguale al poder de negociación e intenta sujetar a las partes contratantes a mecanismos de “responsabilidad pública” que están concebidos para asegurar que los procesos de negociación tomarán en cuenta los distintos factores externos. Sin embargo, dentro de los límites en los que el campo ha sido estructurado de esa manera, las partes son libres para concluir cualquier tipo de intercambio como deseen.

Outro aporte que pode trazer alguma contribuição para o debate sobre o papel do direito na autocomposição diz respeito à necessária *desconstrução* da ideia de direito positivo com normatividade espessa e enquanto manifestação de poder soberano. Para Luhmann, o caráter normativo rígido do direito positivo moderno impede o aprendizado e a adequação social. O sistema do direito precisa estar conceitualmente orientado para a política social, apto para “comparar diferentes soluções para os mesmos problemas, acumular a experiência crítica, comparar experiências de distintos campos, em uma palavra: *apreender*” (TEUBNER, 2000, p. 119).

Derrida (2010) empreende a tarefa de desconstrução do direito enquanto *violência intrínseca*, apresentando uma estética da relação entre direito e justiça que remete à estranheza de perceber a justiça como uma experiência impossível, incalculável. Nada obstante, ao invés de nos paralisar, este saber diferencial apontado por Derrida desperta o desejo de participar da dimensão criativa da justiça, propiciando as condições para que o universal da lei possa se particularizar, e mesmo se singularizar num determinado caso – sempre único –, no exercício de um direito em transformação – em desconstrução. Para Derrida (2010, p. 30),

O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, enquanto a justiça é incalculável, ela exige de nós que se calcule o incalculável: o que seria justo – a decisão justa a partir de uma experiência aporética que é indecível por princípio -, momento este de extrema angústia pois que a decisão justa nunca será garantida por uma regra, por uma lei.

Nessa estranha experiência de inadequação ou de incalculável desproporção entre direito e justiça, entre o universal da lei e o singular de uma decisão, Derrida constrói uma ponte para que a *desconstrução do direito se dê ou se faça como possibilidade de justiça*. Essa tentativa desconstrutivista de aproximação entre *direito* e *justiça* vai encontrar na consensualidade a garantia de singularização do direito abstrato, livre da força e da violência, de transformação do texto em norma. Por assim dizer, um mecanismo com consequências importantes no desempenho das funções instrumentais, políticas e simbólicas da Justiça, tais como a necessidade de ser intimado, ouvido e participar ativamente da solução do conflito,

assumindo responsabilidades perante o juiz, corolário mesmo da sua autonomia e de sua condição humana, para usar a expressão de H. Arendt (2010).

O papel da hermenêutica é indispensável para limitar a violência do direito. Vattimo (1998), tomando de empréstimo o niilismo ativo de Nietzsche e Heidegger (a dissolução do ser, a morte de Deus, o fim da metafísica, a perda da verdade e a derrubada dos valores supremos (metarrelatos) como pressupostos do movimento de libertação e criação), mostrou que interpretar, aplicando as leis a situações concretas, de modo que seja possível regulá-las sem violência – sem imposição de força não ‘negociada’ –, não significa desvelar a violência da origem nem cobri-la com ajustamentos *ad hoc*, mas reduzi-la progressivamente (p. 287).

A interpretação como aplicação enfraquece a violência da origem ‘faz justiça ao direito’: faz-lhe justiça contra quem o acusa de produzir apenas *summas injurias*; torna-o justo da violência que era; e também o justiça enquanto o consome nas suas pretensões de ser peremptório e definitivo, desmentindo a sua máscara sagrada (VATTIMO, 1998, p. 288).

Com a consensualidade, o direito encontra espaço para se despir da sua violência intrínseca. Vimos de dizer que, na busca da autocomposição, se amplia o círculo dos intérpretes dos textos legais, sendo transferida às partes a tarefa hermenêutica. Esta abertura permite a criação de um novo direito, um direito *ad hoc*, para o caso, porque os conflitantes podem, na sua liberdade hermenêutica, atuando como autênticos autores do direito, produzir o sentido da regulação que melhor responde ao caso concreto e às suas mais profundas necessidades.

E este direito novo, concebido para resolver uma situação determinada, não é menos direito do que aquele que derivaria de uma solução adjudicada, que podemos chamar de direito profissional, geralmente moldado pelo sistema positivista de subsunção, e que, diferentemente do direito criado pelas partes, recorre ao monopólio da violência para a sua imposição (Weber e Kelsen).

Quiçá pudéssemos aqui retomar o pensamento de Foucault sobre o direito enquanto normalização e não normatização e estruturas legais. Pensar o poder não apenas como soberania. Intuir uma abertura a procedimentos, processos e técnicas de normalização. Pensar em um direito que fosse mais um no jogo de regulação social ao lado de outros critérios normativos, com papel fundamental na dinâmica de regulação social, sempre elástica e transformável e referida ao

primado da práxis, e não como valor absoluto, como instância universal e critério racional geral de formação do consenso.³⁰⁹

Sob esse viés, são relevantes as questões do empoderamento jurídico e do papel do direito positivo na autocomposição dos litígios que versam sobre direitos sociais, típicos da jurisdição do JEF, com o propósito de evidenciar que o direito e, sobretudo, a legislação constitucional garantidora de tais direitos (normas constitucionais) desempenham um papel fundamental no modelo de Estado Democrático de Direito que adotamos, e, no limite, impedem que o Poder Judiciário incentive ou mesmo ratifique transigências em torno de conteúdos constitucionais de direitos fundamentais despidas de razoabilidade.

De rigor, o direito, que só existe no plano das relações humanas, deve ser pensado não como instrumento que opõe um homem ao outro, mas como instrumento que harmoniza a convivência de ambos. Assim, as formas autocompositivas de solução de conflitos se submetem apenas aos textos legais cuja compreensão se revele adequada à solução do conflito concreto. É dizer: legitimam-se enquanto alternativa ao direito estatal positivado, sempre que a resposta legal não seja a mais adequada para a pacificação social. Casos há, portanto, em que o direito positivado atua como *ultima ratio*, remanescendo-lhe um caráter subsidiário na solução de dado conflito.

10.3 SOLUÇÃO ADJUDICADA VERSUS AUTOCOMPOSIÇÃO: APROXIMAÇÕES SOBRE A SACRALIZAÇÃO DO CONSENSO E A DEMONIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Discutem-se, hoje, no direito, na sociologia e na filosofia, as causas e efeitos da legalização. Ao mesmo tempo, debatem-se os movimentos de deslegalização em várias esferas da vida social, também e com muita ênfase, a emergência da informalização da justiça, inclusive os sistemas que pretendem substituir a adjudicação tradicional por formas alternativas de solução de conflitos como a mediação e a conciliação.³¹⁰

³⁰⁹ Foucault defendeu a necessidade de um reexame permanente da racionalidade que preside as escolhas de um grupo em uma matéria qualquer, como, por exemplo, o domínio da saúde. É importante a noção de “arbitragem” que concebeu como “jogo da regulamentação social” a ser realizado pelos indivíduos que compõem determinada sociedade no estabelecimento dos critérios que vão influir na construção da norma constitutiva do direito (FONSECA, 2012, p. 274-280).

³¹⁰ A expressão adjudicação, do latim *adjudicare*, significa *pronunciar uma sentença em favor de alguém*. Para se evitar dúvida, é empregada aqui como “decisão judicial”, de forma a acomodar tanto o processo de tomada de decisão como o seu resultado.

Entretanto, a ideia de substituição da adjudicação pela consensualidade levaria ao mesmo erro que se cometeu com o discurso único em torno do próprio Direito e da Justiça, que, contaminados por uma racionalidade formal (Weber), veem-se atualmente desvinculados das expectativas sociais, tendendo a perder espaço na solução de conflitos concretos. A doutrina legal ainda hoje se encontra ligada ao modelo clássico de direito como um conjunto de regras executáveis mediante a adjudicação.

Os discursos de sacralização da autocomposição (naturalização como algo bom) e demonização da adjudicação (naturalização como algo ruim) encerram preconceitos que precisam ser superados. Nem sempre a melhor solução é aquela encontrada a partir de textos legais. Por outro lado, a liberdade das partes para buscar a solução do conflito fora do âmbito do direito oficial também não garante que a solução seja adequada e juridicamente sustentável.

Sacralizar a autocomposição ou ADR em detrimento da decisão judicial representa resvalar no mesmo abismo epistemológico em que caíram os modernos e suas dicotomias metafísicas. A riqueza multicultural da pós-modernidade oferece espaço para ambos os modelos de solução de conflitos. A polarização entre adjudicação e meios consensuais, sem considerar o contexto fático em que se desenvolvem, é falaciosa.

Nicácio (2013, p. 25-46) adverte para os riscos do discurso verticalizado e unilateral que se esforça para naturalizar os meios consensuais como essencialmente bons, no que chamou, parafraseando Nader, de “harmonia coerciva”, desconsiderando as condições e as razões de base para o advento dos mesmos, a exemplo das desigualdades de poder entre as partes discordantes. “Assim, ao passo que ignora o potencial transformador do conflito, sufocando-o na necessidade imperiosa de pacificação e harmonia, elege as capacidades individuais de se optar por soluções consensuadas e pacíficas como uma virtude capital” (NICÁCIO, 2013, p. 34).

Quando fala da “harmonia coercitiva” de Nader (2004), Nicácio (2013, p. 35) alude à apresentação das ADRs sob o signo da “efetiva participação do sujeito”, da “eficiência”, do “baixo custo” ou da “pacificação social”, enquanto a jurisdição sofre um processo de “demonização” ao se anunciar “pouco cooperativa”, “custosa”, “anacrônica” e “lenta”. Outra preocupação concerne ao risco da exacerbação de desigualdades perante a lei e também com a legitimidade do direito e da justiça diante da apologia aos meios alternativos de solução de conflitos.

Vale trazer à colação a proposta harmonizante de Nicácio (2013, p. 37).

É então judicioso afirmar que os meios consensuais, concebidos como um “novo projeto de sociedade”, não devem se furtar a uma relação estreita com a justiça e direito oficiais, na qual tanto os primeiros quanto os segundos sejam considerados como escolhas possíveis – e não inevitáveis – que se oferecem aos cidadãos na gestão de sua convivência. Se os meios consensuais parecem mais apropriados à administração de alguns tipos de conflitos, por contarem com intervenções mais leves para a criação ou reparação dos laços sociais, a justiça de Estado se apresenta como mais oportuna em situações nas quais se requer a “proclamação do interdito” para a produção e reprodução de um mundo comum.

É somente na experiência e na faticidade do caso que se vai descobrir qual é o melhor caminho. Optar entre uma ou outra alternativa é mister que se insere no entendimento das partes, embora incumba ao juiz da causa orientá-las a encontrar a via mais adequada. Alguns sistemas processuais, como o francês, conferem ao juiz o poder de definir se o litígio deve seguir para a autocomposição ou não. Acreditamos, sem embargo do papel esclarecedor que cumpre ao juiz, que a escolha definitiva deveria sempre ficar com a parte, considerando a natureza voluntária das formas alternativas de solução de conflitos.

O usuário da Justiça precisa estar subsidiado, assistido e equiparado para exercer sua escolha (esclarecida), optando por um ou por outro sistema de solução do seu conflito. Tendo pendido pela autocomposição, precisa estar empoderado para participar, em condições de igualdade, da negociação típica da conciliação. Provavelmente, seja esse o desafio mais complexo do juiz: “atuar como agente redutor das assimetrias”.

Tanto para o juiz como para as partes não têm lugar os apriorismos, tampouco, *v.g.*, a segregação das questões de direito como insuscetíveis de consenso. É razoável pensar casos em que apenas uma solução existe, e esta é a adjudicada; outros, em que a solução, necessariamente, haverá de se forjar a partir do consenso e, portanto, sem a intervenção da força coativa do Estado. Mas a experiência mostra que nenhum tipo de solução pode ser abandonada de plano. A ideia é que a estrutura do sistema de Justiça possa disponibilizar, como no modelo multiportas, o serviço que seja adequado ao conflito concreto a ser solvido.

Exemplificando, poder-se-ia cogitar de uma ação coletiva de alta complexidade, envolvendo uma pluralidade de pedidos com questões de fato e de direito a serem dirimidas. Embora nada impeça que haja um acordo para por fim à demanda, isso seria quase impossível. Uma decisão judicial, depois de ampla instrução, resolvendo todas as questões de forma a pacificar amplamente a matéria, poderá abrir um imenso espaço para acordos na fase executiva.

Assim, não há, de rigor, uma ruptura de paradigmas, do adjudicatório para o consensual, mas um cruzamento de referências, ou um viés interparadigmático, decorrência

mesmo de uma mentalidade mais alargada da função jurisdicional que opera com uma abertura colocada à disposição do jurisdicionado ampliando as possibilidades metodológicas de solução do conflito.

Fachinni Neto (2011, p. 137) advertiu que não se pode considerar os procedimentos alternativos de resolução de controvérsias como se fossem uma panaceia.

Ao contrário, os analistas têm chamado a atenção para os seguintes aspectos: 1) *do ponto de vista social e filosófico*, justificou-se o surgimento das ADR a partir de uma dimensão quase que idílica e utópica de justiça, onde se realça o mecanismo da “conversação-negociação” entre os interessados, em busca da resolução consensual do conflito. Acontece, porém, que as ADR – tanto quanto a justiça ordinária – encontram-se a operar no âmago de uma realidade não simples nem harmônica, mas complexa e fortemente caracterizada pela explosão da litigiosidade, animosidade e desconfianças recíprocas; 2) *do ponto de vista de justiça social*, algumas das suas técnicas podem contribuir para a manutenção das desigualdades socioeconômicas, quando envolvem partes econômica e socialmente desiguais. (grifos do autor)

Levando em conta que o conflito é um processo complexo e assim também o são os métodos de solução que aportam disponíveis, somente a partir da distinção dos alcances de cada método e de sua respectiva utilidade estratégica será possível definir qual o mais adequado. A escolha entre a adjudicação e a autocomposição depende das particularidades de cada caso e da vontade esclarecida dos interessados. Bem lembra Ponieman (2005, p. 45):

Es necesario aclarar, sin embargo, que por la circunstancia de enfrentarnos a un proceso de índole compleja y multifacética no preconizamos ni la superioridad ni la preeminencia de un mecanismo sobre otro, sino el pragmatismo que significa utilizar cada uno de ellos conociendo sus virtudes y limitaciones, en función de la naturaleza del caso, el estudio del proceso desencadenado y las necesidades estratégicas, tomando en cuenta además las características de los circunstanciales partícipes del mismo.

10.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O KAIRÓS DAS CONCILIAÇÕES: O TEMPO E A OPORTUNIDADE NA DINÂMICA DA CONSENSUALIDADE

A questão do tempo, disse Prigogine (1996, p. 9-10), está na encruzilhada do problema da existência e do conhecimento humanos. Sobre esta questão têm se debruçado principalmente os físicos. Stephen Hawking (2015) e Prigogine (Nobel de Química em 1977) apresentaram teses novas sobre o nascimento do tempo. O tempo começa com o universo, com a criação do mundo, com o *big bang*? Os cristãos vinculam o tempo, enquanto cronologia, a algum evento importante: AC e DC. Aristóteles e depois Einstein afirmaram que

o tempo é eterno. Prigogine (p. 77) sustentou que o tempo não nasceu com o universo: “o tempo precede a existência e pode fazer com que nasçam outros universos”.

Mas o que é o tempo? Que é isso que eu sei sem que ninguém me tenha perguntado, mas que, seu eu quiser explicar a quem me perguntar, eu não sei? (*Se nemo a me quaerat scio; si quaerent explicare velim, nescio*). Na concepção aristotélica, tempo é movimento numérico e, por isso, há tantos tempos quanto são os movimentos. Aquilo que está no Tempo, que se apresenta (vem ao presente), é o respectivo "agora". Enquanto sucessão de "agoras", cada um mal e mal designado já flui para o "há-pouco" e já é perseguido pelo "logo-a-seguir" (PUENTE, 2001).

A dimensão temporal no direito, a partir do paradigma da física newtoniana consagrada pela racionalidade kantiana³¹¹ e pelo positivismo normativo de Kelsen (um neokantiano), vinculando tempo e validade, contaminou a modernidade com uma noção de tempo absoluto e universal, imóvel e independente do seu objeto e de seu observador, dimensionado igual e linearmente para todos e em todos os lugares.

O relativismo de Einstein trouxe novas luzes a essa questão seminal para o conhecimento científico, para a nossa existência e, por conseguinte, para as teorias do direito e da justiça. A ideia central da obra de Einstein foi aceder a uma descrição geométrica da física. Ao contrário, os atos intelectuais estão associados ao pensamento, e este não se pode separar da distinção entre um antes e um depois, é dizer, da "flecha do tempo".

O que interessa hoje não é necessariamente o que podemos prever com certeza, afirmou Prigogine (1996, p. 110). Parafraseando Popper, ele concorda que a física clássica se interessava por relógios enquanto a atual pelas nuvens, na medida em que a modernidade foi tocada pela "flecha do tempo", proporcionando esta abertura para novos dilemas. Isso permite, incluso, uma melhor compreensão da história e da gramática sócio-política. O tempo deixa de ser uma expressão da natureza. Passa a ser temporalidade e não pode mais ser dimensionado abstratamente, desvinculado do “ser-no-mundo”.

Heidegger (1995) rompe o caráter entitativo do Tempo. O Tempo relaciona-se com o Ser. O Ser é tempo, ou melhor, Dá-se Ser e Dá-se tempo. Se o Tempo não é nada, senão que uma "sucessão de agoras", o que importa é a "temporalidade". O Ser considerado como presença é determinado pelo Tempo. "Cada ser tem o seu Tempo". Embora refletidos em suas

³¹¹ O paradoxo do tempo expressa uma forma de dualismo cartesiano. Segundo Prigogine, foi identificado a partir dos trabalhos de Ludwig Boltzmann, na segunda metade do século XIX. Sua tentativa pôs em evidência a contradição entre as leis da física newtoniana, baseadas na equivalência entre passado e futuro, e toda a tentativa de formulação evolucionista que afirme uma distinção essencial entre passado e futuro (PRIGOGINE, 1996, p.10).

próprias características, há entre Ser e Tempo uma relação objetiva ou uma vinculação entre seus objetos: o Tempo é, pois, determinado a partir de um Ser (Dasein).

A temporalidade não "é", em absoluto, um "ente", mas se temporaliza. É a própria vida do Dasein, na sua constituição dos êxtases. Em Heidegger (1995), a temporalidade é essencialmente estática e se temporaliza originariamente desde o futuro. O tempo originário é finito, porque o futuro é o "a-vir" da morte, ou seja, "a absoluta impossibilidade do Dasein" e, portanto, o "nada". A temporalidade acaba na morte de cada Dasein, porém isso não impede que "o tempo siga a sua marcha". Conquanto o Dasein não exista mais, pode ainda existir no futuro uma quantidade ilimitada de coisas que advirão dele, mas esse tempo pós-morte do Dasein não é mais o originário, mas o vulgar, um tempo "derivado" daquele, que pode ser infinito, apenas a negação da finitude do originário.

Para Bergson (2006), o tempo real é sucessão (vivências anteriores: passado, presente e futuro), continuidade (acontecem uns após os outros), mudança (transformação ininterrupta), memória (marca do passado no presente) e criação (*élan vital*). Não se trata de um mero vazio espacial homogêneo em que os acontecimentos se sucedem, mas a consideração dos próprios acontecimentos, sejam eles psíquicos ou físicos.

Assim, o tempo objetivado e real bergsoniano é percebido subjetivamente, de forma que cada ser existente, graças a sua memória, apreende-se enquanto sujeito temporal, percebe a duração interior e, conscientemente, atribui temporalidade aos acontecimentos externos e conta o tempo das coisas.

A temporalidade assume, desta forma, um caráter de subjetividade, sendo assim percebida pelos sentidos de cada indivíduo de uma forma diferente. Em outras palavras, cada ser tem seu próprio relógio do tempo, que atende aos seus processos mentais, a sua história e às suas circunstâncias e contingências. A percepção do tempo é um processo cognitivo e está, portanto, sujeita a ilusões cognitivas.³¹²

Há um componente da experiência psicológica do tempo que interessa muito profundamente à nossa observação sobre a dinâmica da Justiça. Frequentemente, os acontecimentos externos e internos parecem ocorrer de maneira mais ou menos veloz. Em Bergson (1998), a sensação de maior ou menor duração dos eventos físicos ou psíquicos depende da nossa inserção pragmática no mundo, a qual rege a relação entre os eventos internos e os externos.

³¹² Consultar sobre o tema Zimbardo e Boyd, *O Paradoxo do Tempo* (2009).

O ritmo dos processos psicológicos é variável em função de nossa relação com os fenômenos externos. A nossa percepção, ao considerar a duração como mais ou menos rápida ou demorada, depende da relação que mantemos com o fenômeno em razão dos nossos interesses da vida prática. Por exemplo, se estamos atentos a todos os detalhes de um acontecimento, este parece ser mais demorado. Na medida em que desviamos nossa atenção e pensamos em outra coisa, ele nos parece correr rapidamente.

“A língua/fala é uma relação temporal que só pode ser entendida desde uma outra relação entre diacronia/sincronia, que é uma outra relação entre o presente e a história. Isso quer dizer que a produção de sentido é uma produção temporal”, afirmou Rocha (2006, p. 180), mostrando que a noção de tempo e espaço baseada na semiologia saussurreana e no normativismo kelseniano, não tem mais validade. Não é mais possível que a teoria do direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas. Ganha espaço a perspectiva do tempo das teorias sistêmicas.

A matriz sistêmica constrói a sua teoria do tempo dentro da complexidade e do caos. O tempo passa a ser uma redução/construção de complexidade. Para Luhmann, o tempo é a interpretação da realidade em relação à diferença entre o passado e o futuro, o antes e o depois. Situado na perspectiva do observador, representa uma operação que se realiza de modo concreto, ou seja, só emerge no momento em que se realiza uma distinção feita por um observador (LUHMANN, 1998a, p. 97; 2009, p. 205-227).³¹³ A distinção adota a lógica das formas de Spencer-Brown e seus três valores que constituem uma operação de reprodução: a indicação (ou espaço marcado), o espaço não marcado e a operação de separação do espaço marcado do não marcado.

Para Luhmann, a ideia de forma pode ser entendida a partir de uma operação, em que, simultaneamente, se faz uma distinção e uma indicação: uma forma é sempre uma forma-com-dois-lados. A observação do tempo, assim, permite que se observe passado e futuro juntos, pois não faria sentido falar de um passado se não houvesse futuro. Por isso a teoria da distinção da forma obriga que se designe de que lado a distinção deve ser empregada: se no passado ou no futuro, se antes ou depois. Na medida em que já não se possa fazer esta distinção, o tempo desaparece (LUHMANN, 1998a, p. 232 e 2009, p. 214).

O Direito é um mecanismo de controle do tempo e tem sua existência vinculada ao tempo. O sentido do direito, em Luhmann, possui três dimensões: material, social e temporal.

³¹³ “Cada observador possui uma relação de tempo diferente, dependendo do tipo de operação com a qual está constituído: organismo, consciência, comunicação” (LUHMANN, 2009, p. 206).

As expectativas temporalmente estáveis são as expectativas normativas, que constituem verdadeiras regras. São expectativas de conduta estabilizadas contrafaticamente as que se mantêm para o futuro mesmo diante da ocorrência do fato desestabilizador (conduta desviada). A expectativa violada é mantida (não é abandonada) e a conduta desviada (discrepância) é atribuída ao autor enquanto algo irrelevante para sua vigência. Assim, a dimensão temporal da função do direito atende à seguinte sequência: expressar expectativas de comportamento, comunicar tais expectativas e fazer com que elas sejam reconhecidas.

Em François Ost (1999) vamos encontrar a pesquisa mais rica e original sobre o tempo do/no direito. Ost procura desvendar a relação dialética entre o tempo, como instituição social, e o direito. Em "O tempo do direito", o filósofo belga (1999) dedica-se ao exame, na instituição do tempo pelo direito, das formas de ameaças da destemporalização, a saber: (1) a recusa do entendimento do tempo como mudança, evolução, finitude e, por conseguinte, mortalidade; (2) o abandono do curso do tempo físico, cujo movimento irreversível conduz todas as coisas à destruição; (3) o pensamento determinista que gera a representação de um tempo homogêneo, contínuo, sem ruptura, e (4) a gestão da policronia, é dizer, a falta de mecanismos de embreagem das diversas velocidades da sociedade, de mecanismos de solidariedade temporal que levam à discronia, à desintegração social e à incapacidade de articular passado e futuro (p. 15-17).

Ligar e desligar o tempo: este é o cerne do pensamento de Ost (1999, p. 18), que reflete sobre o contributo do direito e da justiça para o compasso justo que transforma os cidadãos em seres livres e as cidades em locais de harmonia, mediante o estudo de quatro pontos cruciais: memória, perdão, promessa e requestionamento. O juiz desliga o passado quando se liberta de uma linhagem de precedentes ultrapassados proporcionando condições para uma virada jurisprudencial. Guardião das promessas do porvir, liga o futuro cumprindo as promessas normativas consagradas na Constituição (uma promessa que a nação faz a si mesma).

Calha trazer a lume a percuciente análise de Ost (1999, p. 350) acerca da temporalidade típica da sociedade de risco, produtora de uma permanente situação de incerteza e efemeridade reflexiva. A sociedade de risco reforça a necessidade de transformações a partir da epistemologia da incerteza e da política da indeterminação para atender às novas contingências das sociedades do tempo real, destinadas à volatilidade do tempo e à variabilidade das modas, em um mundo em constante mutação (futuro contingente), onde as marcas de certeza esmaecem e a ação será tanto mais eficaz quanto mais contextualizada e revisável for.

A atualidade generaliza o tempo real ultracurto, o tempo efêmero da moda e a urgência na qual a ação é chamada a produzir-se. A oscilação do tempo na urgência do presente cria uma pressão mediática para cumprimento de determinados atos, produz uma temporalidade de alguma forma interminável, incessante e recomeçada de onde parecem ausentes as noções de adquirido e de revogabilidade.³¹⁴

Para Ost (1999, p. 362), o direito pós-moderno está em constante movimento e trânsito, de forma que a urgência, a temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal. Produzindo um curto-circuito das formas, dos prazos e dos processos, a urgência, apoiada no estado de necessidade, transforma-se em “exceção generalizada”. De fato, a característica fundamental da urgência é a prevalência do fato sobre o direito (incapaz de manter-se atualizado e acompanhar a velocidade fenomênica): ela garante o retorno do real sobre o formalismo dos textos, ela marca o triunfo do fato e instala-se no centro das relações mantidas pelo direito com a realidade social.

Com certeza, o contributo mais relevante da obra de Ost sobre o tempo e o direito não reside nas suas apreensões sobre a temporalidade pós-moderna. Antes, no ceticismo quanto aos riscos do imediatismo, é dizer, seu alerta é para uma reflexão menos apaixonada e mais racional acerca da necessidade de libertar o direito das amarras do imediatismo e resgatar a historicidade social.

Virilio (1993) afirmou que a velocidade é o capital das sociedades modernas. A realidade não é mais definida temporal e espacialmente, mas virtualmente. É possível estar em todo lugar e não estar em parte alguma. Tomar essa nova perspectiva espaço-temporal como forma de potencializar a democracia é deveras arriscado. Ao invés disso, pode-se considerar que ela gera uma dissimulação das possibilidades políticas, na medida em que se inflaciona o senso comum e se aniquila o pacto ancestral que o homem tinha com a imobilidade, com a escuridão, com a exaustiva busca de significados para a existência. Pacto esse que sempre foi condição para a constituição do cidadão participativo. O ato de pensar, enquanto característica humana, precisa de certa temporalidade para que se realize.

No direito e no processo, as manifestações subjetivas de dimensionamento do tempo obedecem, em boa medida, aos princípios da teoria bergsoniana: o tempo do autor não é o mesmo tempo do réu; o tempo do hipossuficiente não é o mesmo tempo do suficiente; o

³¹⁴ Castells, no seu *A sociedade em rede* (2005), fala da cultura da virtualidade real (tempo virtual), que contribui para a transformação do tempo em nossa sociedade de duas formas diferentes: *simultaneidade* e *intemporalidade*, propondo a ideia de que o *tempo intertemporal* ocorre quando as características de um dado contexto, ou seja, o paradigma informacional e a sociedade em rede causam confusão sistêmica na ordem sequencial dos fenômenos sucedidos no contexto.

tempo do acusado não é o mesmo tempo do acusador; o tempo do réu preso não é o mesmo tempo do que responde ao processo em liberdade; o tempo da Administração não é o mesmo tempo do administrado; o tempo da propriedade e do contrato não é o mesmo tempo dos direitos humanos e sociais, o tempo da conciliação/mediação não é o mesmo tempo da decisão judicial.

Quando se diz que é preciso “dar tempo ao tempo” se está reconhecendo que a pressa é inimiga da perfeição. A busca da consensualidade é uma tarefa complexa e que demanda tempo, não se compadece, portanto, com o açodamento e a efemeridade. Às vezes, senão que quase sempre, se gasta mais tempo conciliando do que julgando. É rematada ilusão pensar que se vai dedicar menos tempo à conciliação do que demanda uma sentença de mérito. Mas isso não deve ser um problema. Ou seja, não por isso se deve abrir mão desse ideal de justiça de justiça conciliativa.

Os gregos usavam duas palavras para referir tempo: *chronos* e *kairós*. *Chronos* denotava o tempo quantitativo associado à medida do movimento, contado em minutos, horas, dias, meses, anos. Uma dimensão em que o presente é um instante sem duração que avança continuamente, devorando o futuro e deglutindo o passado. É o tempo que usamos na programação do dia a dia. Já *kairós* tinha o significado mais sutil de "momento certo" ou "oportuno" e diz respeito a um tempo qualitativo, um momento de ação ou propício para agir de maneira a alterar o destino e perturbar a continuidade cronológica.

Ost (1999, p. 34) explica que “dar lugar ao *kairós*, o instante criador, no seio do tempo social, é reconhecer que o tempo de uma sociedade aberta não é regular e uniforme”. E complementa: “é admitir que ele seja percorrido de hesitações, atravessado de incertezas, empurrado por acontecimentos imprevistos, e isso nomeadamente porque reconhece o conflito que não procura ocultar” (p. 34).

Marramao (2005), remontando ao *kairós* dos gregos, fala do “tempo devido”, da oportunidade, e defende a relatividade do tempo, afirmando que não se pode fazer uma interpretação do tempo como entidade absoluta, sob pena de esquecer que o tempo só existe enquanto percebido no presente. É de Marramao (2005, p. 78-83) a ideia de “futuro passado”, radicada na constatação de que só o agora existe, como passagem aberta tanto para o passado quanto para o futuro. Nossa forma específica de percepção, entretanto, é marcada pela capacidade de avaliar o passado e, com base nele, elaborar previsão sobre o que provavelmente acontecerá no futuro.

Essa sistemática faz com que se antecipe o futuro para o presente e se tenha dele uma percepção (ainda que fugaz) antes mesmo da sua chegada. Uma vez realizada a previsão do

que é razoável esperar do futuro, passa-se a viver no agora que percorre um “futuro passado”, ou seja, um futuro que demora, pois apesar de nunca ter existido, a expectativa que se teve dele está cada dia mais distante no passado. Este é o motivo pelo qual, segundo Marramao, a cultura ocidental vive em uma hipertrofia da expectativa, como se o momento mais importante fosse o próximo.

Esta hipertrofia da expectativa é o que Marramao (2008, p. 99) nominou *síndrome da pressa*, patologia decorrente da confusão usual que se faz entre pressa e velocidade. A pressa se confunde com a precipitação (sendo uma forma de aceleração insensata e imprudente) e, exatamente como a lentidão, se apresenta como uma forma de intempestividade. O desafio da correta percepção do fenômeno do tempo consiste, então, em se buscar o equilíbrio entre a lentidão e a pressa, entre a hesitação e a precipitação.

Em tese, o processo da conciliação deveria ser uma tarefa artesanal, de paciência, compreensão e esforço dos participantes. Cada caso precisaria ser analisado e estudado até o ponto em que se alcançasse o real interesse das partes, destacando cada particularidade do conflito para que pudesse ser “desconstituído” e “compreendido” de forma legítima pelas próprias partes.

Levado o conflito e seu devido tratamento a sério, para se chegar ao consenso, necessárias seriam duas ou três sessões. A autocomposição, em sua essência, não está baseada no fator tempo cronológico. Trata-se, muito mais, de uma questão kairológica, de pausas, de hesitações, de rupturas, de oportunidade, de momento adequado, em uma palavra: *de criação*. Eis o paradoxo: a maturação do acordo demanda tempo, e os juízes não dispõem de tempo, a Justiça luta contra o tempo, o processo se esforça por reduzir o tempo gasto, e se acelera perigosamente. Não custa pensar, com Marramao, em perseguir o “tempo devido”.³¹⁵

10.5 IMBRICAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE TÉCNICAS AUTOCOMPOSITIVAS E HETEROCOMPOSITIVAS

Pretendeu-se mostrar que, embora fundamental uma profunda revisão na técnica jurídica, persiste o direito como seu principal instrumento, só que não mais tomado apenas como expressão da lei, nem monopólio estatal ou instrumento de poder. Agora, como manifestação plural de emancipação política e democrática vinculada à satisfação de necessidades sociais. As perguntas

³¹⁵ O NCPC traz uma regra interessante do ponto de vista da temporalidade das audiências de conciliação. No art. 334, § 12, dispõe que “A pauta das audiências de conciliação ou mediação será organizada de modo a observar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte”.

que hoje se faz são: Direito criado por quem? Direito para quem? Mas sempre tomando o direito como espaço decisório de conflitos, em busca de uma emancipação democrática das relações sociais.

A autocomposição não veio para substituir o processo judicial, sim para se colocar como opção *a latere* deste. Pode também haver uma interação entre ambos, no sentido de que o deslocamento momentâneo de certas causas para as técnicas autocompositivas possa contribuir para diminuir o fluxo das demandas judiciais.

A consequência positiva poderá ser a redução da carga de trabalho dos juízes, sobrando mais tempo para resolver outros processos, que assim serão impulsionados de maneira mais ágil. É provável que a maior celeridade da justiça comum possa contribuir para o resgate da sua credibilidade diante da sociedade, chegando-se, destarte, a um almejado ponto de equilíbrio.

Não há entre adjudicação e autocomposição uma relação de superioridade, senão que de complementaridade recíproca. A autocomposição pressupõe a justiça e esta também se amplia para acomodar a forma consensual de solução dos conflitos de interesses aos casos em que é possível e recomendável. São faces da mesma moeda. Melhor dizendo, a autocomposição representa “a outra face da justiça, que, até aqui, permaneceu oculta”.

Se é verdade que a adjudicação permite uma maior exploração dos textos legais e da Constituição, assegurando uma solução mais aderente ao direito legislado, à condição de sujeitos de direito dos conflitantes e às ideias de justiça social, não menos verdadeiro é que também a adjudicação pode ser negativamente influenciada por eventual desequilíbrio de poder entre os litigantes.

A hipossuficiência das partes é um problema comum à autocomposição e à adjudicação. Representações fracas e mal elaboradas tanto podem distorcer um juízo adjudicatório como levar a um acordo com concessões unilaterais. Por isso, ambos devem albergar mecanismos que permitam arrear os inconvenientes do desequilíbrio de poder entre os conflitantes.

As políticas de tratamento autocompositivo dos conflitos não representam modos de privatizar a Justiça, mas o seu fortalecimento, a condição para prestar um serviço completo e adequado às circunstâncias complexas da vida social contemporânea. Assim, permitem que os tribunais organizem, ao lado do sistema adjudicatório, estruturas sistêmicas informais que ampliem a gama de possibilidades de solução dos conflitos judicializados, assegurando maior satisfação aos usuários dos serviços judiciais.

Uma análise sistêmica e contextual das técnicas de solução de conflitos adjudicatórias e autocompositivas permite chegar a uma compreensão mais adequada do alcance e do campo de aplicação de cada uma, remetendo o interessado ao conhecimento do caso posto para a definição do melhor método.

Conciliar demanda tempo, é um trabalho kairológico que não se compadece com a pressa, a efemeridade e o açodamento. Sejam realistas, talvez se tenha que gastar mais do nosso escasso tempo aproximando as partes do que gastaríamos se fossemos proferir sentenças de adjudicação, mas os resultados da autocomposição sempre serão compensadores em termos de democratização do acesso à ordem jurídica justa, resgate da autonomia/autodeterminação e atenuação da violência do direito legislado.

11 CONCLUSÕES

11.1 CONCLUSÕES PARCIAIS ARTICULADAS

Ao final de cada tópico procurou-se arrematar a temática desenvolvida com reflexões de cunho conclusivo. Com isso, a tarefa de fechamento fica um tanto facilitada, inclusive porque não gostaria de incorrer, o quanto possível, em repetições enfadonhas e desnecessárias.

De todo modo, atento aos problemas enunciados, às hipóteses e às variáveis definidas no projeto de tese, resumidamente, explícito de forma mais clara e articulada as principais conclusões parciais sobre o fenômeno investigado.

1. As diferentes discussões sobre Estado, Direito e Justiça, mediadas pelas ideias das correntes críticas da sociologia e da antropologia jurídica, deságuam sempre no debate sobre os mecanismos alternativos de solução dos conflitos. Estes conceitos, transversalmente inter-relacionados, convergem para questionamentos a respeito da democracia, cidadania, novo papel do Estado e Administração da Justiça, na medida em que, na pós-modernidade, o fim último de ditos supostos está imbricado com a emergência de sistemas jurídicos reflexivos dos interesses e das necessidades da sociedade, notadamente de suas camadas mais profundas.

2. A democratização do Acesso à Justiça encontra seu nível mais elevado quando o direito de participação na construção da solução do caso diante da fenomenologia é efetivo. No modelo conciliatório, isso acontece com a restituição às partes da escolha da solução mais adequada aos seus interesses, que, na sua essência, é muito mais simples, rápido, eficiente e eficaz, dispensando os complexos exercícios de racionalidade argumentativa e a certificação da legitimidade, justamente pelo fato de a decisão ser construída pelos próprios interessados-destinatários, com a vantagem de um elevadíssimo nível de aceitação, comprometimento e fiel cumprimento do avençado.

3. No vácuo da retirada do Estado Social e sua herança burocrática de tecnocracia, trespassa-se à Justiça a implementação dos Direitos Fundamentais Sociais, residindo neste incremento um contributo à gênese da litigiosidade crescente do JEF, tendo por objeto prestações da seguridade social.

Para alcançar legitimidade, ao ampliar sua atuação para a esfera política, atuando como sucedânea da representação política (em crise), a Justiça precisa democratizar suas estruturas decisórias criando, a partir da diferença em relação às estruturas ordinárias, procedimentos que permitam a ampla participação das partes na solução do conflito.

Admitindo que a participação das partes no processo decisório se constitui enquanto direito subjetivo, será preciso buscar um suporte normativo nos programas do próprio subsistema do JEF, nos seus componentes, estruturas, elementos, informações e operações.

A organização da Justiça precisa evoluir suas estruturas comunicativas para fazer face às perturbações advindas do ambiente e a uma nova perspectiva de observação do direito na sociedade complexa da pós-modernidade, cujos programas e o sentido não mais se apresentam pré-estabelecidos, prontos e acabados, senão que são construídos no caso concreto, dialógica e consensualmente.

A emergência das formas consensuais de resolução de conflitos representa um movimento globalizado. Os principais sistemas jurisdicionais do mundo veem nas ADRs a solução para duas ordens de problemas: o da democratização da justiça e o da desobstrução dos seus canais de acesso. Experimentam esse modelo com resultados muito positivos.

No plano normativo constitucional, o reconhecimento do modelo de Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CR) impõe ao Poder Judiciário a abertura à participação das partes conflitantes, tornando obrigatória a democratização das estruturas comunicativas de solução dos conflitos para a realização da justiça mediante a adoção das técnicas autocompositivas, notadamente o incentivo e a promoção da conciliação.

4. O Juizado Especial Federal, constituindo, no plano procedimental normatizado, um espaço institucionalizado previsto na Constituição para a concretização de direitos fundamentais, desempenha uma funcionalidade essencial dentro do sistema social, possibilitando a efetivação de tais direitos com sensibilidade para a cidadania, sem as delongas de uma jurisdição ordinária.

A conciliação pode representar um maior adiantamento temporal, uma nova temporalidade para a fruição dos direitos fundamentais. A possibilidade do exercício desses direitos logo no início do processo, e não só no final, depois de onerosa tramitação, mitiga os entraves temporais intrínsecos ao processo jurisdicional. Resgata, ademais, o senso de responsabilidade e a autonomia das partes em relação à solução do seu conflito, o que pode maximizar a eficácia da decisão e a conseqüente satisfação em relação ao seu conteúdo. Ao garantir e criar condições para a realização direitos sociais em menor tempo, a conciliação contribui para a elevação do nível de cidadania dos indivíduos.

5. Em relação às políticas conciliatórias no JEF, como condição para que sejam atrativas, justas e duradouras, despertando o interesse dos juízes, advogados e, sobretudo, das partes, importa consignar as seguintes observações:

a) O Poder Judiciário, no modelo funcional de solução autocompositiva de conflitos, depara-se com um novo desafio, uma verdadeira condição de possibilidade para a seleção, variação e evolução no sentido da inserção das operações acordistas nos programas normativos do JEF, consubstanciando a necessidade de equiparar as partes e garantir que a solução seja desenhada de forma consentânea com o seu código binário: direito – não direito.

b) Estando o JEF colonizado por pretensões de direitos sociais vertidas em face do INSS (73,1% dos casos), e sendo este ente público, portanto, o ligante habitual estruturalmente empoderado, o sucesso de uma política de conciliações pressupõe que a estrutura comunicativa deste microsistema opere estrategicamente no sentido do empoderamento (*empowerment*) da parte hipossuficiente (litigante ocasional), condição de possibilidade para o equilíbrio desejável no diálogo que antecede o consenso.

c) Manifestou-se ampla preocupação com o sujeito de direito e com o direito positivo, principalmente no que concerne aos conteúdos dos direitos fundamentais de fundo constitucional. Os acordos, em que pese a liberdade dos conflitantes, encontram limites à transigência nos direitos sociais fundamentais e nas ações públicas do Estado. Cabe ao juiz, fiscalizando os termos da avença, verificar a razoabilidade e a proporcionalidade de eventuais autolimitações de direitos fundamentais sociais, principalmente em matéria previdenciária, para que não haja vantagem unilateral do Poder Público em relação aos sujeitos de direito.

d) A busca da solução consensual não está baseada no fator tempo cronológico. Trata-se, muito mais, de uma questão kairológica, de pausas, de hesitações, de rupturas, de oportunidade, de momento adequado, de “tempo devido”. Em uma palavra: de criação. Eis o paradoxo: a maturação do acordo demanda tempo, e os juízes não dispõem de tempo. A Justiça luta contra o tempo, o processo se esforça por reduzir o tempo gasto, e se apressa perigosamente.

e) O conflito típico do JEF, em que são partes o Poder Público e um particular buscando prestações sociais, tem características próprias. Trata-se de conflito adversarial e de natureza patrimonial, muito pouco se lhe aplicando a teoria da mediação de conflitos intersubjetivos familiares e de vizinhança, por exemplo, dos Juizados Especiais Estaduais. O que se tem é mesmo a conciliação, versando sobre questões de direito e de fato, em torno de valores pecuniários. Não há interesse na manutenção da relação futura dos litigantes. O objetivo da pesquisa, no ponto, foi tentar alinhavar uma teoria da solução consensual do conflito em que é parte o Poder Público, estabelecendo as diferenças necessárias.

5. Na práxis do JEF, conquanto se tenham iniciativas, programas e resultados muito positivos, refletindo experiências conciliatórias exitosas nos conflitos envolvendo entes

públicos, há ainda um *gap* de efetividade que decorre da demasiada retração judicial na adoção dos métodos alternativos de solução dos conflitos judiciarizados, hoje jungidos, em boa medida, à simpatia que cada juiz ou procurador nutre por eles.

Deduz-se haver, considerado o ainda baixo percentual da relação entre processos distribuídos e processos extintos por sentença homologatória de acordo (8,24%),³¹⁶ também a relação sentenças de outros tipos e sentenças homologatórias de acordos (7,6%),³¹⁷ uma resistência velada ao encaixe estrutural empírico do subsistema do JEF ao movimento teórico de transição interparadigmática vetorialmente direcionado às soluções consensuais.

A observação da práxis jurisdicional do JEF denota um certo distanciamento dos seus princípios informadores (programas normativos) e da própria cultura organizacional da Justiça Federal. É cediço, no plano da doutrina, que a efetivação do direito fundamental de Acesso à Justiça pressupõe que dita jurisdição seja permeável aos princípios políticos constitucionais que lhe são estruturantes, a eles se adaptando nos planos procedimental e substantivo.

6. Levando-se em conta as experiências conciliatórias da Justiça Federal da 4ª Região, é possível deduzir, seja pelos percentuais de casos resolvidos por conciliação, seja pelo nível de satisfação dos usuários, que a autocomposição é um possível caminho a ser seguido pela Justiça brasileira, representando uma técnica democrática de gestão do processo que, em certos casos, oferece vantagens em relação à solução adjudicada, embora seja recomendável uma convivência harmônica entre ambas, e não uma competição, evitando-se a diabolização da jurisdição e a sacralização do consenso.

11.2 CONCLUSÕES

Na conclusão de uma tese, se deve retomar a visão ampla apresentada na introdução e tentar avaliar o impacto da pesquisa sobre aquela perspectiva, buscando destilar as contribuições mais importantes, bem como avaliar os pontos fracos e controvertidos.

A primeira pergunta a ser respondida assim foi explicitada: em que medida a emergência do alargamento democrático trazido pela jurisdição do Juizado Especial Federal

³¹⁶ Conforme dados do TRF4, Assessoria de Planejamento e Gestão, em 2014 foram distribuídos no sistema do JEF da 4ª Região 460.441 processos de conhecimento. O percentual relativo de processos extintos por conciliação é de 8,24% dos distribuídos.

³¹⁷ De janeiro a julho de 2015, de um total de 146.357 sentenças, 11.119 foram homologatórias de acordos, o que equivale a 7,6%.

está dependente da evolução das suas estruturas comunicativas para possibilitar uma conectividade mais efetiva entre sociedade, direito e justiça?

A hipótese era de que o JEF, apesar do considerável avanço no campo do acesso à justiça e do reconhecimento de direitos sociais, não tem conseguido ser o espaço ideal de (re)afirmação da cidadania social e da implementação de direitos fundamentais, à míngua de uma maior participação cidadã na administração dos conflitos que soluciona.

Procurou-se demonstrar que a hegemonia do ideário neoliberal e a consequente retirada do Estado de Bem-Estar Social, com a redução sensível do nível das prestações sociais a partir da revisão dos conteúdos constitucionais e legais, produzem uma litigância invencível que sobrecarrega as estruturas do JEF.³¹⁸

Impactado pela crise dos números, o JEF não consegue ser uma Justiça informal e célere, nem tampouco consensual, perdendo também na qualidade dos seus julgados e na eficácia social das suas decisões. Tomado pelo efficientismo e pela apologia aos números, sonega aos cidadãos que buscam sua justiça, concebida para ser conciliativa, o direito a uma solução consensual. O caso é objetivado ou reificado.³¹⁹

A crise dos números desvela outra crise, a de legitimidade. O desapontamento das expectativas sociais quanto aos juizados especiais. Na verdade, um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que as pessoas depositam suas expectativas nos juizados, judiciarizando suas demandas, elas também se desapontam, seja pela qualidade da solução, seja pela demora na solução ou principalmente porque não conseguem participar da solução do conflito.

O segundo questionamento que formulei foi: por que, a despeito dos mandados constitucional (art. 98, I, da CR) e legal (art. 10, parágrafo único, Lei nº 10.259/2001), os processos do JEF são impulsionados para uma decisão estatal adjudicada (heterocompositiva), e não para a via consensual (autocompositiva)?

A fragilidade da conciliação nos Juizados Especiais Federais foi evidenciada pelo fato de as sentenças homologatórias somarem, segundo pesquisa do CJF/IPEA, apenas 14,9% do total. A mesma pesquisa mostrou que a realização de audiências exclusivas de conciliação não é prática habitual no JEF: praticamente a metade dos juizados pesquisados (49%) nunca realizou audiência de conciliação (CJF/IPEA, 2012).

³¹⁸ No Juizado Especial Federal, em todo o Brasil, estima-se que se tem hoje um estoque de 2.127.578 processos tramitando entre o primeiro grau, as Turmas Recursais e as Turmas de Uniformização. O Relatório Justiça em números do CNJ, versão 2014, mostrou que tramitam hoje nos juizados especiais 7,2 milhões de processos. Atualmente, existem no Brasil 1.534 Juizados Especiais na Justiça Estadual e 213 na Justiça Federal.

³¹⁹ Reificação, expressão cunhada por Lukács, representa um processo típico capitalista de alienação, de coisificação, de domínio do objeto sobre o sujeito, o homem; é a inversão entre a verdade do processo e o que ele aparenta ser em sua forma imediata.

A hipótese erigiu-se no sentido de que o JEF, idealizado para ser o *locus* de democratização do acesso à justiça e de superação do modelo tradicional de solução de conflitos exclusivamente heterocompositivo, não tem cumprido este papel, mercê de déficits creditáveis a uma multiplicidade de fatores ou barreiras: sociais, políticas, jurídicas, econômicas, culturais, estruturais e organizacionais, as quais, no conjunto, obliteram a plena efetividade de uma política de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Evidenciou-se o distanciamento da práxis do JEF dos seus princípios constitucionais estruturantes: sumariedade, oralidade e consensualidade. A negação da principiologia compromete o potencial de efetivação do acesso à ordem jurídica justa. É possível observar que o abandono do modelo procedimental voltado às soluções consensuais passa pela tendência de ordinarização, de fuga da oralidade, de apego à escrituração e da dispensa da audiência das partes, impedindo a comunicação, insubstituível ao consenso e ao acordo.

O princípio constitucional da consensualidade, ponto axial dos programas normativos dos Juizados Especiais, consagrando o direito subjetivo das partes à autocomposição do conflito e, portanto, o dever do Estado-Juiz de proporcionar mecanismos procedimentais adrede constituídos para este desiderato, está carente de concretude devido à corrupção do sistema do JEF por estruturas do sistema ordinário da Justiça Federal.

Esse problema, central para a tese, diz respeito à questão da cultura organizacional e da precariedade das estruturas voltadas à conciliação. Foi possível ver que existe, por parte dos juízes e advogados, muita resistência à ampliação do procedimento para oportunizar a solução consensual. Viceja um preconceito velado em relação à conciliação.

Observa-se, como pano de fundo, uma cultura enraizada de litigância e polarização em torno de bens da vida impregnada no sistema social brasileiro e contaminando os seus sistemas parciais, notadamente o científico, o cultural e o jurídico.

Faz-se imperativo, para a superação dessa cultura, o redesenho do papel da Justiça e também das Escolas de Direito. Por conseguinte, dos juízes, professores, advogados públicos e privados, membros do ministério público e defensores públicos.

O Estado, o direito e a função jurisdicional, no presente momento histórico, tocados pelo pluralismo jurídico e a policontextualidade, encontram-se vetorial e reflexivamente inclinados a uma perspectiva que supera o monopólio estatal da produção do direito (crise das fontes) e relativiza, em boa medida, o monopólio da prestação jurisdicional (crise da justiça).

Impõem-se também transformações no âmbito do Poder Público, no concernente à sua práxis administrativa e judicial, compreendendo os seguintes pontos: a) uma viragem hermenêutica administrativa pode contribuir para reduzir o número de demandas que chegam

aos juizados federais; b) a possibilidade de conciliação na via administrativa pode ser outro contributo à redução de demandas; c) não sendo factíveis ambas as hipóteses, uma maior adesão aos programas de conciliação judicial poderá representar um encurtamento temporal para o particular aceder ao direito social e também uma economia de trabalho e recursos para o Poder Público, além de desobstruir os canais de acesso à justiça.

Considerou-se fundamental à pesquisa suprir uma lacuna epistemológica esboçando as linhas gerais de uma teoria da solução consensual dos conflitos que tem como parte o Poder Público no âmbito dos Juizados Federais. Tais conflitos apresentam características próprias. Subjetivamente, a presença do Poder Público. Objetivamente, prestações da seguridade social e outros direitos sociais (90% das ações têm o INSS e a UF no polo passivo). São regulados por normas de direito administrativo. Têm conotação eminentemente financeira e pecuniária. Demandam método de gestão e de abordagem diverso da mediação de conflitos entre particulares. No JEF as práticas são acordistas e a abordagem não deixa de ser adversarial. Tem-se a conciliação e não a mediação, institutos diferentes, conforme se procurou demonstrar.

Desenvolveu-se uma racionalidade que leva em conta as peculiaridades deste tipo de conflito, concluindo existirem condicionamentos à autolimitação dos direitos fundamentais sociais objeto dos acordos celebrados no JEF, cabendo ao juiz exercer o controle para evitar que tais direitos sejam solapados justamente por quem tem o dever constitucional de concretizá-los. Fica a cargo do juiz a ponderação sobre a razoabilidade e a proporcionalidade de eventuais limitações de direitos sociais fundamentais no âmbito dos acordos com o Poder Público.

O terceiro problema dizia respeito à ausência de uma regra de obrigatoriedade, no procedimento do JEF, da realização da audiência prévia de conciliação, a modo de condicionar a solução jurisdicional heterocompositiva ao esgotamento das possibilidades autocompositivas.

A hipótese alvitrada era no sentido de uma alteração na Lei nº 10.259/2001, para que fosse implantada a fase pré-litigiosa autocompositiva no âmbito dos processos do JEF, tornando obrigatória a tentativa de conciliação em audiência como condicionante para que tivesse curso o processo com a abertura do prazo para a contestação da parte ré, já devidamente citada.

A investigação perpetrada, especialmente as referências teóricas, as discussões nos grupos focais e o aprofundamento da autorreflexão, evidenciaram que não se faz necessária uma alteração na lei de regência do JEF. Demonstrou também que, de rigor, tem-se hoje

apenas o descumprimento de normas já existentes, na medida em que os arts. 16 e 17 da Lei nº 9.099/95, aplicáveis ao procedimento do JEF, trazem expressa determinação normativa da realização da audiência conciliatória prévia.

Ocorreu no curso da investigação e durante a coleta de dados, a aprovação de dois diplomas legais que tornaram obrigatória a designação da audiência prévia de conciliação: o NCPC, art. 334, e a Nova Lei de Mediação e Conciliação, art. 27, que entrarão em vigor brevemente, aperfeiçoando direito subjetivo procedimental das partes (devido processo legal).

Com esse reforço normativo para a audiência prévia (pré-litigiosa), a conclusão, uma vez reformulada a hipótese, é no sentido de se propor, ao invés da alteração legislativa, apenas uma viragem na práxis do JEF para que se leve a sério os referidos dispositivos legais e, em última análise, o princípio constitucional da consensualidade no âmbito desta justiça especializada. Em outras palavras, para que os juízes passem a designar a audiência prévia (pré-litigiosa) em um número maior de casos, oportunizando a solução consensual do conflito, prática que proporciona sensíveis vantagens tanto para a justiça como para as partes, em termos de acessibilidade aos direitos.

A experimentação, por meio de projetos adrede implantados na Justiça Federal da 4ª Região, trabalhando na prática a conciliação em processos do JEF Previdenciário, de que é exemplo o Projeto Vara de Conciliação, mostrou a importância e a melhora no desempenho das unidades beneficiadas. Os resultados obtidos e o nível de satisfação dos usuários revelaram também que é importante refletir sobre a profissionalização da conciliação, seja por meio de Centros de Conciliação, seja por meio de varas especializadas.

Com a presente tese espero ter contribuído não apenas para o debate acadêmico sobre as possibilidades de ruptura e transformação do paradigma adjudicatório (heterocompositivo) que está impregnando as estruturas comunicativas do JEF, substituído por uma nova cultura jurídica democrática, emancipatória e jurisconstrutiva de conciliação, mas também para que haja uma virada efetiva no procedimento e no *habitus* dos atores do processo, preconizando a convivência dos modelos de solução de conflitos por adjudicação e autocomposição. Isso sem perder o contato com os conteúdos do direito, mecanismo ainda insuperável na solução dos conflitos sociais, e sempre tendo como referencial normativo a Constituição da República, que permite o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político.

REFERÊNCIAS

- ABEL, Richard L. (ed.). *The politics of informal justice*, v. 1 - the american experience. New York: Academic Press, 1982.
- ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito, 2011.
- _____. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. 2. ed. Florianópolis, 2008.
- ACOSTA, Graciela Corti; NÚÑEZ, María Teresita Facelli. La experiencia uruguaya en materia de mediación y conciliación. *Revista iberoamericana de arbitraje y mediación*. Ago. 2002. Disponível em: http://www.servicex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/experiencia_uruguay.php. Acesso em: 23 fev. 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. *Jurisprudência catarinense*, v. 26, n. 89, p. 13-24, jan./mar. 2000 (Conferência proferida na 5ª Jornada Brasileira sobre temas da Justiça Federal, realizada em Florianópolis, em 21/09/2000)
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, I, quarta edizione. Milano: Giuffrè, 1978.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda H. S. da Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALMEIDA, P. M. R. A Conciliação como método judicial de solução rápida e pacífica de desapropriações: a experiência de Guarulhos. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 455-481.
- ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003.
- ALVES JÚNIOR, Sérgio Antônio Garcia. Lei uniforme de mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de acesso à justiça e a mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDREWS, Neil. *O Moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e coordenação da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

AÑÓN, María José. Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. N. 6 - 2002. València: Universitat de València, 2002. Disponível em: <www.uv.es/cefd/6/anyon.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Tradução de Cesar A. de Almeida, Antonio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

_____. *A Condição Humana*. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru-SP: Edipro, 2007.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições filosóficas do direito e do estado*. Tradução Patrice C. Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Renovar, 2000.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Landy, 2006.

AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma, e BARBOSA, Ivan Machado (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 43- 61.

AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVRUCH, Kevin; MITCHELL, Christopher. *Conflict resolution and human needs*. New York: Routledge, 2013.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

_____. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004a.

_____. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004b.

_____; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

_____. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11-29.

_____ (et al.). *Manual de Mediação Judicial*. 1. ed. Brasília: FUB, CEAD, 2013.

AZEVEDO, Guilherme; ROCHA, Leonel Severo. Notas para uma teoria da organização e da decisão jurídica autopoiética. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito - RECHTD*, n. 4 (2): jul/dez 2012, p. 193-212.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação para-processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31-37.

BAEZ, N. L. X.; BARRETTO, V. de P. *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba-SC: Editora Unoesc, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: LACOMBE, M. (Org.). *1988-1998 – uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O direito no século XXI: desafios epistemológicos. In: *Crítica à dogmática. Dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica, 2005.

_____; BAEZ, N. L. X. (Org.). Direitos humanos e globalização. In: BAEZ, N. L. X.; BARRETO, V. de P. *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba-SC: Editora Unoesc, 2007, p. 13-33

_____ (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro, Unisinos/Renovar, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Direito & justiça*, Porto Alegre, v.25, n. 28, 2003, p. 109-146.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999a.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999b.

_____. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2008.

_____. *En busca de la política*. 1. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

_____. *A europa alemã de Maquiavel a Merkievel: estratégias de poder na crise do euro*. Lisboa: Edições 70, 2013.

BENTHAM, Jeremy (1781). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Batoche Books. Kitchner, 2000.

BERGSON, Henri. *Ensaio sobre os dados imediatos da consciência*. Tradução João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1998.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*. Traducción Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

_____. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Igualdad y libertad*. Introducción Peces-Barba. Traducción Pedro A. Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados especiais federais cíveis. E-book*. Porto Alegre: Direitos dos autores, 2011.

_____. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Brasília: CEJ, 2013.

BODNAR, Zenildo [ET AL] (Org.). *Juizados especiais federais em debate* [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012.

BOLLMANN, Vilian. Aplicar novo CPC a juizados especiais federais passa por condições. *Consultor jurídico*. 31 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/vilian-bollmann-aplicabilidade-cpc-juizados-especiais>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. Poder do consenso. *Revista dos juizados especiais*, Porto Alegre, v. 16, p. 9-14, 1996.

_____. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O direito da cidadania à composição de conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 77, 2000a, p. 183-218.

_____; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000b.

_____ (org). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Organizadores). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

_____; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. Análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos juizados especiais federais no Brasil: a dupla face do acesso à justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2012b.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation: une justice douce*. Paris: Syros Alternatives, 1992.

BORA, Alfons. Capacidade de lidar com o futuro e responsabilidade por inovações - para o trato social com a temporalidade complexa. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BORÓN, Atilio. *Imperio & imperialismo: una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri*. Buenos Aires: CLACSO, 2002.

BOTELHO, Eliane Junqueira. Acesso à justiça. *Revista de estudos históricos*, n. 18, 1996.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Traducción Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. Dissertação do mestrado profissional em poder judiciário. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2009.

_____. A possibilidade do uso de métodos consensuais para solução de conflitos envolvendo servidores públicos federais. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 425-441.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – IPEA. Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais/ Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – 100 maiores litigantes. DPJ- Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, Março de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório justiça em números, 2014 (ano-base 2013). Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2014/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_Federal.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – IPEA. *Diagnóstico sobre os juizados especiais cíveis*. Relatório de Pesquisa. Brasília: CNJ, 2013.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Resolução nº 37, de 26 de setembro de 2003*. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2003. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_RES%2037,%2026.09.2003.doc>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. *Resolução nº 10, de 01 de março de 2004*. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2004. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_RES%2010,%2001.03.2004.doc>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. *Resolução nº 88, de 29 de julho de 2005*. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2005. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=sistcon_atos_institucionais>. Acesso em: 24 ago.2014.

_____. *Resolução nº 17, de 26 de março de 2010*. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2010. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/cle_Res17V02122010.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. *Resolução nº 125, de 22 de novembro de 2012*. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/43405764/trf-4-administrativo-22-11-2012-pg-1>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. *Resolução nº 73, de 15 de maio de 2014*. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/70474601/trf-4-administrativo-19-05-2014-pg-1>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. STJ, REsp. 429570-GO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11 nov. 2003

BREGGIA, Luciana. *La Mediazione dopo C. Cost. N. 272/2012*. Treccani, L' enciclopedia italiana. Libro dell'anno del diritto 2014. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2014. Disponível em: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/la-mediazione-dopo-c-cost-n-272-2012-II-libro-dell'anno-del-diritto-2014>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BRENNEUR, Béatrice (dir.). *Panorama des médiations du monde: la médiations, langage universel de règlement des conflits*. Paris: L'Harmattan, 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Tecnoburocracia e contestação*. Petrópolis: Vozes, 1972.

BRITO, Fausto. *Transição demográfica e desigualdades sociais no Brasil*, *Revista brasileira de estudos populares*, São Paulo, v. 25, n. 1, jan./jun. 2008, p. 5-26.

BRUYN JUNIOR, H. C. P. *O Direito subjetivo à conciliação no estado democrático de direito e sua aplicabilidade às causas de competência da justiça federal*. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 121-142.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011b.

CAMPOS, Edmundo (org). *Sociologia da burocracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. *Os valores recomendados pelo banco mundial para os judiciários nacionais*. *Revista Cidadania e Justiça (AMB)*, ano 7, n. 13, 1º sem. 2004, p. 17-39.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *O Direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "Constituição social")*. *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 19, n. 67, 2008, p. 15-68.

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

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 1988.

_____. *A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1997.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTR, 1998.

CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados especiais da fazenda pública* (Comentários à Lei nº 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010.

_____. Impactos do novo CPC sobre os juizados especiais federais. In: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. *Advocacia Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 385-412.

CARNELUTTI, Francesco et al. *A morte do direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARVALHO, Delton Winter de; ROCHA, Leonel Severo; Policontexturalidade jurídica e direito ambiental. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Org.). *Direito ambiental e autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25-45.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. In: BIGNOTO, N. (Org.). *Pensar a república*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa (Cord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, António. Questão-de-facto e questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica) I. *A crise*. Coimbra: Almedina, 1967.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. *Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información*. México: Taurus, 2000.

_____. *A sociedade em rede*. v. 1. Tradução Roneide Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTORIADIS, Cornelius. *Capitalisme moderne et révolution 2: le mouvement révolutionnaire sous le capitalisme moderne*. Paris: Ed. 10/18, 1979.

CASTRO, Ernesto. *Contra la posmodernidad*. Barcelona: Alpha Decay, 2011.

CATTANI, Antonio David; DÍAS, Laura Mota (Org.). *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*. Tradução Ernani Ssó. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2005.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Moderna, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHOMSKY, Noam. *El nuevo orden mundial (y el viejo)*. Traducción castellana de Carme Castells. Barcelona: Crítica, 2003.

_____. *Estados fracassados: o abuso do poder e o ataque à democracia*. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CHUMBINHO, João. *Juízados de paz na prática processual: meios alternativos de resolução de litígios - mediação - conciliação - arbitragem e negociação*. Lisboa: Quid Júris, 2007.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A pirâmide da solução dos conflitos: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2008 (Tese de Doutorado apresentada na USP).

COMMAILLE, Jacques. O modelo de *Janus* da regulação jurídica: carácter revelador das transformações do estatuto político da justiça. *Revista crítica de ciências sociais*, nº 87, dez. 2009, p. 95-119.

CONILL-SANCHO, J. *Ética hermenéutica: crítica desde la facticidad*. Madri: Tecnos, 2006.

COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. V. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 161-201.

CRESPO, Mariana Hernández. A systemic perspective of ADR in Latin America: enhancing the shadow of the law through citizen participation. University of St. Thomas School of Law. Legal Studies Research Paper Series. *Cardozo Journal of conflict Resolution*, 2008, p. 91-128.

DAHRENDORF, Ralf. *Ensaios de teoria da sociedade*. São Paulo: Zahar e Universidade de São Paulo- USP, 1974.

_____. *Sociedade e liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. *O conflito social moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

DALLERA, Osvaldo. *La sociedad como sistema de comunicación: la teoría sociológica de Niklas Luhmann en 30 lecciones*. 1. ed. Buenos Aires: Biblos, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DE GIORGIO, Rafaelli. Sobre o direito: Kafka, Dürrematt e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do direito*. Belo Horizonte. V. 4, n. 7, jan./jun. 2007, p. 29-43.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DÍAZ, E. *Pós-modernidad*. Buenos Aires: Eudeba, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A justificação do direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación: palabra en el tiempo*. Traducción Helena Lozano. Barcelona: Lumen, 1992.

ECONOMIDES, Kim. Acesso à justiça: lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves (Org.). [et al]. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ELSTER, Jon (Org.). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001.

ENTELMAN, Remo F. *El conflicto: dilema para abogados*. *Revista La Ley*. Buenos Aires, 1997, p. 1377-1386.

_____. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. ADR (*Alternative Dispute Resolution*) - meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? *Direitos fundamentais & justiça* - Ano 5, nº 17, out./dez. 2011, p. 118-141.

FALCÃO, Joaquim. O judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Idesp – Editora Sumaré, 1995.

FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas no contexto da Justiça Federal: uma introdução. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 229-251.

FARIA, José Eduardo. *Poder de legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. *O Poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

_____. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. Colóquio internacional – direito e justiça no século XXI. Coimbra, 29 a 31 de maio, Coimbra, CEJ, 2003, p. 2-39.

_____. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERNÁNDEZ, Antonio José Moya; SIERRA, Eduardo Trigo. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 32, 2012. p. 102-112.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 417-464.

FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça – Uma análise dos juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os conflitos como processo de mudança social. *Revista de direito administrativo*, n. 219, p. 219-227, jan./mar. 2000.

FILHO, Orlando Villas Bôas. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen M. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLOYD, Michael D. *Class Actions e outros tipos de litígios coletivos: a experiência dos Estados Unidos com possíveis analogias com demandas repetitivas*. Tradução Maria Cristina Zucchi). In: *CJF/CEJ, seminário demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais*. Brasília-DF: CJF/CEJ, 2013, p. 32-52.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, R. S. A Alternativa da conciliação: reflexões sobre o acesso e a saída da justiça federal. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 91-108.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FRANÇA, F. C. T. *Criação e dialética: o pensamento histórico-político de Cornelius Castoriadis*. São Paulo: EDUSP, Brasiliense, 1996.

FREITAS, Felipe Simor de. Da oralidade do processo previdenciário nos juizados especiais federais: democracia mediante participação das partes na preparação do provimento. *Revista de direito previdenciário*, n. 7, Ano II – 2011, p. 97 -115.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Marcelo Siqueira de. Perspectivas da Procuradoria-Geral Federal. In: *CJF/CEJ, seminário demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais*. Brasília-DF: CJF/CEJ, 2013, p. 26.

FREITAS JUNIOR, A. R. Para um conceito de conflito intersubjetivo de justiça. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 109-120.

FUENTES GÓMEZ, Julio C. *La situación actual de la mediación en España*. Madrid, Lawyerpress, enero 2013.

FUKUYAMA, Francis. *La construcción del estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones B, 2004.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, dec. 1998, p. 353-409. Cambridge: Harvard University, 1998. Disponível em: www.cyber.law.harvard.edu/bridge/LegalProcess/fuller.htm Acesso em 02 jun. 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e proposição de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da justiça*: relatório de pesquisa. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução dos conflitos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/publico>. Acesso em 02 jun. 2015.

_____. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a instituição da mediação no judiciário*. Vol.1 — Coleção MASC. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; TAKAHASHI, Bruno. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

_____; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 3-33.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Traduzido por Flávio Meurer. 3. ed. São Paulo: Vozes, 1997.

GALANTER, Marc. A Justiça não se encontra apenas nos tribunais. In: HESPANHA, Antonio (Org.), *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. Originally published in Volume 9:1 *Law and society review*, 1974. Reprinted (with corrections). In: COTTERRELL, R. (Ed.) *Law and society*, Aldershot, Dartmouth, 1994. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/>>. Acesso em 15 abr. 2013.

GARAPON, Antoine. Qu'est-ce que la médiation au juste? In: *La médiation: un mode alternatif de résolutions des conflits*, Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Suisse, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, p. 211-218.

_____. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAZDA, Emmerson. Administração pública em juízo: poder-dever de transigir. Direito Federal, *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n.º. 83, jan/mar 2006, p. 131-158.

GENTILI, Pablo (Org.). *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. 3. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2001.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernidade reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GISMONDI, Rodrigo A. Odebrecht Curi. Mediação pública. *Revista eletrônica de direito processual - UERJ*. Rio de Janeiro, Ano 8, 2014, p. 168-202.

GODOY, Daniel Polignano. Acesso à Justiça no direito comparado: um panorama da experiência uruguaia em matéria de conciliação. *Revista do CAAP*. Belo Horizonte, n. 1, v. XVIII, 2012, p. 119 – 143.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de conciliação versus audiência preliminar: a opção pela primeira e as conseqüências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC). *Revista brasileira de direito processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107179>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da escola paulista da magistratura*, v. 3, n.º 2, p. 49-58, jul./dez. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa (2011). Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2011. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2015.

GRYSPAN, Mário. Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões. In: CARVALHO, L. M. de (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 99-113.

GUIBENTIF, Pierre. *Os direitos subjetivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 171-198.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: *Novos estudos*, São Paulo: CEBRAP, n. 18, set. 1987, p. 103-114.

_____. *Discurso filosófico da modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *A democracia do mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I e II*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a.

_____. *Teoria do agir comunicativo I e II: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes: 2012b.

HARRINGTON, Christine B. *Shadow justice - The ideology and institutionalization of alternatives to court*. Connecticut: Greenwood Press, 1985.

HARVEY, David. *Espaços de esperança*. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HAWKING, Stephen W. *Uma breve história do tempo*. Tradutor Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HEIDEGGER, Martin. *Tempo e ser*. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro Editora, 2005.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HOFFMAM, Fernando. Do processualismo hipermoderno ao antimoderno: a re(construção) do espaço-tempo processual a partir da experiência dos juizados especiais federais. Dissertação de Mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. *Revista direitos culturais do programa de pós-graduação em direito – MESTRADO da URI*. Santo Ângelo: EdiUri, n. 1, dez. 2006, p. 11-37.

_____. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 141-142.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais uma análise das condições de vida da população brasileira*, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv42820.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2014.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

_____. As ciências sociais e a modernidade-mundo: uma ruptura epistemológica. *Revista de ciências humanas*, n. 10, 2001. Curitiba: UFPR, p. 29-70.

IZUZQUIZA, Ignácio. *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. 2. ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

JACOBSEN, Gilson. Juizados especiais federais: quando só o direito não basta para o efetivo acesso à justiça. Tese de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/56/TESE%20GILSON%20-%20versão%20final%20correção%2004.11.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

JUNQUEIRA, Eliane. “Acesso à justiça”: um olhar retrospectivo. Rio de Janeiro: Estudos Históricos, n° 18, 1996.

KAKIUCHI, Shusuke. "Regulation of dispute resolution in Japan: alternative dispute resolution and its background". In: STEFFEK, Felix; UNBERATH, Hannes (ed.). *Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the Crossroads*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 269-296.

KANT, I. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Escala, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. 8. ed. (tradução da edição francesa *Théorie Pure du Droit*, de Moisés Nilve). Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1969).

LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizados especiais de pequenas causas e direito processual civil comparado*. In: WATANABE, Kazuo (Org.). *Juizado especial de pequenas causas* (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

LASCOUX, Jean-Louis. *O que é a mediação?* 2006. Disponível em: <<http://www.forum-mediacao.net/module2display.asp?id=39&page=2>>. Acesso em: 09 set. 2013.

LAZZARI, João Batista. Juizados Especiais Federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção do processo justo. Tese de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/55/Tese%20João%20Batista%20Lazzari.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos – Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEVINAS, Emmanuel. *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

_____. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes, 1993.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

_____. *La era del vacío*. 10. ed. Traducción Joan Vinyoli y Michéle Pendanx. Barcelona: Anagrama, 2011.

LUCHIARI, V. F. L. Política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 305-321.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do direito*. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito*. Vol. II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. *Revista AJURIS*. Porto Alegre. nº 49, ano XVII, Julho, 1990, p. 149-168.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Sequência*, nº 28, jun. 1994, p. 1-14.

_____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Joxetxo Berain y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998a.

_____. *Sistemas Sociales: Lineamentos para una teoría general*. Rudí (Barcelona): Anthopos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA - Pontificia Universidad Javeriana, 1998b.

_____. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Edições Vega, 2001.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Herder/Universidad Iberoamericana, 2007a.

_____. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 2007b.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana C. Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *Organización y decisión*. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2003.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1988.

_____. *A condição pós-moderna*. Tradução. Ricardo Corrêa. Barbosa. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

_____. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1988.

MACIEL, Débora A; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política e politização da justiça: duas análises*. *Lua nova: revista de cultura e política*. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo-FA*, Belo Horizonte, a. 11, n. 126, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIOOO6.aspx?pdicntd-74453>>. Acesso em 02 jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O princípio da oralidade como componente racional da gestão democrática do processo penal. *Revista da Escola Nacional da Magistratura (ENM)*, Ano VII - 6 - nov. 2012, p. 506 -520.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. Trad. Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: UNESP, 1995.

_____. *Kairós: apologia del tempo debito*. Roma: Laterza, 2005.

_____. *La passione del presente*. Torino: Bolatti Boringhieri, 2008.

MARSHALL. T. H. *Cidadania, classe e status*. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Jahar, 1967.

MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. Tradução Waldtraut U. E. Rose e Clara C. W. Sackiewicz. 2. ed. São Paulo: Globo, 1998.

MARTÍN, Nuria Belloso; CAMPUZANO, Afonso de Julios. Presentación. In: MARTÍN, Nuria Belloso; CAMPUZANO, Afonso de Julios (Org.). *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2008. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=CvbSTTPtTqcC&pg=PA7&hl=pt-BR&source=gb_s_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 23 jan. 2015.

MARTINS, Nadia Bevilaqua. *ADR in the age of contemporaneity – Chaos, complexity and pedagogy*. Curitiba: Juruá, 2008.

MASSUCCI, Alfonso. El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo: esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa. *Revista de Administración Pública*, n. 178, Madrid, enero/abril 2009, p. 9-35.

MATOS, Nelson J. C. Judicialização da política e politização da justiça: noções gerais e distinções. In: LIMA, F. M. M.; PESSOA, R. S. (Org.). *Constitucionalismo, direito e democracia*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 169-178.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. 2000, p. 183-202.

MAYERLE, Daniel; PFLEGER, Lilian. A indisponibilidade do interesse público no juizado especial federal: como promover o efetivo acesso à justiça? In: BODNAR, Zenildo [et al] (Org.) *Juizados especiais federais em debate (eletrônico)*. Itajai: Univali, 2012.

_____. *O direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAZZONETTO, Nathalia. Novos (e adequados) rumos da administração pública na resolução de conflitos. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 275-304.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

_____. Os juizados especiais federais – um divisor de águas na história da Justiça Federal. *Revista CEJ*. Brasília, Ano XV, jul. 2011, p. 8-14.

_____. Juizados especiais federais: obra social. *Revista de Previdência Social*. São Paulo, n. 254, jan. 2012, p. 5-6.

_____; MIRANDA, J. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: interface Portugal/ Brasil*. Brasília: IDP, 2014.

MENDONÇA, P. F. Conciliação tributária na Justiça Federal frente à natureza indisponível do crédito tributário. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 401-423.

MENDONÇA, Rafael. *(Trans)modernidade e mediação de conflitos*. 1. ed. digital. Petrópolis, KBR, 2012.

MERA, Alejandra. *Mecanismos de resolución alternativa de conflictos en América Latina*. Presentación ponencia en seminario diálogo nueva justicia. Quito, 2012.

Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/ponenciaseminarioecuador/AlejandraMera-MecanismosderesolucionalternativadeconflictosenAmericaLatina.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2015.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: PUF, 1993.

MOMBIOT, George. *A Era do consenso*. Um manifesto para uma nova ordem mundial. Tradução Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MOORE, Christopher W. *O Processo de mediação*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORIN, Edgar. *As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente*. Joaquim Clotet, Juremir Machado da Silva (Org.). 3. ed. Porto Alegre: Sulina, Edipucrs, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Luiz Eduardo. Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil. *Revista de Ciência Política*, n. 36, julho/Agosto, 2007. Rio de Janeiro: Acheegas.net, 2007. Disponível em: <<http://www.acheegas.net/anteriores.html>>. Acesso em 02 dez. 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NADER, Laura. *The ADR explosion: the implications of rhetoric in legal reform*. Windsor Yearbook Access to Justice, 1988.

_____. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n° 29, ano 9, 1994, p. 18-29.

NAGEL, Thomas. *Equality and partiality*. Nova York: Oxford University, 1991.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Novas perspectivas no acesso à justiça. Brasília, Revista CEJ, v. 1, n. 3, set./dez. 1997.

NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor”* no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTR, 2005.

NEGRI, A; HARDT, M. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

_____. *O trabalho de Dioniso: para a crítica do estado pós-moderno*. Juiz de Fora-MG: UFJF, 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos, entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, nº 83, jan./jun 2011, p. 79-108.

_____. A mediação diante da reconfiguração do ensino e prática do direito: desafios e impasses à socialização jurídica. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012, p. 249-288.

_____. Desafios e impasses aos meios consensuais de tratamento de conflitos. In: GUNTHER, L. E.; PIMPÃO, R. D. (Coord.) *Conciliação, um caminho para a paz social*. v.1, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 25-46.

NIETZSCHE, F. W. *Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2007.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: REVAN, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. *Giustizia sociale e dignità umana*. Bologna: Il Mulino, 2012.

_____. *Emociones Políticas. ¿ Por qué el amor es importante para la justicia?* Traducción Albino Santos Mosquera. Bogotá: Paidós, 2014.

OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. V 1, n. 5, Porto Alegre, 2007, 145-174.

OLIVEIRA, Bruno Augusto Santos. A erosão do juiz como símbolo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de formação ética e crítica do indivíduo-magistrado. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa*. Lisboa, ano 1 (2012), n. 11, p. 6859.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo no processo civil. Porto Alegre: *Emagis – TRF4 – Caderno de Direito Processual Civil, Módulo 4*, 2009, p. 147-175.

OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

OST, François (1993). *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Alicante: Doxa, n. 14, p. 169-194. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PALMA, J. B. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 143-187.

PALETTA, Mag Carvalho. *Audiência de conciliação nos juizados especiais cíveis cariocas: obstáculo ou solução?* Dissertação de Mestrado. FGV, Rio de Janeiro, 2011.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.

_____. *El sistema social*. Madri: Alianza, 1984.

PÁSARA, Luis. Reformas del sistema de justicia en América Latina: cuenta y balance. In: JUAREZ, Jose Antonio Caballero [et al.]. *Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 371-419.

_____. Legitimidad para resolver conflictos en un contexto de globalización. Universidad Nacional de Colombia – UN, Dirección Nacional de Bibliotecas, Pensamiento Jurídico. *Open Journal Systems*, p. 7-16, 2013. Disponível em: www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39244/pdf_426. Acesso em: 23 fev. 2014.

PASTORE, A. C. F. Soluções alternativas para resolução de conflitos e agências reguladoras: limitações e propostas. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 551-571.

PAUMGARTTEN, M. P.; PINHO, H. D. B.. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico. In: *CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*, 2012, Uberlândia - MG. Sistema jurídico e direitos fundamentais individuais e coletivos, 2012, p. 414-437.

PECES-BARBA, Gregório. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Madrid: DYKINSON, 1999.

PENALVA DA SILVA, Janaína Lima. Demandas repetitivas: soluções processuais ou gerenciais? In: *Seminário demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções e*

processuais e gerenciais. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Série cadernos do CEJ, n. 29, 2013, p. 13-22.

PERELMAN, Chaïm, *De la justicia*. Traducción de Ricardo Guerra. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1964.

_____. *La interpretación jurídica*. Traducción del francés de H. Petzold-Pernía. Maracaibo: Centro de Estudios de filosofía del Derecho (Facultad de Derecho- Luz), 1974.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia Pupu. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução Barbosa Moreira. *Revista Forense*, v. 342, abr.-mai.-jun. 1998, p. 161-168.

PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonçalves (Org.). *Globalização e justiça = Globalisierung und Gerechtigkeit*. Porto Alegre: Goethe Institut Inter Nationes, 2002.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

_____. *A Economia da desigualdade*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIMENTA-BUENO, Mariza do Nascimento Silva. Considerações acerca das condições de possibilidade do acesso efetivo à Justiça: obstáculos a serem transpostos e propostas de tentativas para o seu enfrentamento, no âmbito dos juizados especiais federais. In: CUNHA, José Ricardo. *Direitos humanos e poder judiciário no Brasil: federalização, Lei Maria da Penha e juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

PINHO, Humberto D. B. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 17, p. 09-14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

_____. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (Org.). *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 105-124.

_____; PAUMGARTTEN, M. P.. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico. In: *CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*, 2012, Uberlândia - MG. Sistema jurídico e direitos fundamentais individuais e coletivos, 2012, p. 414-437.

_____. (Org.). A nova lei de mediação brasileira: comentários aos projetos de lei nº 7.169/14. *Revista Eletrônica de Direito Processual - Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*. Ano 8. Volume Especial. Rio de Janeiro, 2014.

PIRES, Amom Albernaz. Mediação e conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 131-152.

PNUD, *Estudio de la mediación prejudicial obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflictos en Argentina*, coordinado por Nora Luzi - 1. ed. Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Fundación Libra, 2012.

POLANYI, Karl. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Traducción Julia Várela y Fernando Alvarez-Uría. Madrid: Ediciones de la Paqueta, 1989.

PONIEMAN, Alejandro. *Qué hacer con los conflictos – Claves para comprenderlos, manejarlos, transformarlos y resolverlos*. Buenos Aires: Losada, 2005.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRIGOGINE, Ilya. *Las leyes del caos*. Trad. Juan Vivanco. Barcelona: Crítica, 2004.

_____. *O fim das certezas*. São Paulo: Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: UNESP, 1996.

PUENTE, Fernando Rey. *Os sentidos do tempo em Aristóteles*. São Paulo: Loyola/Fapesp, 2001.

RAWLS, John. *Justiça como equidade – uma reformulação*. Org. Erin Kelly. Tradução Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RESTA, Elígio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBOTTA, Silvina. *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid: CEPC, 2010.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Tradução Lucy Moreira Cesar. Campinas, SP: Papyrus, 1991.

_____. Autonomia e vulnerabilidade. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *A justiça e o mal*. Lisboa: Piaget, 1997, p. 147-165.

_____. *Lo justo*. Tradução Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Caparrós Editores/Fundación Emmanuel Mounier y Fundación Blanquerna, 1999.

_____. *Caminos del reconocimiento*. Tres estudios. Tradução Agustín Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

_____. *Amor e justiça*. Portugal/Lisboa: Edições 70 - Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2008.

_____. *O justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*. Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIPOL-MILLET, Alex. *Familias, trabajo social y mediación*. Barcelona: Paidós, 2001.

RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ROBERTS, Bryan R. (1997). A dimensão social da cidadania. *RBCS*, n. 33, ano 12, fev. de 1997, p. 5-21.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito à jurisdição constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 15, 1996, p. 85-99.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. Tempo e constituição. *Revista Direitos Culturais*, v.1, n.1, dez. 2006, p. 177-199.

_____; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____: KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. *A produção autopoietica do sentido do direito*. *Revista Direitos Culturais*. Santo Ângelo, vol. 4, n. 7, p. 13-26, jul/dez 2009b.

_____. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. Florianópolis: *Sequência*, n. 62, jul 2011, p. 193-222.

_____; AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização e da decisão jurídica autopoietica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, n. 4 (2): jul/dez 2012a, p. 193-212.

_____; DUARTE, Francisco Carlos. *O direito e o tempo social*. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). *A construção sociojurídica do tempo: teoria do direito e do processo*. Curitiba: Juruá, 2012b.

_____; DUARTE, Francisco Carlos (coordenadores). *Direito ambiental e autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012c.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. *Gestión organizacional: elementos para su estudio*. 5. ed. Chile: UC, 2011.

_____. *Diagnóstico Organizacional*. 7. ed. Chile: UC, 2012.

ROSANVALLON, P. *A crise do estado-providência*. Brasília: UNB, 1997.

_____. *A Nova questão social*. Repensando o estado providência. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

_____. *La Légitimité Démocratique*. Paris: Seuil, 2008.

_____. *La contrademocracia: La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2011.

RUIVO, Fernando. A magistratura num período de crise do estado: 1969-1974. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 18/19/20, fev. 1986, p. 343-376.

SADEK, Maria Tereza. *O judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.

_____ (Org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

_____ (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

_____. *Judiciário: mudanças e reformas*. São Paulo: Estudos Avançados, v. 18, nº 51, maio-ago, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

_____. *Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____ (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: estudos em homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem*

ao professor José Carlos de Barbosa Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – RT, 2006, p. 779-792.

_____. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 209-227.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La injerencia de las leyes. Problema de la juridificación de las relaciones sociales. *Persona y Derecho*. v. 56, 2007, p. 36-57.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Introdução à sociologia de administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, nov. 1986, p. 11-44.

_____. *A transição paradigmática: da regulação a emancipação*. Coimbra: Universidade de Coimbra/Oficina do Centro de Estudos Sociais, n. 2, 1991.

_____; MARQUES, M. M. Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Coimbra: Universidade de Coimbra/Oficina do Centro de Estudos Sociais, n. 65, nov. 1995, p. 1-64.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1997.

_____. *O discurso e o poder*. Ensaio sobre sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

_____. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. V. I, Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Bilbao: Desclée de Bronwe, 2000.

_____. *Para um novo senso comum: a ciência, a política e o direito na transição paradigmática*. V.1: *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura jurídica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Erivaldo Ribeiro dos. A conciliação nas causas do sistema financeiro da habitação. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 24, jan./mar. 2004, p. 9-12.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTRE, J. P. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 21. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito, 2011a.

_____. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011b.

_____; VAZ, P. A. B. Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao judiciário em matéria previdenciária (RE 631240-MG – Repercussão Geral. Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, n. 62, out. 2014. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/JoseSavaris_PauloAfonsoVaz.html>. Acesso em 11 jul. 2015.

_____; XAVIER, Flávia da Silva. *Manual dos recursos nos juizados especiais federais*. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2015.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*. Vol. I, Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; NETO, Arnaldo Bastos Santos. O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 4, jul/ set. 2008, p. 188-210.

SELZINICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmam e Ricardo Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENA, Adriana Goulart de. A conciliação judicial trabalhista em uma política pública de tratamento adequado e efetivo de conflitos de interesses. , In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SERAU JUNIOR, M. A. Apontamentos críticos às conciliações realizadas em ações previdenciárias. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 443-453.

_____. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. São Paulo: LTR, 2015.

SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de acesso à justiça: fundamentos para uma teoria geral. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 44, ago. 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_artigo_id=2204>. Acesso em: 02 jul. 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Patrícia Bressan da. (2001) Implicações jurídicas da globalização econômica. *Jus navigandi*. Teresina, ano 6, n. 21, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2391>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra editora, 2009.

SILVEIRA NETTO, Luiz Fernando. *Juizados especiais federais cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. *Anais do CONPEDI*, São Paulo – SP, 04-07 nov. 2009, p. 6499-6513.

_____. ROCHA, Leonel Severo. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Org.). *Direito ambiental e autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 193-216.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Tradução Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOJA, E. *Geografias pós-modernas: a reafirmação do espaço na teoria social crítica*. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

SORENSEN, Georg. *La transformación del estado: Más allá del mito del despliegue*. Tradução Ramón Cotarello. València: Tirant lo Blanc, 2010.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Mediação de conflitos e o novo CPC. In: SPENGLER, Fabiana; BEDIN, Gilmar. *Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 203-259.

_____. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 189-207.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, ética e história: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1999.

_____. *Levinas e ancestralidade do mal: por uma crítica da violência biopolítica*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

SPENCER-BROWN, G. *Law of form*. New York: Julien Press, 1972.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, J. L. Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____; NETO, Theobaldo Spengler. *Mediação enquanto política pública* [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas/organizadores. 1. ed. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012b.

_____; NETO, Theobaldo Spengler (Org.). *A resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação* [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2013a.

_____; BEDIN, Gilmar. *Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013b.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Responsividade judicial e interpretação dos direitos sociais — um programa de revisão da teoria democrática da jurisdição à luz das exigências dos direitos constitucionais do trabalho e da seguridade social. In: BAEZ, N. L. X.; R. LEAL; O. MEZZARROBA. *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito, 2010, p. 227-248.

STRECK, Lenio L.; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídicos* - Volume 8 - nº 2, maio/ago 2003, p. 257-301.

_____. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. *Anima – revista eletrônica do curso de Direito da OPET*, Curitiba, 1. ed., v. 1, 2009, p. 383-413.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011a.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

_____. *A recepção equivocada do ativismo judicial em Terrae Brasilis*. *Estado de Direito*, Porto Alegre, nº 41, 2014, p. 4.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Pavão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O Espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Tradução Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TAKAHASHI, Bruno; VAZ, Paulo Afonso Brum. Barreiras da conciliação na seguridade social e a política de tratamento dos conflitos. *Revista CEJ*, v. 15, n. 55, set./dez. 2011, p. 45-56.

_____. O Direito processual previdenciário, a conciliação e o papel do poder judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 60, jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Bruno_Takahashi.html> Acesso em: 24 ago. 2014.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória (2004). Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 12 jun. 2014.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Conciliação e Poder Judiciário. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2015.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. *La ética de la autenticidad*. Tradução Pablo Pérez. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 1994.

TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. In: TEUBNER Gunther (ed). *Dilemmas of law in the welfare state, Walter de Gruyter*. Berlin – New York, 1986.

_____. Juridificação: noções, características, limites, soluções. *Revista de Direito e Economia, Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos*. Ano XIV, Coimbra, 1988, p. 1-39.

_____. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Bélgica: Bruylant/L.G.D.J, Paris, 1996.

_____. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Traducción Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 82-152.

_____. Justiça auto-subversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? *Revista Eletrônica do Direito*, Curso de Direito da PUC Minas Serro, n. 4, 2001, p. 17-54.

_____. “Altera Pars Audiatur”: o direito na colisão de discursos. In: ALVES, J. A. Lindegren (et al). *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba-SP, UNIMEP, 2002.

_____. A bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba-SP, n. 33, v. 14, jan/abr. 2003.

_____. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Piracicaba-SP: UNIMEP, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 2. ed. - Tradução Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987.

TORRES, Graziela Cristine Bündchen. Celeridade do processo e meios alternativos de solução de conflitos: a experiência do Sicoprev. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 61, ago 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoutirna.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Graziela-Bundchen.html>>. Acesso em 30 out. 2014.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

ULLMANN, R. A. *O solidarismo*. Coordenação de Aloysio Bohnen. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1993.

UNIÃO EUROPEIA. Recomendação n. 98/257/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n. 2008/52/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

VARELA, Francisco; MATURANA, Humberto R. J. *Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

VATTIMO, Gianni. *El fin de la modernidad*. Traducción Alberto Bixio. Barcelona: Gedisa, 1985.

_____. Fare giustizia del diritto. In: *Diritto, giustizia e interpretazione*. Roma-Bari: Laterza, 1998.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliações nos conflitos sobre direitos da seguridade social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 43, ago. 2011a. Disponível em: <http://www.revistadoutirna.trf4.jus.br/artigos/edicao043/paulo_vaz.html>. Acesso em: 03 jul. 2014.

_____; TAKAHASHI, Bruno. Barreiras da conciliação na seguridade social e a política de tratamento dos conflitos. *Revista CEJ*, v. 15, n. 55, set./dez. 2011b, p. 46-56.

_____. Princípio da consensualidade: nuances de sua prática nos Juizados Especiais Federais. In: SAVARIS, J. A.; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio (Org.). *Juizados especiais federais: contributos para uma releitura*, v. 1. Itajaí: Univali, 2014a, p. 106-132.

Disponível em: http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx/Free_89c76bb1-ab74-4843-8fa7-f9ed502c2f5f.pdf . Acesso em 02 jul. 2015.

_____. O microsistema dos juizados especiais federais cíveis (JEFs) e a (re)afirmação do modelo de justiça consensual pela introdução da fase pré-litigiosa autocompositiva nas suas estruturas comunicativas. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1. ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014b, p. 333-358.

_____. O paradoxo da transição demográfica e o futuro da Previdência Social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014c. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Paulo_Vaz.html>. Acesso em: 12 jul. 2015.

_____; SAVARIS, J. A. Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao judiciário em matéria previdenciária (RE 631240-MG – Repercussão Geral. *Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 62, out. 2014d. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/JoseSavaris_PauloAfonsoVaz.html> . Acesso em 11 jul. 2015.

_____. Paradoxos e utopias do estado do bem-estar social: interface luso-brasileira. In: MENDES, G. F.; MIRANDA, J. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: interface Portugal/ Brasil* (E-book). Brasília: IDP, p. 135-174, 2014e. Disponível em: <www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. Juizado especial federal e direito previdenciário: desafios para a realização da justiça social. In: SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa. *Previdência Social em busca da justiça social: homenagem ao professor dr. José Antonio Savaris*. São Paulo: LTR, 2015a, p. 181-194.

_____. Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas. *Revista Consultor Jurídico – CONJUR* (2015b). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paulo-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

_____. Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação): imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, out. 2015c. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo_BrumVaz.html> Acesso em: 28 out. 2015.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da práxis*. 2. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – Clacso. São Paulo: Expressão Popular, Brasil, 2011.

VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck (et al). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. - Coimbra: Almedina, 2012.

VIRILIO, Paul. *O espaço crítico*. Tradução Paulo Roberto Pires. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. *Conciliação na Justiça Federal: a indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia*. Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. a. 1, n. 2, 2011, p. 139-164. Brasília: Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008030613004547&mode=print>. Acesso em: 28 abr. 2014.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WARAT, Luis Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UNB, 1988.

_____. *Introdução geral ao direito II – A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

_____. *O Outro lado da dogmática jurídica*. In: *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. V II, Florianópolis: Editora Boitex, 2004b.

_____. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

WATANABE, Kazuo (Org.). *Juizado especial de pequenas causas* (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Da cognição no processo civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1987.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Política pública do poder judiciário nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3-9.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

_____. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução Jean Malville. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente aos pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Tradução de Alfonso García y Ulises Moulines. Barcelona: Altaya, 1999.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes. 3. ed. São Paulo: EDUSP, 2001.

WOLKMER, Antonio C. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

XAVIER, Marina Cusinato. Métodos alternativos de composição de lides e fazenda pública. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 415-427.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia, 2000.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposición y Autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ZIMBARDO, Phillip; BOYD, John. *O paradoxo do tempo*. Tradução Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Fontanar, 2009.