

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

LIZANA LEAL LIMA

**A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E OS MEIOS
ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO NO TRATAMENTO DOS
CONFLITOS**

Santa Cruz do Sul

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LIZANA LEAL LIMA

**A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO
NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS: SOBRE A PERSPECTIVA DA TEORIA
DOS JOGOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito – Mestrado – Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a.Dr^a. Fabiana Marion Spengler

Santa Cruz do Sul

2009

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

LIZANA LEAL LIMA

**A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS À
JURISDIÇÃO NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS: SOBRE A
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS JOGOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito – Mestrado – Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Comissão Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Fabiana Marion Spengler
(Presidente/Orientadora)

Prof.

Prof.

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2009

Dedico este trabalho a todos os meus familiares e amigos que contribuíram na
realização deste sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Ana Maria e Luiz Caxias, por tudo o que fizeram e fazem por mim, pelo amor incondicional, por toda a compreensão e por sempre me incentivarem a estudar e a ser feliz. Vocês são tudo para mim!

Agradeço, também, ao meu noivo, Giuliano, companheiro de todas as horas, pelo amor e paz transmitidos nesta jornada, principalmente, nos momentos de angústia e superação.

Ao meu irmão, Juliano, pelo carinho e amizade e por sempre me ajudar nos momentos de dificuldade.

Em especial, agradeço à professora Fabiana Marion Spengler, exemplo de profissional, pelo aprendizado e pelas intervenções, sempre pertinentes e oportunas, na realização do presente trabalho.

Agradeço, ainda, às minhas colegas e amigas Charlise e Viviane, pela companhia e amizade.

Agradeço, sobretudo, a Deus, por guiar meu caminho, pelas oportunidades a mim concedidas e por me amparar nos momentos de tristeza.

*Estar no topo não quer mais dizer dar ordens, mas, sobretudo ser um intermediário
(...) entre as pessoas e os fatos da vida.
(Theodore Zeldin)*

RESUMO

Ao analisar a Reforma Legislativa feita junto ao Judiciário brasileiro, percebe-se que esta não foi suficiente para torná-lo mais rápido e democrático. Diante dessa realidade, faz-se necessário refletir sobre a possibilidade de adotar outros meios de tratamento de conflitos, tais como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Para que se possa pôr em prática esses métodos extrajudiciais, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno sociológico, muitas vezes, positivo. Para tratar seus conflitos, os litigantes conferem poderes a um terceiro, o Estado. Diante disso, torna-se necessário resgatar a teoria de Max Weber e a de Thomas Hobbes sobre as formas de autoridade e poder, a fim de compreender no que se baseia a obediência dos conflitantes a uma pessoa ou instituição. Verifica-se, através do estudo do Poder Judiciário atual, que este vem atravessando uma crise quantitativa e qualitativa, e uma das formas de amenizá-la é abrir mão da dialética processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador, desenvolvida por outros meios de tratamento de conflitos que auxiliam, não só na busca de uma resposta consensual para a pendência, como também na tentativa de desarmar a disputa, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores. Desse modo, a teoria dos jogos vem a corroborar, através de uma análise matemática/formal, os meios adequados no tratamento das disputas. Ganhador do Prêmio Nobel em 1994, John Nash desenvolveu a ideia de cooperação, segundo a qual é possível maximizar ganhos individuais, cooperando com o adversário. Assim, a teoria dos jogos não só contribui para a compreensão dos meios alternativos de tratamento de conflitos, como também ratifica a importância desses meios, dando um novo enfoque para a matéria. Ressalte-se que o objetivo geral da pesquisa é analisar os métodos alternativos à jurisdição no tratamento dos conflitos, com enfoque para a teoria dos jogos. Utilizou-se, como método de abordagem, o histórico-bibliográfico.

PALAVRAS - CHAVE: conflito, jurisdição, crise, teoria dos jogos.

ABSTRACT

The analysis of the Law Reform made by the Brazilian judiciary reveals that it was not enough to make it faster and democratic. Considering this, it is necessary to reflect on the possibility of adopting other means of dealing with conflict, such as negotiation, mediation, conciliation and arbitration. To be able to implement these extra-judicial methods, the first step is to consider the conflict as an evil to be cured, to see it as a sociological phenomenon, often positive. To treat their conflicts, the litigants empower a third party, the State. So, it becomes necessary to rescue the theory of Max Weber and Thomas Hobbes on the forms of authority and power to understand in what is based the obedience of the conflict to a person or institution. It is verified through the study of the judiciary today that it has been going through a quantitative and qualitative crisis, and one way to ameliorate it is giving up the dialectic of judicial proceedings winner / loser to go to work with logical win / winner, developed by other means of dealing with conflict that help not only in finding a consensus answer to the pending, but in an attempt to defuse the dispute, producing, with the parties, a culture of commitment and participation. In such cases, there is not a winner or a loser: both are winners. Thus, the game theory is to corroborate, through a mathematical analysis / formal, appropriate steps in dealing with disputes. Winner of the Nobel Prize in 1994, John Nash developed the idea of cooperation, that it is possible to maximize individual gains by cooperating with the enemy. Moreover, the game theory not only contributes to the understanding of alternative dispute resolution, but also confirms the importance of these resources, providing a new approach to the matter. It should be noted that the aim of the research is to examine alternative methods to the jurisdiction of dispute, focusing on game theory. It is used as an approach method, the historical bibliographic.

Key-Words: Conflict. Jurisdiction. Crisis. Game Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONFLITO, PODER E CONTRATO SOCIAL: TRAÇOS DELINEADORES PARA UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	14
1.1 Entre o bem e o mal: as várias faces do conflito	15
1.2 As formas de poder através da tipificação de dominação legítima	25
1.3 O homem natural e a instituição do monopólio da força legítima: uma visão hobbesiana	36
2 O PODER JUDICIÁRIO E SUA IMPOTÊNCIA FACE À CONFLITUOSIDADE ATUAL	43
2.1 A Jurisdição atual e os modelos de tratamento dos conflitos	44
2.2 O Poder judiciário e suas crises	53
2.3 A emenda constitucional 45: uma tentativa de reformar o sistema judiciário	67
3 TEORIA DOS JOGOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS	83
3.1 Alternativas à crise do judiciário: a busca por uma justiça quantitativa/qualitativa melhor	83
3.2 A Teoria dos jogos: uma fundamentação teórica à prática dos meios alternativos de tratamento dos conflitos	93
3.3 As novas perspectivas de políticas públicas para a crise do judiciário	103
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	116

INTRODUÇÃO

Olhando com atenção o problema do Judiciário brasileiro, percebe-se que a reforma legislativa não foi suficiente para torná-lo mais rápido e democrático. Diante dessa realidade, faz-se necessário refletir sobre a adoção de outros meios de tratamento¹ de conflitos, tais como a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Para que se possa pôr em prática esses métodos extrajudiciais, é necessário abandonar a ideia de que o conflito é um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno sociológico, muitas vezes, positivo. Isso consiste em deixar de lado a dialética processual judiciária² de ganhador/perdedor, para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador, desenvolvida por outros meios de tratamento de conflitos.

Com efeito, a teoria dos jogos vem a corroborar essa questão, através de uma análise matemática/formal dos meios adequados no tratamento das disputas. Ganhador do Prêmio Nobel em 1994, John Nash desenvolveu a ideia de cooperação, segundo a qual, é possível maximizar ganhos individuais, cooperando com o adversário. Assim, a teoria dos jogos não só contribui para a compreensão dos meios alternativos³ de tratamento de conflitos, como também ratifica a

¹ Aqui, utilizar-se-á a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, justamente por entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isso porque “a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”).” (BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 228). Por conseguinte, a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfativa. Neste sentido ver também MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 9.

² Imprescindível observar que não se pretende descartar a importância do processo judicial. O que se busca é demonstrar outras possibilidades de tratamento dos conflitos que possam oferecer não só resultados quantitativamente, mas também qualitativamente melhores ao cidadão.

³ Para fins de definir o que significa, nesse contexto, a palavra “alternativo”: “Ainda que se possa reconhecer uma multivocidade de sentidos e toda uma gama de deslocamentos diversos, a dimensão do “alternativo” na inserção do “fenômeno jurídico” traduz uma variante de “juridicidade” distinta da que foi instituída como obrigatória e burocratizada, ou seja, outro procedimento normativo espontâneo distinguindo-se do introjetado e formalmente imposto pelo poder oficial dominante.” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 287).

importância desses meios dando um novo enfoque para a matéria.

Desse modo, justifica-se a importância do estudo dos meios alternativos à jurisdição sob o olhar da teoria dos jogos para as políticas públicas⁴, devido à necessidade de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar, a máquina estatal, no sentido de concretizar direitos, organizando as relações sociais para que se busque atender de maneira satisfatória, à aspiração social por justiça, e isso requer um novo método no tratamento dos conflitos.

Assim, a teoria dos jogos vai inspirar uma nova metodologia no tratamento dos conflitos pelas políticas públicas. Ela irá trabalhar com a interação entre indivíduos, especialmente, com a ideia de que a escolha de cada um depende das escolhas dos outros, através da antecipação e do cálculo estratégico. Em outras palavras, isso significa dizer que se trata de um modelo abstrato e dedutivo de formulação de políticas: “não descreve como as pessoas de fato tomam decisões, mas sim o modo como procederiam, ao tomarem, se elas fossem inteiramente racionais⁵”⁶. Procura oferecer alternativas decisórias em situações competitivas, onde haja interdependência de escolhas entre as múltiplas possibilidades.

Nesse viés, o tema atende à linha de pesquisa “Políticas Públicas de Inclusão Social”, ao passo que trabalha com a possibilidade da inserção do cidadão, de forma mais efetiva, no tratamento dos seus conflitos, produzindo uma cultura de compromisso e participação entre os conflitantes. Impulsionam-se, assim, as políticas públicas voltadas à concretização do direito de acesso à Justiça, bem como a busca por uma Justiça qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente

⁴ Pode-se afirmar que “a utilização da expressão política pública serve para designar não a política do Estado, mas a política do público, de todos e para todos. Trata-se da política voltada a fazer avançar os objetivos coletivos de aprimoramento da comunidade e da coesão – ou da interdependência – social” (MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 60-61).

⁵ Deve-se salientar que, existe uma dificuldade em aplicar a teoria dos jogos em conflitos de cunho especificamente emocional, como é o caso dos conflitos de família, pelo fato da teoria dos jogos trabalhar sobre a ótica de jogadores racionais.

⁶ MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. *Políticas Públicas no Século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica à luz da experiência de Porto Alegre*. Blumenau: Edifurb, 2006, p. 29.

aceitável à realidade do Estado contemporâneo⁷, através de meios alternativos à jurisdição.

O objetivo geral da dissertação é debater, a partir da teoria dos jogos, estratégias de tratamento de conflitos que podem ocorrer, não só pela via judicial, como forma de desafogar o Poder Judiciário, oferecendo uma resposta qualitativamente/quantitativamente mais adequada ao tratamento dos litígios.

Num primeiro momento, discute-se o conflito, traz-se também a teoria da dominação legítima, de Max Weber, e, finaliza-se o capítulo com Thomas Hobbes e a instituição do monopólio da força legítima.

Num segundo momento, desenvolve-se uma análise da jurisdição atual e dos modelos de tratamento dos conflitos. Logo após, trabalha-se com as crises do Poder Judiciário e conclui-se o capítulo com o estudo da Emenda Constitucional nº45.

Por fim, o terceiro capítulo trabalha com os métodos alternativos à jurisdição, com a teoria da teoria dos jogos e, fechando o capítulo, com as políticas públicas.

O método a ser utilizado no presente trabalho é o histórico-bibliográfico, uma vez que se partirá da teoria contratual de Hobbes e Weber, verificando-se a sua influência na sociedade contemporânea e a sua relação com os meios alternativos de tratamento dos conflitos e a contribuição da teoria dos jogos.

Empregar-se-á como instrumento de realização do estudo, vasta pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina existente acerca da temática proposta, de livros e periódicos, bem como da legislação e da jurisprudência, o que se fará via acesso à Internet e a CD-Rom.

⁷ Utilizar-se-á o termo “contemporâneo” com “c” minúsculo, a fim de demonstrar que se está lidando com o Estado nos dias atuais e não apenas na sua conformação enquanto Estado Contemporâneo, caracterizado por seu caráter finalístico vinculado à ideia de função social (MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 p. 14).

Não há a pretensão de exaurir a complexidade da matéria. O que se pretende, com o presente estudo, é proporcionar uma reflexão à comunidade acadêmica e aos operadores do Direito sobre a possibilidade de gerir os interesses dos cidadãos, baseada na ideia de cooperação entre as partes.

1 CONFLITO, PODER E CONTRATO SOCIAL: TRAÇOS DELINEADORES PARA UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DOS CONFLITOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O presente capítulo visa a analisar o conflito⁸ como um elemento complexo que necessita de uma análise cuidadosa para que não tenha sua definição distorcida. Por muito tempo, ele foi rotulado como algo ruim, causador apenas de malefícios para os conflitantes. Pretende-se aqui desmistificá-lo como algo totalmente maléfico.

A partir da análise conceitual do conflito, evidencia-se que os conflitantes conferem poderes a um terceiro (Estado) para dirimir seus conflitos. Diante disso, torna-se necessário resgatar a teoria de Max Weber sobre as formas de autoridade e poder, para compreender no que se baseia a obediência dos conflitantes a uma pessoa ou instituição.

Na mesma linha de raciocínio de Weber, finalizando este primeiro capítulo, analisa-se o contrato social⁹ de Thomas Hobbes, em especial, a obra “Leviatã”, a qual visa a explicar a criação do Estado (homem artificial), que toma para si o monopólio da violência legítima para tratar os conflitos, dirimindo a violência através de um sistema (jurídico) que se diferencia do religioso e do sacrificial. Também será analisado, embora de forma superficial, o comportamento humano natural (homem natural).

É a partir dessa análise que se tem um ponto de partida para o estudo da crise do Judiciário, os meios alternativos de tratamento de conflitos, bem como a aplicação da teoria dos jogos.¹⁰ Torna-se importante ainda ressaltar que este

⁸ O campo do estudo dos conflitos é amplo. Pretende-se aqui focar alguns aspectos que serão úteis para o desenvolvimento do trabalho.

⁹ A visão instrumental do Estado na tradição contratualista aponta para a instituição estatal como criação artificial dos homens, em contraposição a uma percepção naturalista da vida em sociedade proveniente da tradição, fazendo com que a ideia do Estado esteja vinculada a sua origem social e a sua destinação para atender aos fins para os quais foi construído. (BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006, p. 163).

¹⁰ A crise do Judiciário, os meios alternativos de tratamento de conflitos e a teoria dos jogos são assuntos que serão abordados posteriormente.

capítulo não tem o objetivo de traçar laços jurídico-inovadores. Pretende-se aqui apontar conceitos básicos para a compreensão do tema e também estudar teorias importantes para a compreensão do surgimento do Estado através do pensamento de Max Weber e Thomas Hobbes¹¹.

1.1 Entre o mal e o bom: as várias faces do conflito

A palavra “conflito” deriva do latim e significa choque, ação de chocar, de contrapor ideias, palavras e ideologias.¹² De forma geral, tem-se que o conflito surge quando existe a necessidade de escolha entre situações que podem ser consideradas mutuamente excludentes.

Nesses termos, o conflito poderá ser definido como

[...] uma contenda a respeito de valores, ou por reivindicações de status, poder e recursos escassos, na qual os objetivos das partes conflitantes são não apenas obter os valores desejados, mas também neutralizar seus rivais, causar-lhes dano ou eliminá-los, o conflito pode ocorrer entre indivíduos ou entre coletividades. Esses conflitos intergrupos, bem como intragrupos, são aspectos perenes da vida social. São componentes essenciais da interação social em qualquer sociedade¹³.

É por isso que se pode afirmar que um conflito existe quando atividades incompatíveis ocorrem. Assim, essas atividades incompatíveis podem se originar em uma pessoa, em uma coletividade ou em uma nação; tais conflitos chamam-se intrapessoais, intracoletivos ou intranacionais. Nesse mesmo sentido, podem refletir ações incompatíveis de uma ou mais pessoas, coletividades ou nações. Em resumo, uma ação incompatível com outra impede, obstrui, interfere, danifica ou, de alguma maneira, torna a última menos provável ou menos efetiva¹⁴.

¹¹ Optou-se por trabalhar com Thomas Hobbes e Max Weber por serem autores que estudam a instituição do Estado através de um contrato social, teoria que vai ao encontro do tema proposto no presente trabalho.

¹² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹³ OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Trad. de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 120.

¹⁴ DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003. v. 3.

Do mesmo modo que a existência do homem como ser humano não é estar no mundo, mas, sim, estar com os outros, o homem é essencialmente um ser de relação.¹⁵ Muitas vezes o homem experimenta o encontro com o outro como um exercício de adversidade, como um confronto. A vinda do outro em minha casa é um transtorno. O outro é invasor da minha área de tranquilidade; ele arranca-me ao meu repouso.¹⁶ É aquele cujos desejos se opõem aos meus, cujos interesses chocam-se com os meus, cujas ambições se erguem contra as minhas, [...] cuja liberdade ameaça a minha, cujos direitos usurpam os meus.¹⁷ Assim, pode-se afirmar que o conflito faz parte do homem, das suas relações diárias.

Considerando que conflito é algo complexo, é importante abordá-lo de maneira mais completa. Afinal, no sentido leigo, quando se pensa o conflito, logo vem à mente a ideia de algo ruim, que sempre traz um resultado negativo para as pessoas envolvidas. Nessa visão de mundo, o papel que foi reservado ao conflito, obviamente, é o de vilão da história.

Sobre essa temática, Alexandre Araújo Costa faz a seguinte comparação: assim como os gregos uniram todos os não gregos no conceito de bárbaro, os europeus juntaram todos os povos ameríndios e africanos no conceito de primitivos, e os juristas uniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito¹⁸.

Nesses casos, a generalidade do conceito ignora as imensas diferenças entre os objetos que os compõem, pois essas definições servem, simplesmente, para identificar aquilo contra o que nos é oposto, aquilo que deve ser rejeitado, dominado ou anulado¹⁹.

O conflito naturalmente era visto pelos juristas como aquilo que deve ser eliminado, pois uma das funções principais do Direito é solucionar os conflitos

¹⁵ MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência: percurso filosófico*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. (Coleção Direito e Direitos do Homem).

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003, p. 162. v. 3.

¹⁹ Ibidem.

sociais. Estes são inevitáveis, dado que a existência de divergências de interesses é inerente a uma sociedade formada por pessoas independentes. Entretanto, uma das reações ao conflito é a busca de sua supressão, com base na ideia de que a sociedade harmônica²⁰ é aquela em que não há conflitos e tensões²¹.

Essa visão está em crise e, na matéria dos conflitos, essa crise conduziu a uma compreensão crescente de que há muitas coisas escondidas sob o nome de conflito. As mais diversas tensões nos seus tipos e origens, com as mais distintas maneiras de desenlace, exigindo estratégias diversas para o seu enfrentamento²².

A partir dessas considerações, pode-se repensar o conflito, tendo em vista que ele sempre fez parte da sociedade, desde as épocas mais primitivas até os tempos atuais. Todos os seres humanos são diferentes, é intrínseco aos indivíduos divergirem entre si. Deve-se atentar também que o conflito é um tema que envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também sociológicos²³, psicológicos²⁴ e filosóficos²⁵. Dessa forma, pode-se afirmar que a interdisciplinaridade²⁶ se revela um importante instrumento para a compreensão adequada desse fenômeno.

²⁰ Exemplo de sociedade harmônica é aquela sociedade utópica proposta por Karl Marx no *Manifesto do Partido Comunista*, no qual defende a ideia de uma sociedade sem conflitos sociais, através da extinção do Estado. Na sociedade comunista, existira uma única vontade e uma única finalidade social, de modo que a produção econômica estaria ligada a um único objetivo universal, tornando-se desnecessário o aparato coercitivo estatal (MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Petrópolis: Vozes, 2008).

²¹ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003. v. 3.

²² Ibidem.

²³ Estudo científico das relações sociais, das formas de associação, destacando-se os caracteres gerais comuns a todas as classes de fenômenos sociais, fenômenos que se produzem nas relações de grupos entre seres humanos (JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997).

²⁴ A psicologia é a ciência que estuda o comportamento humano (BOTTOMORE, T. B. *Dicionário do pensamento do século XX*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996).

²⁵ Segundo Washington dos Santos, filosofia é a ciência dos conhecimentos humanos, dos princípios das coisas, de suas causas e dos seus efeitos; investigação das verdades fundamentais de uma ciência (SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 100).

²⁶ “A interdisciplinaridade vem hoje ganhando espaço pela tendência atual de considerar os fenômenos a partir de uma visão global. Tal movimento, que teve início na França nos anos 70, propõe o rompimento com as especializações e o enfoque da matéria sob vários prismas do objeto analisado, proporcionado, assim, um enriquecimento fundamental, graças às distintas e ricas contribuições das diferentes abordagens”, (TARTUCE; Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008, p. 25-26).

O conflito, visto como um evento sociológico, tem sido objeto de estudos nas Ciências Sociais Aplicadas, em especial, no Direito. Estes estudos visam a demonstrar que a conflituosidade não é necessariamente um mal a ser curado, mas um mal que deve ser encarado, muitas vezes, como um fenômeno sociológico positivo, como uma forma de evolução social.

Weber entende o conflito como inerente ao mundo social: perde o seu caráter “patológico” e transforma-se num conceito analítico aplicável a toda a sociedade e não concebe que, algum dia, possa vir a acabar²⁷.

Na mesma linha de Weber, Simmel elabora a teoria sociológica do conflito. Para ele, o conflito constitui um processo de sociação²⁸. Os fatores de dissociação como o ódio, a inveja, o desejo são suas causas. Este aparece por causa daqueles. O conflito tem por objetivo resolver esses dualismos divergentes; constitui uma maneira de reconstruir uma certa unidade. Nesse sentido, “todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistas pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito”. [...] “É o conflito um fato *sui generis* e sua inclusão sob o conceito de unidade teria sido tão arbitrária quanto inútil, uma vez que o conflito significa a negação da unidade”²⁹.

Por conseguinte, do mesmo modo como o “universo precisa de ‘amor e ódio’, de forças de atração e de forças de repulsão para que tenha uma forma qualquer”, a sociedade também precisa de “quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e de competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas discordâncias não são absolutamente meras deficiências sociológicas ou exemplos negativos”. Porém, é preciso observar que “sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas nas forças sociais positivas [...]. A sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de

²⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Unb, 2000.

²⁸ A palavra “sociação” deve ser aqui considerada como meio de interação humana (SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Trad. de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983).

²⁹ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Trad. de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 123.

interação (positivas e negativas), que se manifestam, desse modo, como inteiramente positivas³⁰.

Na mesma linha de raciocínio, Morton Deutsch diz que

O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é freqüentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna³¹.

Esse autor acrescenta ainda que “felizmente, ninguém tem de encarar o prospecto de uma existência sem conflitos. O conflito não deve ser eliminado nem suprimido por um longo tempo”³².

Também Lewis Coser define o conflito como um dos meios de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode. As situações conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais freqüência que a ordem social normal, sem traços de conflitualidade³³.

Importante ressaltar que o fato de o conflito ser salutar para a sociedade não significa que não é necessário tratá-lo. Quando ele ultrapassa os limites da sociabilidade, ou seja, assume uma postura vingativa ou de prejuízo ao oponente ou até mesmo de violência física, faz-se necessária a intervenção do Estado através de mecanismos hábeis para tratá-lo³⁴.

³⁰ Ibidem, p. 124.

³¹ DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003, p. 34. v. 3.

³² Ibidem, p. 35.

³³ COSER, Lewis A. *Le funzioni Del conflitto sociale*. Milano: Feltrinelli, 1967.

³⁴ De forma exemplificativa, Morton Deutsch traz o seguinte: “Algum tempo atrás, no jardim da casa de um amigo, meu filho de cinco anos e seu colega disputavam a posse de uma mangueira. Um queria usá-la antes do outro para aguar as flores. Cada um tentava arrancá-la do outro para si e ambos estavam chorando. Os dois estavam muito frustrados e nem um nem outro era capaz de usar a mangueira para regar as flores como desejavam. Depois de chegarem a um impasse nesse cabo de guerra, eles começaram a socar e a xingar um ao outro. A evolução do conflito para a violência física provocou a intervenção de uma poderosa terceira parte (um adulto), que propôs um jogo para determinar quem iria usar a mangueira antes do outro. Os meninos, um tanto quanto assustados pela violência da disputa, ficaram aliviados em concordar com a sugestão. Eles rapidamente ficaram envolvidos em tentar achar um pequeno objeto que eu tinha escondido e obedientemente seguiram a

Desse modo, pode-se entender que aquilo que separa os litigantes, ou seja, o conflito, é exatamente o que os aproxima, no sentido de que eles compartilham da mesma lide; produz-se, assim, um intenso mundo de relações, onde se espera que um terceiro apareça para dirimir o conflito, colocando-se como aliado ou inimigo³⁵.

Segundo Christopher Moore, os conflitos possuem diversos estados de intensidade e, dentre eles, podem-se citar os latentes, que são os conflitos implícitos, que implicam uma das partes ou mais não estar consciente da sua existência. Os emergentes, apesar de as partes reconhecerem a sua existência, não foram ainda objeto de tratamento. No caso dos conflitos manifestos, que são objeto de tratamento por parte dos conflitantes, havendo um impasse, este acarretará, aqui, a intervenção de um terceiro para ajudar a dirimir a situação conflituosa³⁶.

Alan Rondeu propõe três estágios de análise acerca dos conflitos. O primeiro, demonstrado no gráfico abaixo, trabalha com a ideia de ponderar o contexto em que os conflitantes estão envolvidos. O comportamento nesse contexto pode se dar por duas dimensões: a cooperação³⁷ e a assertividade³⁸.

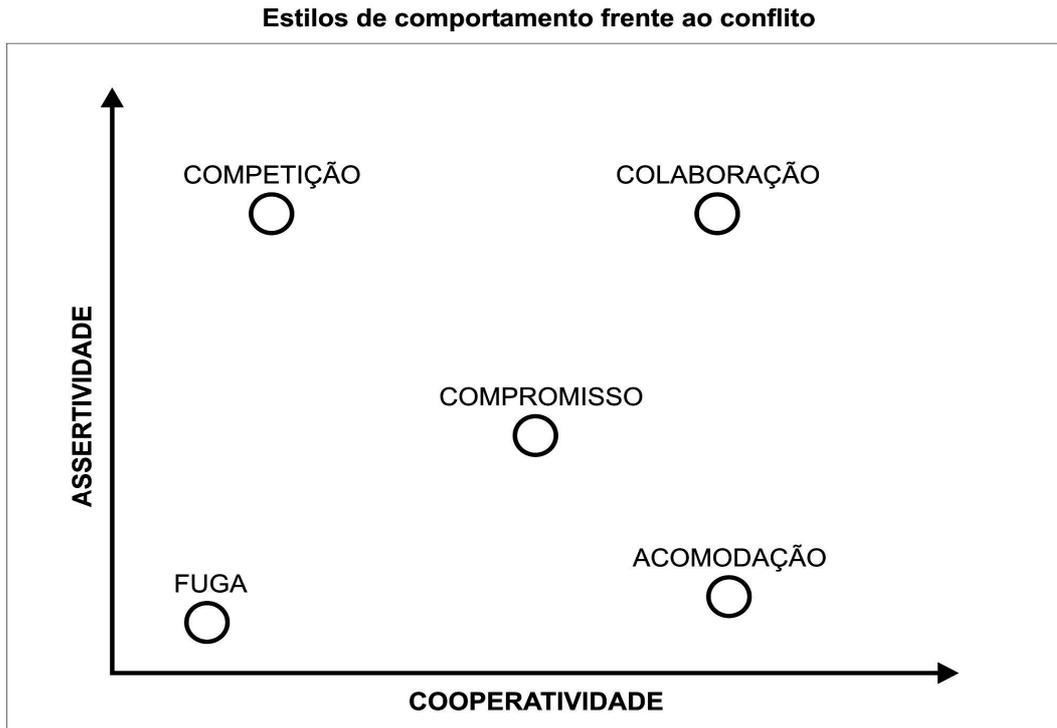
regra de que o vencedor seria o primeiro a usar a mangueira por dois minutos. Logo eles se desinteressaram pela mangueira d'água e começaram a colher amoras silvestres, as quais atiravam provocativamente em um menino de dez anos de idade que respondia aos inúteis ataques com uma tolerância impressionante" (DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003, p. 29, v. 3).

³⁵ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 2004.

³⁶ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

³⁷ Disposição para satisfazer aos interesses e necessidades dos outros (RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.45).

³⁸ Disposição para satisfazer seus próprios interesses (RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 45).



Fonte: BOWDITCH, James L.; BUONO, Anthony F. *Elementos de comportamento organizacional*. Trad. de José Henrique Lamendorf, São Paulo: Thomson, 1992, p. 111.

Da primeira proposta de análise do comportamento dos conflitantes, Walsir Júnior faz um exame de modo geral das cinco maneiras de lidar com o conflito: no comportamento de fuga, ambas as partes desviam-se da questão, optando por não resolvê-la; na competição, cada parte busca a satisfação das suas necessidades em detrimento da outra. Quanto à postura de acomodação, uma parte busca atender aos interesses da outra, negligenciando as suas próprias necessidades. Já o compromisso implica concessões de ambas as partes em busca de uma solução parcial que as beneficie. Por fim, a colaboração envolve o enfrentamento do conflito na tentativa de se alcançar uma solução que satisfaça, realmente, as partes³⁹.

Num segundo momento, são analisados os conflitos referentes à dinâmica das trocas entre as partes. Nesse sentido, ressalta-se que o comportamento de uma parte é parcialmente determinado pela ação ou reação de outra, ou seja, o comportamento das partes varia conforme a percepção que cada um tem do outro e dos acontecimentos⁴⁰.

³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴⁰ Ibidem.

E, por fim, o terceiro estágio preocupa-se com a escalada do conflito ao longo do tempo. Num primeiro momento, essa escalada se dá devido a um desgaste perceptível entre as partes, podendo chegar até mesmo ao rompimento entre elas. Nesse ponto, cada conflitante passa a perceber que a solução está em excluir o outro, que é visto como adversário, como um empecilho à satisfação de seus interesses. Dessa forma, direciona-se o conflito para a pessoa, e não mais para a questão inicial e, por consequência, há um maior envolvimento emocional em relação ao conflito, para o qual a única solução cabível é sair dessa relação como um ganhador e um perdedor⁴¹.

Diante do exposto, Roque Caivano, Marcelo Gobbi e Roberto Padilla entendem que, na medida em que há uma escalada do conflito e a sua intensidade vai aumentando, fica mais complicado trabalhar com ele, para que se tenha um desfecho satisfatório para ambos os conflitantes. Os autores acentuam que, ocorrendo a escalada e, com ela, o rompimento na comunicação, o conflito dará lugar a uma disputa onde haverá dois adversários e que será necessária a intervenção de um terceiro para dirimi-lo⁴².

Neste momento, é interessante explicar a diferença entre conflito, competição, cooperação e disputa. Como já foi visto anteriormente, um conflito existe quando atividades incompatíveis ocorrem. Porém, os termos “competição” e “conflito” são muito usados como sinônimos ou como substitutos um do outro. Isso reflete uma confusão básica, que é assim dirimida por Morton Deutsch:

Apesar de toda competição produzir um conflito, nem todo conflito reflete uma competição. Esta implica uma oposição entre os objetivos das partes interdependentes, de maneira que a probabilidade de uma parte alcançar sucesso diminui à medida que a da outra parte aumenta. Em um conflito que provém de competição, as ações incompatíveis refletem objetivos também incompatíveis. Todavia, o conflito pode ocorrer mesmo quando não haja incompatibilidade de objetivos. Assim, se um marido e sua esposa estão em conflito sobre como tratar as picadas de mosquito em seu filho, não é porque eles têm objetivos mutuamente exclusivos; aqui, seus objetivos são concordantes. [...] Nomeadamente, o conflito pode ocorrer em um contexto cooperativo ou competitivo, e os processos de resolução de

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴² CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

conflito mais prováveis de aparecer serão fortemente influenciados por esse contexto⁴³.

Desse modo, a competição é a forma mais elementar e universal de interação, consistindo em luta incessante por coisas concretas.⁴⁴ Acrescenta-se ainda tratar-se de uma controvérsia “contínua, inconsciente e impessoal”. Todas as formas de progredir e obter uma situação satisfatória, seja quanto ao seu bem-estar, seja quanto à opinião das pessoas, não visam, na maioria das vezes, a suplantar esta ou aquela pessoa. É exercida, principalmente, com a finalidade de assegurar a consideração alheia ou de conquistar aquilo que o indivíduo considera “melhores condições de vida”. Aqui pode estar ausente a preocupação de tirar algo de alguém ou de impedir que alguém atinja seu objetivo⁴⁵.

No entanto, deve-se reconhecer existir, com certa frequência entre os competidores, uma rivalidade definida. Exemplificando, é o que ocorre quando o desafiante pretende tomar o primeiro lugar do campeão ou o negociante ostenta ter mais riqueza que o seu concorrente. Não é fácil delimitar onde acaba a competição e onde começa o conflito. Pode-se dizer que existe apenas uma diferença essencial, a primeira não é necessariamente pessoal e não implica, obrigatoriamente, hostilidade, como acontece com o conflito⁴⁶.

Diferentemente do que ocorre na competição, a cooperação consiste num tipo particular de processo social em que dois ou mais indivíduos ou grupos atuam em conjunto, para a consecução de um objetivo comum. É requisito especial e indispensável para a manutenção e continuidade dos grupos e sociedades. São numerosos e complexos os interesses que levam os indivíduos e os grupos à cooperação. Podem-se citar, aqui, a obtenção de algum bem material, interesses pessoais ou grupais, lealdade ao grupo e aos seus ideais, temor às pressões ou

⁴³ DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003, p. 35. v. 3.

⁴⁴ Como exemplo de competição, citam-se os esforços visando a adquirir êxito nos estudos, na vida econômica, em relação à posição social, na capacidade profissional, artística, intelectual e mesmo esportiva (LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. *Sociologia Geral*. São Paulo: Atlas, 1999).

⁴⁵ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. *Sociologia Geral*. São Paulo: Atlas, 1999.

⁴⁶ *Ibidem*.

ataques de outros grupos, ou a própria necessidade estrutural, decorrente da mútua interdependência em virtude das funções especializadas⁴⁷.

Também aqui a diferenciação dos termos / situações se mostra importante quando se atenta para a escolha do método de gestão, correntes tanto num contexto cooperativo quanto num competitivo, ou seja, através de processos adversais ou não adversais. Dentre os primeiros, está o processo judicial de “resolução”, no qual um poder interventor determina um ganhador ou um perdedor. Os não adversais, com ou sem intervenção de terceiros, conclamam a responsabilidade dos agentes num trabalho de tratamento. Assim, numa competição, não há que se falar em resolução, visto que esta se resolve por processo próprio, é a sua própria conclusão⁴⁸.

Já a disputa pode ocultar um conflito, mas, diferente dele, o seu não é caótico. Pode ser a via para resolvê-lo, mas nem toda resolução de disputas acaba com o conflito, que permanece contido, do mesmo modo que nem toda disputa traduz um conflito. A disputa, seja ela a respeito de fatos, de dinheiro, de uma compra e venda, não é mais do que duas posturas em desacordo, porém de forma ordenada, já que cada um defende a sua posição⁴⁹.

Outro fator importante que deve ser levado em conta quando da análise do fenômeno “conflito” é o fator cultural. Pode-se dizer que cultura e comunicação são inseparáveis e que a comunicação se dá em um contexto cultural. Um enfoque da cultura como comunicação nos revela que as diferenças culturais influenciam no processo da comunicação. Existem dimensões culturais às vezes ocultas, tais como o uso do tempo do espaço pessoal e social e a percepção que o homem tem de si, que marcam diferenças culturais e que podem acabar produzindo mal-entendidos. Portanto, a cultura pode afetar o conflito no modo de concebê-lo, no modo de conduzi-lo e no modo de resolvê-lo⁵⁰.

⁴⁷ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. *Sociologia Geral*. São Paulo: Atlas, 1999.

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ ÁLVAREZ; Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003.

A cultura determina como os indivíduos percebem o mundo, como veem os conflitos, como evoluem e decidem o caminho a seguir. Conhecer os fatores culturais que afetam a interação entre os indivíduos ou grupos pode ser fundamental na hora de tratar o conflito. Além disso, ter a noção do grupo cultural⁵¹ a que os conflitantes pertencem pode ser de grande utilidade quando da escolha do procedimento que será adotado para tratá-lo⁵².

A sociedade, tradicionalmente, apela ao Poder Judiciário para tratar seus conflitos. Logo, a missão específica do Estado é a de estabelecer, de manter e, se for o caso, de restabelecer a paz, a fim de assegurar a segurança dos cidadãos. Este poder dado ao Estado se deve ao fato de que o jogo dos conflitos que opõem os homens é frequentemente um jogo de poder. “O desejo exige para além daquilo que a necessidade pede, muito para além disso.⁵³” O indivíduo procura o poder para não ser dominado pelos outros, mas, não tomando os devidos cuidados, logo transpõe o limite a partir do qual tentar dominar os outros.

Assim, os litigantes conferem ao Estado o poder de dirimir as suas questões controversas. Dessa forma, torna-se importante a análise da noção de poder, dominação e autoridade na esfera sociológica, para o que se buscará amparo na obra de Max Weber.

1.2 As formas de poder através da tipificação de dominação legítima

Quando se fala em Poder Judiciário, logo surge o questionamento do seu significado, da origem desse poder e de como ele atua para o tratamento dos conflitos que derivam das mais diferentes e complexas relações sociais. Nesse sentido, torna-se importante o estudo da obra do sociólogo Max Weber.

⁵¹ Aqui se entende por grupo cultural os diferentes fatores que determinam a forma como se vê o mundo que pode estar determinado por fatores tais como: a idade, a raça, o sexo, a orientação sexual, a religião entre outros. Ver, nesse sentido, ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzani, 2003.

⁵² ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzani, 2003.

⁵³ MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência: percurso filosófico*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. (Coleção Direito e Direitos do Homem).

Weber define o poder⁵⁴, no sentido mais amplo, como a “probabilidade de um agente de uma relação social se encontrar em posição de impor a sua própria vontade apesar da resistência, independentemente do fundamento no qual essa probabilidade se baseia”⁵⁵.

Nessa esteira, importantes os ensinamentos de Elias Canetti, o qual distingue poder de força. Para esse autor,

a força costuma-se associar a ideia que se encontra próxima e presente. Ela é mais coercitiva e imediata do que o poder. Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força. Uma presa é capturada pela força, e pela força levada à boca. Dispondo de mais tempo, a força transforma-se em poder. Mas no momento crítico que, então, invariavelmente chega – o momento da decisão e da irrevocabilidade –, volta a ser força pura. O poder é mais universal e mais amplo; ele contém muito mais, e já não é tão dinâmico. É mais cerimonioso e possui até um certo grau de paciência⁵⁶.

Para uma melhor compreensão dessa diferenciação, Elias exemplifica através das religiões. Para esse autor, na esfera religiosa, a diferença entre poder e força é mais visível: aquele que acredita em Deus encontra-se sempre à mercê da força divina. Contudo, para alguns, somente acreditar não é suficiente; para esses, uma intervenção divina se faz necessária, através de um ato direto de força (divina) para que se possa reconhecê-la como tal. De acordo com esse autor, “Deus possui as características mais rudes de um soberano. A vontade ativa de Deus e sua submissão ativa em todas as circunstâncias, em cada manifestação, transformam-

⁵⁴ O poder também é trabalhado por Hobbes no “Leviatã” que será analisado em momento oportuno.

⁵⁵ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Unb, 2000.

⁵⁶ Ainda sobre o tema, Elias diz que a diferença entre força e poder deixa-se demonstrar de um modo bastante simples: no relacionamento entre gato e rato. “O rato, uma vez capturado, encontra-se à mercê da força do gato. Este o apanhou, mantém-no cativo e vai matá-lo. Tão logo, porém, começa a brincar com ele, um novo elemento se apresenta. O gato o solta novamente e permite-lhe correr um pouco. Mal o rato dá-lhe as costas e põe-se a correr, ele já não se encontra mais à mercê daquela força. O gato, porém, dispõe do poder para apanhá-lo de volta. Se o deixa correr indefinidamente, permite-lhe escapar de sua esfera de poder. Mas até o ponto em que está certo de poder alcançá-lo, o rato estará sob seu poder. O espaço sobre o qual o gato proteja sua sombra; os instantes de esperança que permite ao rato, mas tendo-o sob sua estrita vigilância, sem perder o interesse nele e em sua destruição – tudo isso junto (o espaço, a esperança, a vigilância e o interesse na destruição) poder-se-ia designar como o corpo propriamente dito do poder, ou, simplesmente, como o poder em si.”

se, para eles, no cerne da fé.⁵⁷ Nesse sentido, as religiões tendem a enfatizar o comando de Deus, ou seja, aqueles que estão submissos esperam uma oportunidade de perceber tudo o que lhes acontece como uma expressão direta da vontade divina⁵⁸.

O poder se refere exclusivamente ao fato do controle, ainda que conquistado e, portanto, inclui, mas não se limita àquelas formas de controle que dependem da existência de uma relação de autoridade entre a pessoa que exerce o poder e a pessoa sobre a qual ela busca impor a sua vontade.

Nesse sentido, Eugène Enriquez traz os vários modos de controle social,⁵⁹ dentre eles, o controle direto, o controle organizacional, o controle dos resultados, o controle ideológico, o controle do amor, o controle pela saturação e o controle pela dissuasão.

O controle direto se dá através da violência. Esse controle é fundado sobre a opressão que assume as formas da exploração e da repressão. Para o autor, tal modo de controle inaugura o mundo do *contra senso*, o da violência institucionalizada transformada na lei das relações humanas. Nas palavras de George Bataille, “o discurso da violência é um discurso sem voz, a violência não pode ser falada: ela se vive, se expressa, trabalha silenciosamente, no nível de uma marca sem mediação (sem linguagem) sobre o corpo e o espírito⁶⁰”.

⁵⁷ O islamismo e o calvinismo são as religiões mais conhecidas por essa tendência. Seus adeptos anseiam pela força divina. O poder de Deus não lhes basta: é demasiado genérico e distante, deixando coisas demais em suas mãos. Decisivo é o efeito que essa expectativa constante por uma ordem produz naqueles que a ela se renderam definitivamente, implicando consequências as mais graves em seu próprio comportamento para com os outros. Ela produz um tipo sodadesco de crente, para o qual a batalha constitui a mais exata expressão da vida – um crente que não teme a batalha, pois sente-se continuamente nela (CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. Trad. de Sergio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995).

⁵⁸ CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. Trad. de Sergio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁵⁹ Por controle social, entende-se o conjunto de meios de intervenção, quer positiva quer negativa, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário e política*. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1998. v. 1).

⁶⁰ BATAILLE, George. Apud ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990. p. 284.

O controle organizacional que é realizado pela máquina burocrática é o que prevalece no mundo das grandes organizações industriais e administrativas. Lida-se aí com um controle do trabalho e do rendimento que os indivíduos devem ter. Aqui se tem o respeito aos regulamentos e a maior ausência possível de espírito de iniciativa⁶¹.

Quando se fala em controle de resultados, o primordial é o sucesso em termos de negócios e de vida. Esse sucesso se traduz pelo reconhecimento e pela inveja dos outros participantes do sistema. O que está em questão é a “competição”, seja em termos de empresas, de concorrência interna entre departamentos, de rivalidade entre indivíduos, entre universidades, etc. Nessa conjuntura, busca-se “uma chance de fazer parte dos vencedores e, tendo interiorizado o modelo de luta, aceita essa regra que dá à vida pública e privada seu caráter de espetáculo e teatralidade⁶²”.

Tudo isso salienta o controle social através da ideologia, a qual transparece pela manifestação da adesão dos indivíduos. É a ideologia proposta, juntamente com a ética definida, que deverá servir de modelo de conduta para os cidadãos. Esta conduta diz respeito aos postos de comando a serem tomados (só poderão fazer carreira e serem consideradas como dignas de confiança as pessoas que manifestarem uma adesão completa e entusiástica à ideologia)⁶³.

O controle pelo amor se dá pela identificação total ou expressão de confiança. Pode ser através do fascínio, o que está em jogo é a possibilidade que os homens têm de se prenderem em um ser e de nele se encontrarem. O fascinador é o manipulador e o perseguidor. Pode ser, também, pela sedução, que reside na aparência e no jogo de aparências. O discurso pronunciado não precisa significar coisa alguma, nem convidar à ação; ele se apoia sobre outras coisas: palavras bem-escolhidas, fórmulas chocantes, frases bem-equilibradas, dicção evocadora, sorriso

⁶¹ ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

aliciador, certa capacidade de banalização dos problemas, ideias gerais, garantindo a justiça social⁶⁴.

Quando se tem um só texto repetido indefinidamente, tem-se o controle pela saturação. Ocorre através da monopolização da expressão do discurso social e a censura generalizada, que privam todas as classes de seus próprios desejos e meios de expressão. Dessa maneira, com o espírito totalmente saturado, os indivíduos tornam-se apáticos e prontos, não a crer, mas, sim, a fazer simplesmente o que lhes é pedido.

E, por fim, o controle pela dissuasão é a instalação de um aparelho de intervenção. Ele atua no sentido de “mostrar sua força para não ter que usá-las”⁶⁵. Como exemplo, pode-se dizer que o aumento do arsenal militar e o equilíbrio do terror constituem o único meio de escapar à terceira guerra mundial.

Os sete meios de controle analisados por Eugène Enriquez têm, em sua utilização separada ou cumulativa, uma garantia para o aparelho estatal da manutenção de seu domínio. Logo, é indispensável manter o povo em estado de controle através de um sistema de crenças.

Já a autoridade pode ter diferentes formas e pode basear-se na aceitação de diferentes tipos de alegações. Contudo, toda a estrutura possui determinados traços que são comuns a todas as relações de autoridade. Isso corresponde a dizer que a autoridade é uma espécie de poder⁶⁶.

Assim, para Weber, a essência do conceito de autoridade é

A dominação (ou poder autoritário de comando) significa, portanto, a situação em que a vontade manifesta (comando) do dirigente ou dirigentes visa influenciar a conduta de uma ou mais pessoas (os dirigidos) e, de fato, influencia-a de tal maneira que a sua conduta se dê, de um modo significativo em termos sociais, como se o dirigido tivesse tornado o próprio

⁶⁴ ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

⁶⁵ LYAUTEY *apud* ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

⁶⁶ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

conteúdo do comando a máxima da sua conduta. Vista do ângulo oposto, a situação seria chamada de obediência⁶⁷.

Embora a autoridade seja apenas uma forma de poder, ela é, segundo Weber, a sua forma mais estável e duradoura.

Uma ordem acatada por motivos de pura conveniência é, em geral, muito menos estável do que uma ordem mantida de modo meramente rotineiro devido ao fato de o respectivo comportamento ter-se tornado habitual. Esse último representa o tipo mais comum de postura subjetiva. Mas até mesmo esse tipo de ordem é, por sua vez, muito menos estável do que uma ordem que goze do prestígio de ser considerada vinculante, ou como se pode, de “legitimidade”⁶⁸.

A autoridade vista como uma forma de poder mais durável pode causar estranheza num primeiro momento, já que sugere que a força maior da sociedade não é a coerção física, e sim uma confiança na natureza vinculante de determinados princípios normativos – que são as ideias⁶⁹.

Assim, Weber entende que o poder pode ser legítimo ou ilegítimo. O primeiro diz respeito à detenção de autoridade por parte de algumas pessoas que têm o “direito” de serem obedecidas. Nesse sentido é que se fala da autoridade de uma pessoa ou de uma instituição, para significar que se confia nelas, que sua opinião é respeitada e suas sugestões ou ordens serão obedecidas e se está disposto a submeter-se a elas. Portanto, aqui se deve analisar o ponto de vista de quem ordena e de quem obedece⁷⁰.

Ainda a esse respeito, deve-se observar o conceito de dominação legítima, o qual se situa em um campo em que a legitimidade do exercício da dominação é peça fundamental para que esta se desenvolva eficazmente. Não se trata de qualquer espécie de exercício de “poder” sobre o(s) outro(s); trata-se da configuração de uma relação de dominação essencialmente dotada de legitimidade, a qual deve ser considerada legítima, requerendo certa vontade de obedecer, bem

⁶⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Unb, 2000, p. 191.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁷⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

como interesse na obediência.⁷¹ Portanto, pode-se nomear como uma “crença na legitimidade”, a qual se dispõe como elemento essencial através do qual uma ordem da autoridade é possível de ser imposta, permitindo a um governante atuar através da instituição de regras de observância aceitas como válidas e livremente obedecidas de forma contínua.

Desse modo, um sistema de dominação só pode se desenvolver de forma eficiente se estiver envolvido em um manto de legitimidade, sem o qual se tornaria uma relação de autoridade em um tipo de exercício de poder ilegítimo, o qual desconhece, em suas bases de sustentação, qualquer interesse ou vontade na obediência. Sobre essa temática, Reinhard Bendix faz a seguinte contribuição:

todos os governantes, portanto, desenvolvem um mito sobre sua superioridade natural, que é geralmente aceito pelas pessoas em situação instável, mas que podem tornar-se objeto de um ódio passional quando alguma crise faz com que a ordem estabelecida pareça discutível⁷².

Ainda para esse autor,

[...] como todos os outros que gozam de vantagens sobre seus companheiros, os homens no poder querem que sua posição seja considerada “legítima” e suas vantagens “merecidas”, e querem interpretar a subordinação de muitos como a “sina justa” daqueles sobre quem recaí⁷³.

Para Weber, para existir uma relação de dominação, é necessária a existência de três elementos básicos, os quais compõem a estrutura do domínio: um *sujeito dominante*, como sendo aquele que representa a autoridade; os *sujeitos dominados*, destinatários dos comandos emanados por quem exerce essa autoridade; e um *quadro administrativo*, incumbido dos atos de execução dos mandamentos determinados pelo dominante em relação aos dominados. Nesse sistema, é importante ressaltar que esse quadro administrativo representa para o Direito e para a política o denominado *aparato coativo* estatal, fórmula composta por um instrumento formal (ordenamento jurídico) e material (funcionários estatais) de imposição dos mandados e que estabelece a ordem na coletividade. Essa

⁷¹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Unb, 2000.

⁷² BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: Unb, 1986, p. 234.

⁷³ *Ibidem*.

engenharia tripartite é a estrutura mais genérica da dominação, a qual, na prática, pode assumir diversas formas, representadas, conforme a classificação de Weber, pelos três tipos de dominação, teoria amplamente reproduzida pelos teóricos contemporâneos⁷⁴.

Nessa análise, o autor condiciona a sujeição ao poder a três tipos de autoridade legítima de poder: a tradicional, que se caracteriza pela crença na tradição e na autoridade tradicional; a carismática, que se caracteriza pela crença numa pessoa e na autoridade carismática dessa pessoa; e a legal/racional, que se caracteriza pela legalidade e pela autoridade legal⁷⁵.

Segundo ele, a autoridade é tradicional “se a sua legitimidade for alegada e obtiver credibilidade com base na santidade de regras e poderes tradicionais”.⁷⁶ Seu tipo mais puro é o da dominação patriarcal.

Considera-se impossível criar novo Direito diante das normas e da tradição. Conseqüentemente, isso ocorre, de fato, através do “reconhecimento” de um estatuto como “válido para sempre”. Por outro lado, fora das normas tradicionais, a vontade do senhor somente se acha fixada pelos limites que, em cada caso, lhe coloca o sentimento de equidade, ou seja, de forma substancialmente elástica. Daí a divisão do seu domínio numa área estritamente firmada pela tradição e, em outra, da graça e do arbítrio livre, na qual age conforme seu prazer, sua simpatia ou antipatia e de acordo com pontos de vista puramente pessoais, sobretudo suscetíveis de se deixarem influenciar por preferências também pessoais.

Outro aspecto importante da autoridade tradicional⁷⁷ é sua natureza religiosa, que, até certo ponto, é um dos pilares desse tipo de poder, já que muitos sistemas

⁷⁴ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁷⁵ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁷⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Unb, 2000.

⁷⁷ “Autoridade de um rei ou do chefe de uma tribo que se faz respeitar muitas vezes pelo costume. A autoridade patriarcal nas quais o pai ou o marido se fazem respeitar muito mais pelo hábito do que por suas próprias qualidades pessoais, são alguns exemplos de autoridade tradicional” (MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61).

de regras baseadas na autoridade tradicional usam, como forma de punição ao descumprimento das normas, o castigo divino⁷⁸.

Já a autoridade carismática se dá em virtude de devoção afetiva à pessoa do senhor e a seu carisma, destacando-se, principalmente, as faculdades mágicas, revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória. Pode-se dizer, também, que o poder carismático desperta nos seguidores, um sentimento de admiração pela pessoa que exerce esse tipo de autoridade. O sempre novo, o extracotidiano, o inaudito e o arrebatamento emotivo que provoca constituem aqui a força de devoção pessoal. Seus tipos mais comuns são a autoridade do profeta, do herói guerreiro e do grande demagogo. Obedece-se exclusivamente à pessoa do líder por suas qualidades excepcionais, e não em virtude de sua posição estatuída ou de sua dignidade tradicional; e, portanto, também somente enquanto essas qualidades lhe são e forem preservadas, ou seja, enquanto seu carisma existir. De outra sorte, caso seja esquecido pelo seu deus ou quando decaem a sua força heroica ou a fé dos que creem em suas qualidades de líder, então seu domínio também decai⁷⁹.

Visto que a autoridade carismática baseia-se em dons específicos do corpo e da mente, uma vez que o seu dom é único e pertence exclusivamente a ele, nas palavras de Weber, trata-se de uma “missão pessoal”.⁸⁰ O portador de um dom carismático “goza de autoridade e lealdade em virtude de uma missão que acreditavam estar incorporada nele”.⁸¹ O significado do seu dom e, portanto, os limites da autoridade do líder carismático não estão “presos a regras analisáveis intelectualmente, a dominação carismática desconhece regras e regulamentações abstratas e decisão judicial formal”⁸².

Por fim, a autoridade racional-legal se dá em virtude do estatuto. Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é a de que qualquer Direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma.

⁷⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Unb, 2000.

⁷⁹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁸⁰ WEBER, op. cit.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

Obedece-se não à pessoa em virtude de seu próprio Direito, mas à regra estatuída, a qual estabelece, ao mesmo tempo, a quem e em que medida se deve obedecer. Também quem ordena obedece, ao emitir uma ordem, a uma regra, à “lei” ou “regulamento” de uma norma formalmente abstrata.

O conceito de burocracia de Weber está longe do que hoje essa palavra significa. Quando se fala em burocracia, de um modo geral, logo vêm à mente conotações negativas. O termo é popularmente usado para indicar a proliferação de normas e regulamentos que tornam ineficientes as organizações administrativas públicas. Para o autor, burocracia é o aparato técnico-administrativo, formado por profissionais especializados, selecionados segundo critérios racionais e que se encarregam de diversas tarefas importantes dentro do sistema⁸³.

A burocracia constitui o tipo tecnicamente mais puro da dominação legal. Os burocratas obedecem ao que as regras codificadas determinam, uma vez que a sociedade aceita a lei estatutária como fonte última de autoridade. Aqui, há uma dominação e exercício do poder de forma impessoal, pois quem obedece não o faz em relação à pessoa do soberano, mas em face do Direito e na condição de membro de uma associação⁸⁴.

Dessa forma, o Estado, como detentor de poder/autoridade, instituído em regras formais / racionais, monopoliza não só a força, mas a força legítima. O Estado é detentor de poder para reprimir atos de violência considerada ilegítima. Assim, a legitimidade é causada por condições sociais e existe, ou não, de acordo com as transformações desenvolvidas no decorrer da história. Também se deve observar que o Estado se tornou legítimo devido à construção de coalizões de combate às guerras. O combate ao inimigo tornou-se, assim, o elemento crucial de legitimidade estatal.

Toda a literatura pós-weberiana acerca da burocracia está marcada por uma ambiguidade fundamental: de um lado, uma parte dos autores pensa que o

⁸³ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁸⁴ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

desenvolvimento das organizações burocráticas corresponde ao advento do mundo moderno e da racionalização e, por esse motivo, é intrinsecamente superior a todas as demais formas possíveis de organização. Já, por outro lado, muitos autores consideram as organizações como se fossem Leviatãs, através dos quais se está preparando a escravidão da raça humana⁸⁵.

Nesse sentido, a ênfase que cada um dos grupos coloca sobre um ou outro dos aspectos depende do seu otimismo natural; qualquer que seja o resultado conseguido, sempre se descobre que ele acredita simultaneamente, tanto na superioridade do racionalismo burocrático no tocante à eficiência, como em suas implicações ameaçadoras para os valores tradicionais da humanidade⁸⁶.

Pondera-se que o Poder Judiciário propriamente dito, para Weber, terá uma responsabilidade de administrar o sistema normativo e a violência necessária para manter a ordem estatuída e sua preservação como tal, enquanto integridade do território e do tecido social⁸⁷.

Portanto, para tratar os conflitos, o Estado, como possuidor do monopólio da força legítima, utiliza-se do Poder Judiciário para tratar conflitos, isso porque a sociedade não tolera a perpetuação do conflito. Desse modo, o poder legítimo estatal nasce de um contrato social no qual os homens outorgam a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz.

Para compreender as mudanças que se estabelecem na sociedade, na forma de tratar os conflitos, é necessário se reportar aos ensinamentos de Thomas Hobbes.

⁸⁵ CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, como sistema social e cultural*. Trad. de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: UNB 1981, p. 285.

⁸⁶ O processo de racionalização, como desenvolvimento de um modelo de vida, por vezes associado ao conceito de intelectualização, deve ser visualizado como “o resultado da especialização científica e da diferenciação técnica peculiar à civilização ocidental. Consiste na organização da vida, por divisão e coordenação das diversas atividades, com base em um estudo preciso das relações entre os homens, com seus instrumentos e seu meio, com vistas à maior eficácia e rendimento. Trata-se, pois, de um puro desenvolvimento prático operado pelo gênio técnico do homem” (FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. de Luís Claudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 22).

⁸⁷ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

1.3 O homem natural e a instituição do monopólio da força legítima: uma visão hobbesiana

Thomas Hobbes é conhecido por seu pensamento político, mais precisamente, como o pai do conceito moderno de Estado⁸⁸ e, também, por sua visão negativa do homem, estando sua imagem associada à máxima *homo lupus hominis*, o homem é o lobo do homem. É a partir dessa ideia que geralmente se compreende o núcleo de seu pensamento político. No Estado de natureza, onde os conflitos eram iminentes, os homens estavam em permanente estado de guerra, sendo maus por natureza e, dessa forma, inimigos uns dos outros. Nesse cenário, onde dominavam as paixões, a situação de total insegurança reinava pela “lei” do mais forte, nenhuma associação ou aliança entre esses homens seria possível, a não ser pela intervenção de um poder absoluto⁸⁹.

O autor remete-se aos princípios dos movimentos da mente, deles ao conhecimento dos sentidos e da imaginação, alcançando as paixões e, finalmente, ao espaço de insociabilidade levada ao paroxismo que é o “estado de natureza”.

Quem quer que olhe para dentro de si mesmo e examine o que faz quando pensa, opina, raciocina, espera, receia, etc., e por que motivos o faz, poderá por esse meio ler e conhecer quais são os pensamentos e paixões de todos os outros homens, em circunstâncias idênticas⁹⁰.

Daí em diante, arquiteta-se o Estado, define-se o caráter do soberano como juiz de todas as doutrinas religiosas e autor das leis civis, enunciam-se os princípios de destruição da sociedade civil, tarefas do governante. Hobbes procura demonstrar, com base em princípios universais e evidentes, as causas e a necessidade de constituir um Estado, o que é direito natural e dever, o que é direito inalienável da soberania.

⁸⁸ “[...] quando se diz que Hobbes é o pai do conceito de Estado moderno, não se quer dizer com isso que teria inventado todos os elementos que compõem tal noção. A importância de Hobbes está sobretudo em ter reunido em torno do conceito de Estado os traços que em sua época começavam a apontar para uma nova concepção da política” (LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 8).

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p. 6.

No desenvolvimento dessa teoria, merece destaque a explicação sobre as causas da insociabilidade natural entre os homens. Embora a gênese dos conflitos humanos possa e deva ser buscada já nas sensações, objetos das primeiras páginas das obras, *Elements of law natural and politic*⁹¹ e *Leviatã*⁹², um recorte possível consiste em privilegiar os capítulos intermediários, que tratam das paixões e do desejo de poder⁹³.

Nesse sentido, o capítulo VI de “Leviatã” tem, como objeto inicial, os movimentos internos que precedem a ação. De acordo com o autor, o movimento, ou mesmo o esforço que se faz na direção do objeto causador do próprio movimento, se traduz pelo apetite ou pelo desejo. Já o movimento que se faz na direção contrária é a aversão. Dessa forma, para o autor,

em razão disso, chama-se bom o objeto do desejo e mau o objeto da aversão, de modo que as palavras de sentido moral “bom”, “mau” e “desprezível” são sempre relativas a quem as emprega: “não há nenhuma regra comum de bem e mal que possa ser extraída da natureza dos próprios objetos”⁹⁴.

Em face desse relativismo moral e da definição de felicidade como sendo a contínua marcha do desejo, Hobbes refuta duas ideias da Antiguidade, criando os fundamentos da sua própria teoria do poder. Ele, inicialmente, nega a existência de um fim último e de um bem supremo. Nesses termos, parar de sentir, parar de imaginar e parar de desejar seria o mesmo que se estar morto. Não obstante, ele entende que não há nada que seja bom em si mesmo. Nessa esteira, deve-se ver o poder como um meio de alcançar a felicidade. Ou ainda, o poder seria um meio de alcançar mais poder. A causa dessa busca incessante e perpétua está no desejo de

⁹¹ Elementos de lei natural e política, escrita antes do desencadeamento da guerra civil, é – apesar do título – um pequeno tratado completo de filosofia, no qual, de resto, a parte de longe mais ampla e mais elaborada é a dedicada à teoria do Estado, a ponto de ser unanimemente considerada a primeira redação da obra maior, *Leviathan* (*Leviatã*), publicada em 1651 (BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991).

⁹² No Antigo Testamento, o *Leviatã* significa um animal, que pode ser um crocodilo, uma serpente ou um dragão, que se destaca por seu inefável poder. Daí que deveria ter causado horror ao pai da filosofia moderna, Thomas Hobbes, para ter comparado o Estado e o soberano ao referido monstro. No entanto, na famosa obra, o *Leviatã* aparece com uma forma humana, sentado em um trono por trás e acima de uma paisagem tranquila, irradiando bem-estar (HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 369).

⁹³ NASTARI, Alfredo (Dir.). *A experiência contesta a razão*. São Paulo: Duetto, [20--]. Série Mente, cérebro & filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique: 2

⁹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p. 85.

cada vez ter mais poder, não sendo a expectativa de maior intensidade de prazer ou de impossibilidade de se contentar com a moderação. O cerne da questão é poder garantir o poder e os meios para viver bem, assegurando-se que, de alguma maneira, o desejo presente e o futuro se realizem.

Essa busca pelo poder leva à competição, o que resulta em inevitáveis divergências, lutas e inimizades. A riqueza é poder, uma vez que ela permite o acúmulo de objetos do desejo como, por exemplo, a amizade. Já a dominação, como objeto do poder, permite aos homens conquistar aliados, tornando-os cada vez mais fortes⁹⁵.

Ora, como se comportariam esses homens competitivos, amorais e vaidosos, se fossem todos iguais, livres, tivessem todos os mesmos direitos e vivessem sem os freios da lei? É simples, eles se matariam. Essa condição natural da humanidade justifica a necessidade do Estado, instância jurídica e abstrata dotada de poder coercitivo para obrigar todos, por meio da punição e da eminência de castigos, a viver pacificamente segundo a lei⁹⁶.

Em sua obra “Leviatã”, Hobbes apresenta três causas de conflito: a competição que os homens travam entre si pelo ganho; a desconfiança que os faz lutar pela segurança; e a glória que os faz combater pela reputação. Na realidade, o que impulsiona o homem contra o homem é o desejo inesgotável de poder⁹⁷.

O desejo de poder numa situação na qual todos são iguais na capacidade de se prejudicarem, na qual os bens são insuficientes para satisfazer as necessidades de cada um, na qual cada um tem o direito natural a tudo, é um estado permanente de guerra. “É evidente que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum que os mantenha subjogados, eles se encontram naquela condição

⁹⁵ NASTARI, Alfredo (Dir.). *A experiência contesta a razão*. São Paulo: Duetto, [20--]. Série Mente, cérebro & filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique: 2

⁹⁶ Daí que Hobbes conclua que, “se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser gozada por ambos, eles se tornam inimigos (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p. 74).

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

que é chamada de guerra; e essa guerra é uma guerra de cada homem contra cada outro homem”⁹⁸.

O estado de natureza é um estado no qual as leis existem, ou seja, são válidas, mas não são eficazes; ou, mais simplesmente, é um estado no qual seria o máximo da imprudência seguir as regras da prudência. A razão prescreve ao homem buscar a paz, é preciso que as regras que preveem as várias ações orientadas para esse fim sejam observadas por todos, ou, pelo menos, pela maioria. Isso, no estado de natureza, não ocorre, por uma razão fundamental: se alguém viola uma regra, não há ninguém bastante forte para obrigá-lo a observá-la. Disso resulta que o único caminho para tornar eficazes as leis naturais, ou seja, para fazer com que os homens atuem segundo a razão, e não segundo a paixão, é a instituição de um poder tão irresistível que torne desvantajosa a ação contrária. Esse poder irresistível é o Estado. Portanto, para obter o bem supremo da paz, é preciso sair do estado de natureza e constituir a sociedade civil⁹⁹.

Para José Luiz Bolzan de Moraes, o estado de natureza aparece correntemente, “[...] como mera hipótese lógica negativa, ou seja, sem ocorrência real. É uma abstração que serve para justificar/legitimar a existência da sociedade política organizada”.¹⁰⁰. Ou seja: “se não estamos no interior da sociedade política, caímos no estado de natureza”¹⁰¹.

Assim, Hobbes, ao tratar do contrato social, elucida que, da mesma forma que os homens têm motivos para disputar com os outros, desconfiar deles e procurar obter maior poder pessoal, é também razoável supor que os homens percebam as contradições dessa condição e queiram sair dela. A situação de guerra é uma situação de miséria e incerteza. Desse modo, para pôr fim à guerra de todos contra todos, os homens, por meio desse contrato, se comprometem, reciprocamente, a

⁹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p. 46.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

¹⁰⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006, p. 163.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 163.

submeter suas vontades à vontade de um homem ou assembleia de homens, que passa a ter poder para decidir acerca de todos os assuntos concernentes à paz¹⁰².

Para que os homens vivam em paz, não basta apenas a razão; se bastasse, não haveria necessidade do Estado, ou seja, das leis civis, bastariam as leis naturais. Neste sentido, o Estado é visto como uma criação artificial da razão humana por meio do consenso, do acordo tácito ou expresso entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos. Assim, se dá o fim do Estado Natural¹⁰³ e o início do Estado Social e Político¹⁰⁴.

Hobbes traz algumas características fundamentais para esse acordo, entre elas, ser um acordo de muitos e não de poucos, permanente e não temporário, não se limitar a constituir uma simples associação de pessoas que buscam um fim comum. Para fundar uma sociedade, é necessário estipular um acordo preliminar que vise a instaurar as condições de segurança de todo o acordo sucessivo possível. Somente esse acordo preliminar é que retira o homem do estado de natureza e faz nascer o Estado¹⁰⁵.

Portanto, para constituir um poder comum, é preciso que todos concordem em atribuir a uma só pessoa todos os seus bens (direito a todas as coisas) e toda a força suficiente para resistir, vitoriosamente, a todo aquele que se arrisque a violar o acordo. Hobbes chama esse acordo de “pacto de união” e enuncia sua fórmula da seguinte maneira: “autorizo e cedo meu direito de governar a mim mesmo a este homem ou a esta assembleia de homens, com a seguinte condição: que tu também lhe cedas teu direito e autorizes todas as suas ações do mesmo modo”¹⁰⁶.

¹⁰² LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

¹⁰³ Recebe o nome de Estado Natural o estágio de convívio humano, onde tudo era de todos, sem a presença de autoridade ou Estado. Importante a leitura de HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, cap. XIII.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

¹⁰⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p.112.

O “Leviatã” traz a seguinte definição de Estado: “uma pessoa de cujos atos cada indivíduo de uma grande multidão, com pactos recíprocos, fez-se autor, a fim de que ela possa usar a força e os meios de todos, conforme creia oportuno, para a paz e a defesa comuns”¹⁰⁷.

O poder punitivo do Estado, na visão hobbesiana, pode ser assim abreviado:

O poder punitivo do Estado se oferece, portanto, como a condição material da validade formal dos contratos. Trata-se de uma condição material porque o poder do Estado, embora constituído juridicamente, não tem uma realidade apenas jurídica: ele é um poder de fato, um poder que o Estado possui na medida em que lhe concedemos, e só a ele, o direito de punir, assim como uma série de outros direitos, como o de fazer leis, julgar as controvérsias etc., necessários à manutenção da paz. Ao acenar com a possibilidade de punição daqueles que não cumprem seus contratos e desobedecem às leis, o Estado determina materialmente, ou seja, de fato, a vontade dos homens no sentido de cumprir suas obrigações¹⁰⁸.

Para José Luis Bolzan de Moraes, o contrato aparece como um instrumento de legitimação do Estado – já existente – e a base sistemática de construção do sistema jurídico. Pode-se afirmar que, de acordo com o seu entendimento

- a) o estado de natureza, como hipótese lógica negativa, reflete como seria o homem e seu convívio fora do contexto social;
- b) o contrato, instrumento de emancipação em face do estado de natureza e de legitimação do poder político e;
- c) o estado civil, portanto, surge como uma criação racional, sustentado no consenso dos indivíduos, apto a romper os limites e/ou insuficiências do estado de natureza, bem como dar conta dos fins para os quais foi criado¹⁰⁹.

Nos dias de hoje, a sociedade também espera que o Estado (Leviatã), como já aclamava Hobbes, garanta proteção às ameaças que os homens possam vir a sofrer, que a violência generalizada não tome conta da sociedade, isto é, que a guerra de uns contra os outros não regresse ao estado natural. Para cumprir esse papel, o Estado cria leis que regulam os conflitos entre os homens, monopolizando a violência e tornando-a legítima através do Poder Judiciário, que tem como fomento satisfazer o desejo de vingança da vítima, sem que esta faça justiça pelas próprias mãos, preservando, assim, a segurança da sociedade.

¹⁰⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p.112.

¹⁰⁸ LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 33.

¹⁰⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006, p. 163.

Pode-se dizer que, da mesma forma como o cidadão de antigamente esperava que o Leviatã fizesse a guerra para obter a paz, o cidadão da atual sociedade entrega seus conflitos ao Judiciário para que ele diga o direito. Só que a fórmula não é tão simples assim. É notório que o sistema jurisdicional vem passando por uma crise que tem gerado a insatisfação social e, para que não ocorra o Estado de Natureza que Hobbes aponta quando o soberano perde o poder sobre os súditos, é preciso considerar outras formas de dirimir os conflitos (como meios alternativos à jurisdição) e legítimos ao Poder Estatal.

Desse modo, para se entender o cenário atual do Estado contemporâneo face ao sistema judiciário brasileiro, é fundamental estudar a crise que o Poder Judiciário vem enfrentando. A complexidade das relações na atualidade tem gerado aumento expressivo do número de processos, sobrecarregando a instituição. Importante dizer que é dever do Estado planejar políticas públicas de acesso à Justiça, promovendo outros meios de tratamento, dentre eles, a negociação, conciliação e a mediação, que serão analisados em momento oportuno.

2 O PODER JUDICIÁRIO E SUA IMPOTÊNCIA FACE À CONFLITUOSIDADE ATUAL

O presente capítulo tem por objetivo analisar os modelos de tratamento de conflitos, dentre os quais a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a jurisdição. Dar-se-á maior atenção ao estudo da jurisdição, tendo em vista que este é o meio de tratamento de conflitos mais utilizado pela sociedade em geral. Na jurisdição, o “tratamento” do litígio é feito através de um processo judicial, no qual um terceiro na relação conflituosa (o juiz) tem o poder de decisão. Desse modo, o produto do processo judicial é uma sentença, a qual definirá um vencedor e um perdedor.

Em um segundo momento, ponderar-se-ão os problemas enfrentados pelos jurisdicionados ao acessar a Justiça. Dentre estes problemas, está a lentidão com que a instituição jurídica se apresenta para tratar os conflitos. Um dos motivos de isso ocorrer se deve ao fato de essa instituição estar em crise, a qual é classificada em estrutural, pragmática, subjetiva ou tecnológica e paradigmática.

Falar-se-á numa transformação do pensamento jurídico dos operadores do Direito e no formalismo excessivo que contamina o processo, bem como no papel do juiz frente à crise do Judiciário.

Por fim, após a análise da crise da Justiça oficial, dar-se-á atenção para a tentativa de reformar o Poder Judiciário que ocorreu em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45. Este instrumento tem gerado muitas críticas pelo fato de que, dentre as alterações promovidas por ele, destaca-se a criação da súmula vinculante como instrumento integrante do ordenamento jurídico brasileiro, a qual tem por objetivo resolver a crise quantitativa do Judiciário, mas não atendendo aos anseios sociais por uma Justiça qualitativa.

2.1 A Jurisdição atual e os modelos de tratamento dos conflitos

Atualmente, o meio mais procurado pela sociedade como forma de resolver problemas (conflitos) que não alcançaram soluções amigáveis é o Judiciário. Esta instituição nasceu com o intuito de fazer cessar a autotutela, respondendo, satisfatoriamente, aos litígios que lhe são submetidos, oferecendo a todos uma justiça confiável e imparcial¹¹⁰.

Definir o conceito de justiça¹¹¹ é tarefa árdua. Essa noção, ao longo do tempo, tem englobado diversos sentidos, constituindo, a um só tempo, um conceito plurívoco e altamente mutável.

Nesse sentido, Von Ihering esclarece que circunstâncias inerentes à vida e aos regimes de cada povo são determinantes das reações do sentimento de justiça das pessoas¹¹². Assim, cada ser humano concebe a justiça conforme seus parâmetros e suas convicções. Golfredo Telles Junior traz o seguinte questionamento sobre o tema:

Quando digo: “*Eu quero justiça!*”, que coisa estarei querendo? – Estarei querendo que me seja dado ou feito algo que tenha *valor* igual ou proporcional ao *valor* do que dei, do que sofri, do que fiz ou do que sou (do que mereço). Eventualmente, estarei querendo que se faça algo de *valor* proporcional ao *valor* do que me foi arrebatado¹¹³.

Segundo Otto Bachof, o intento do conceito de justiça para o Direito é a existência de um consenso social acerca, pelo menos, das suas ideias

¹¹⁰ Imparcialidade e justiça, na experiência jurídica, estão intimamente unidas. Sem chegar a uma superposição de significados, pode-se sustentar que a imparcialidade é *conditio sine qua non* da justiça, no sentido de que é difícil pensar em um resultado justo que não seja imparcial. Por outro lado, é óbvio que uma das formas que pode revestir a injustiça é a parcialidade. A parcialidade apresenta uma maior *visibilidade*, do mesmo modo que a injustiça é mais *visível* que a justiça: é sempre mais fácil perceber a primeira que a segunda (ultimamente). [...] A imparcialidade implica uma posição ativa no juízo. Isto é o que permite distinguir, em princípio, entre imparcialidade e neutralidade. A imparcialidade implica tomar posição, enquanto a neutralidade, em sentido estrito, comporta uma abstenção: dizemos que um sujeito é neutro quanto, voluntariamente, não *toma partido* por nenhuma das partes. O juízo, pelo contrário, consiste precisamente em tomar partido em um conflito entre partes, sob determinadas condições, a favor de uma ou de outra parte, mas apoiando-se em razões. TRUJILLO, Isabel. Imparcialidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 463-464.

¹¹¹ Não se abordará com detalhes a conceituação de justiça. Ao invés disso, será trazida uma noção básica de justiça e da possibilidade de acesso a ela.

¹¹² JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹¹³ TELLES JUNIOR, Golfredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 301.

fundamentais. Dessa forma, são postulados da justiça o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem em objeto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio¹¹⁴.

Feitas essas colocações, torna-se importante ter uma visão dos modelos de tratamento dos conflitos, os quais buscam por resultados justos. Estes modelos são agrupados em dois grandes grupos, o autônomo e o heterônomo; estes, por sua vez, englobam dois grupos menores, a autotutela e a autocomposição e a arbitragem e a jurisdição, respectivamente¹¹⁵.

Conforme já estudado em Hobbes, o homem é o lobo do homem, e, acompanhando a história, sabe-se que, nos primórdios, não havia a figura do Estado como centro de poder e das decisões. No início, o Estado inexistia por completo, logo após, sendo apenas uma figura ilustrativa. Desse modo, os conflitos existentes entre os homens eram tratados instintivamente, isto é, a parte interessada em satisfazer seu direito utilizava-se da força para impor sua vontade, ou seja, era a lei do mais forte. A isso deu-se o nome de autotutela. Neste instituto, o que realmente vale é a força propriamente dita, o poder de coação, que acaba por relegar a segundo plano qualquer parâmetro de justiça. Era a “justiça pelas próprias mãos”.

Surgindo a figura do Estado¹¹⁶, este chama para si o direito poder-dever de punir, já que não é só uma faculdade que o Estado tem de punir, mas também uma obrigação.

Assim, tem-se o instituto da autocomposição, que, apesar de ser uma forma autônoma de tratamento dos conflitos, assim como a autotutela, atua com maior

¹¹⁴ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994.

¹¹⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹¹⁶ No cotidiano do espaço público, subsiste uma espécie de poder visível e invisível capaz de interferir, influenciar, condicionar e modificar a realidade da convivência humana. Tanto no passado quanto no presente, esse poder maior que se estende em todas as esferas da vida, se estrutura sob a forma de uma organização política. Ora, no amplo espaço das sociedades, existem diversos tipos de organizações constituídas pela reunião de indivíduos, família, tribos, clãs, reinos, territórios, etc. De todos os tipos de organização estatal. Esta entidade um tanto complicada e ambígua nada mais é o que se costuma denominar de Estado. WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 11.

eficiência quanto ao comprometimento das partes. São exemplos de autocomposição, a desistência¹¹⁷ e a transação¹¹⁸, entre outros¹¹⁹.

Também pode se dar a autocomposição com a participação de terceiros, como é o caso da mediação¹²⁰ e da conciliação¹²¹. Nestes institutos, nota-se um processo construtivo de decisão, na qual a titularidade da mesma remanesce com as partes (autonomia), como na autotutela, com a diferença de que esta passa a ser auxiliada pela presença do mediador ou conciliador, portanto constituindo modos menos violentos de se trabalhar com interesses conflitantes¹²².

Em resumo, a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos porque as partes chegam a um acordo espontaneamente, através do auxílio do mediador ou do conciliador.

Em seguida, a titularidade do poder de decisão passa das partes litigantes e autônomas para um terceiro heterônomo, expresso nos institutos da arbitragem¹²³ e da jurisdição.

O sistema judiciário tem como base a *civil law*, de cunho preponderantemente normativista, cujas origens encontram-se no antigo Direito romano. O poder jurisdicional surgiu quando o magistrado romano chamou para si a responsabilidade de ditar a solução dos conflitos em nome do Estado. Antes, essa missão de “solucionar” conflitos era exercida por um terceiro, particular, árbitro¹²⁴.

¹¹⁷ Deixar, intencionalmente, de exercer um direito ou uma função. Renúncia.

¹¹⁸ Ato jurídico pelo qual as partes previnem ou extinguem obrigações litigiosas, mediante concessões mútuas.

¹¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹²⁰ O estudo deste instituto será aprofundado no decorrer do trabalho.

¹²¹ O estudo deste instituto será aprofundado no decorrer do trabalho.

¹²² VILAR, Silvia Barona. *Solución extrajudicial de conflictos – alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

¹²³ O estudo da arbitragem será aprofundado no decorrer do trabalho.

¹²⁴ LIMA FILHO, Francisco das C. A. *Via Judicial de Solução de Conflitos e a Crise de Jurisdição*. In: *Revista Jurídica Síntese*. n. 42. Jul./Ago. de 2003.

Assim, num primeiro momento, firmou-se na sociedade o instituto da arbitragem¹²⁵, no qual as partes escolhiam uma terceira pessoa, detentora de credibilidade e confiança perante as partes, para decidir a respeito do litígio. A pessoa escolhida era geralmente o sacerdote ou o patriarca (por ter mais conhecimento) da família ou comunidade.

Com a transformação da sociedade e a ascensão do Estado, de forma gradativa, transfere-se para este o poder de decisão. O Estado, como visto em Hobbes, é uma organização política investida de poder e coerção, que, em função da legitimidade da sociedade civil, administra os interesses de todos os cidadãos. Desse modo, ele passa a decidir por intermédio de um terceiro também, mas, agora, designado por ele próprio, compondo sua função jurisdicional.

No princípio, o caminho processual realizava-se em duas fases: uma diante do pretor (magistrado) e outra perante o árbitro¹²⁶. As partes encaminhavam as causas até o pretor (representante do Estado) e nomeavam um árbitro, que recebia o poder de decidir da figura do pretor¹²⁷.

Desse modo, assiste-se a um aumento do poder do Estado, ocorrendo a substituição da justiça privada¹²⁸ pela justiça pública e, por consequência, a estruturação normativa escalonada e hierarquizada, ou seja, ao Judiciário cabe, em havendo o não cumprimento espontâneo das prescrições legais, a imposição de soluções, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição)¹²⁹ e, por ora, é o instituto que, ordinariamente, rege o tratamento de conflitos¹³⁰.

Nesse ínterim, Norbert Roland afirma que a construção do Estado e as suas múltiplas intervenções pacificadoras asseguram a vitória da civilização sobre a

¹²⁵ Presente no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n.º 9.307/96.

¹²⁶ Oportuno referir que, antes de surgir a jurisdição estatal, já se aplicava a arbitragem.

¹²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹²⁸ Reflexos da lei de Talião: "Olho por olho, dente por dente".

¹²⁹ Nesse sentido, ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹³⁰ ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão [et al.] *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

barbárie: “o direito à vingança está extinto, um sistema de penas legais o substitui¹³¹”.

Apesar de não ser a finalidade do presente trabalho aprofundar o caráter histórico da formação do Poder Judiciário, é importante lembrar que o Direito brasileiro é baseado em um direito alienígena – modelo europeu –, o qual influenciou o Judiciário. Nessa perspectiva, foi estabelecido um modelo de juiz aplicador da norma, a qual decorre do Estado através do Poder Legislativo. Nesse sistema, o julgador é um servidor público inserido numa estrutura burocrática do Estado. Pode-se ver aí o pensamento positivista de Kelsen¹³² influenciando o Judiciário brasileiro¹³³.

Além do mais, deve-se lembrar, também, que muitas das características do Judiciário se devem ao fato de sermos um Estado patrimonialista. A questão patrimonial impregnou todas as nossas instituições, inclusive a judiciária, deixando, com isso, marcas dessa herança nos períodos de império e república até nossa atualidade.

Feitos esses apontamentos, Fernanda Tartuce traz um panorama geral acerca das transformações da tutela jurídica na sociedade, o qual resume bem o tema. Deve-se frisar que esse quadro apresentado por essa autora não traz a evolução dos tratamentos dos conflitos em ordem cronológica, mas sim um quadro sinótico onde se vislumbra o amplo espectro sobre as possibilidades de composição de conflitos proporcionadas pelo sistema jurídico¹³⁴.

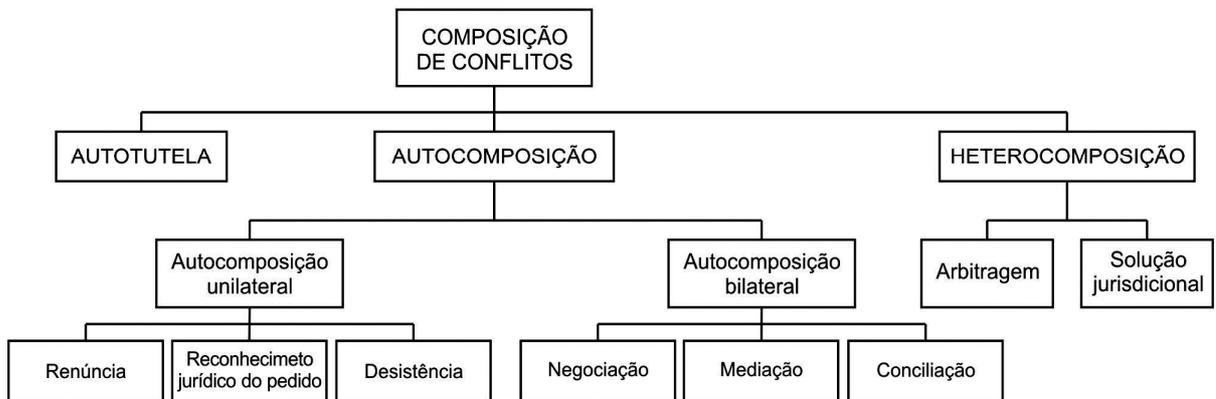
¹³¹ ROULAND, Norbert. *Nos Confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³² Nascido de família de comerciantes judeus germânicos, estabelecido em Praga por conta da criação de uma pequena fábrica de lâmpadas. Kelsen tem três anos de idade quando o pai decide retornar à Áustria. [...] A vasta e ampla obra de Kelsen abrange desde a lógica das normas, o Direito Internacional, a crítica da ideologia, a jurisprudência analítica, a informática jurídica, além de ensaios em teoria política, literatura e sociologia. A referência central de sua produção teórica é representada, no entanto, pela obra de 1934, *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), tentativa de delimitar uma ciência jurídica autônoma. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; KELSEN, Hans. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 504-506.

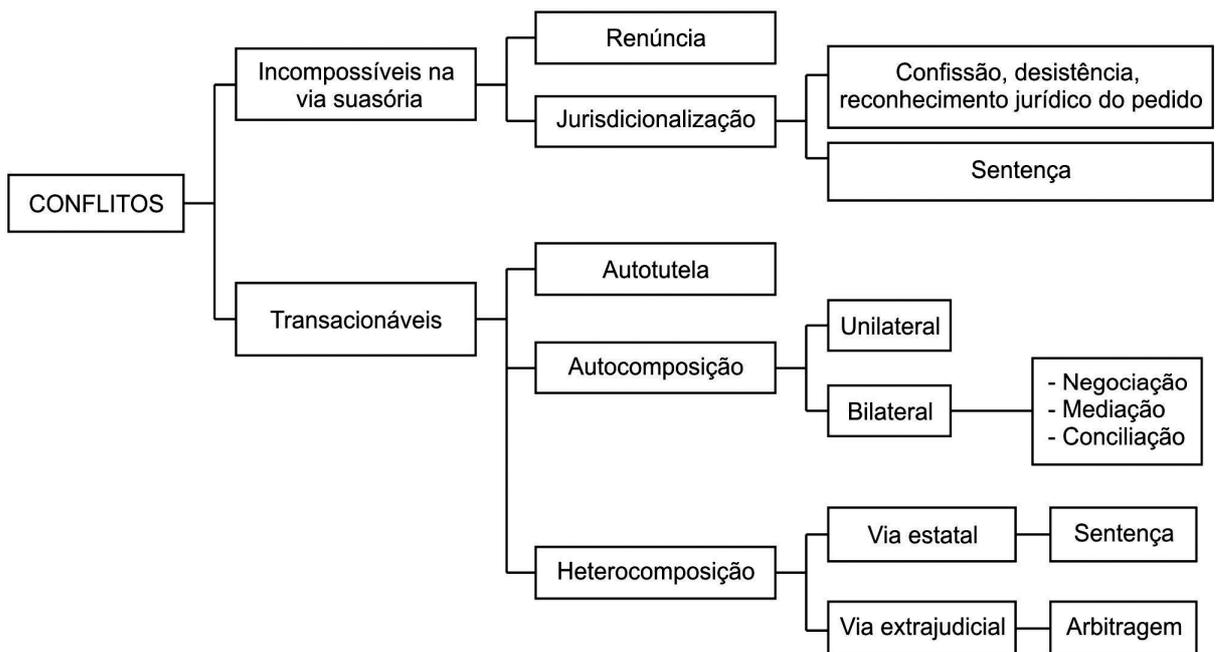
¹³³ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: IDESP, 1997.

¹³⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS CIVIS



É possível visualizar ainda o panorama dos conflitos sob uma segunda perspectiva:



Fonte: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

Sobre o processo judicial, pode-se inferir que é, atualmente, o modo tradicional de tratamento de conflitos. Os tribunais têm desempenhado esse papel, sendo que o Direito e as leis têm sido os instrumentos norteadores das demandas conflituosas. O “tratamento” do litígio é feito através de um processo judicial, no qual

o terceiro na relação conflituosa (juiz) tem poder de decisão¹³⁵. Piero Calamandrei define o papel do juiz da seguinte forma:

El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, ne cives ad arma veniant, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, nemo iudex in re propria¹³⁶.

Assim, o juiz, o qual não é escolhido pelas partes, julga o processo, pondo fim ao mesmo. Nessa sistemática, as partes não se comunicam entre si ou com ele. É seu papel se comunicar com as partes, seja na colheita de informações que julgar necessárias para a formação da sua convicção, seja para julgar. Como produto do processo judicial se tem uma sentença, a qual definirá um vencedor e um perdedor¹³⁷.

Os conflitantes nessa fase têm papel coadjuvante. O papel principal é desenvolvido por seus advogados e pelo juiz, que debatem o problema em termos técnicos. O procedimento é formal e heterônomo, fugindo do controle das partes a sentença.

Deve ser dada atenção à conceituação de jurisdição¹³⁸ que centra a atenção no seu tríptico aspecto, ou seja, enquanto poder, função e atividade. Para essa conceituação, a jurisdição é um poder, enquanto uma capacidade estatal de decidir, de forma imperativa, através da imposição de decisões. Já, no aspecto de função, a

¹³⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1960, p. 60.

¹³⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹³⁸ Luiz Fux assevera que não se deve confundir competência jurisdicional e a jurisdição. A competência jurisdicional é a “repartição da jurisdição entre os diversos órgãos encarregados da prestação jurisdicional segundo os critérios na lei. Isso porque, nas sociedades modernas, não é cabível um ‘juízo único’ em razão da quantidade da população, da extensão territorial e da natureza múltipla dos litígios. A competência é, portanto, um imperativo da divisão do trabalho. A limitação legal implica que a competência seja uma medida da jurisdição em confronto com o caso concreto. Assim, a jurisdição é o poder de julgar *in genere* ao passo que a competência é o poder de julgar *in concreto*. FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78.

jurisdição expressa o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais e, por fim, a atividade constitui o complexo de atos do juiz no processo, através dos quais ele exerce o poder e cumpre a função atribuída a ele pela lei¹³⁹.

A doutrina, de maneira geral, distingue a jurisdição em contenciosa e voluntária. Assim,

a jurisdição se apresenta como atividade de transformação da realidade para fazer prevalecer a ordem jurídica *stricto sensu*, que é o caso da *jurisdição contenciosa*; ou para fazer prevalecer a ordem política, econômico-financeira ou social, que é o caso da *jurisdição voluntária*. Aquela pressupõe lesão ou ameaça a interesses jurídicos e esta pressupõe lesão ou ameaça a interesses políticos, econômicos ou sociais.¹⁴⁰

Portanto, pode-se afirmar que a jurisdição contenciosa é caracterizada pela existência de partes (sujeitos em posição opostas), objeto litigioso (conflito de interesses) e a sentença, baseada na legalidade estrita, predisposta a produzir coisa julgada¹⁴¹.

Nesse sentido, Chiovenda entende que a jurisdição é a atuação da lei através da substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, os quais devem afirmar a lei, colocando-a em prática¹⁴².

É do Estado que se subtrai esse aspecto substitutivo, diante da resistência ao cumprimento da norma. Sempre que houver uma violação dos preceitos postos, cabe ao Estado se valer de seus meios coercitivos para que os preceitos sejam verificados concretamente¹⁴³.

É nesse campo que atua a jurisdição contenciosa, pois seu objetivo é o de aplicar a lei a fim de eliminar o conflito de interesses. Uma vez analisado o litígio

¹³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

¹⁴⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho de Mesquita. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. *Revista Forense*, v. 98, n. 361, p. 50, maio-jun. 2002.

¹⁴¹ Veredicto do qual não se pode recorrer, pois o juiz tem o poder de decidir, e a sentença, dentro dos limites da questão decidida, tem força de lei entre partes (Código de Processo Civil Brasileiro, art. 467). SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 54.

¹⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

¹⁴³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

pelo juiz, este atribui o bem da vida, disputando a quem for devido, sendo sua decisão dotada de definitividade e imutabilidade ante as partes e seus sucessores¹⁴⁴.

A modernidade trouxe situações em que as pessoas podem livremente transacionar, somente sendo necessária a homologação das vontades contratuais, surgindo, dessa forma, a jurisdição voluntária. Assim, de acordo com essa jurisdição, também denominada graciosa, o juiz não pacifica propriamente um litígio, mas fiscaliza e integra um negócio jurídico privado que envolve interesses reputados relevantes para o Estado.

Portanto, a jurisdição voluntária não resolve conflitos, mas apenas tutela interesses. Não se pode falar em partes no sentido em que essa palavra é tomada na jurisdição contenciosa. Esta jurisdição refere-se apenas à homologação de pedidos que não impliquem litígio.

Assim, compreende-se que o Poder Judiciário, detentor do poder legítimo do Estado para tratar conflitos, deve manter uma postura de imparcialidade no tratamento dos litígios nos quais procederá à averiguação dos fatos que, ao final, pronunciará um ganhador e um perdedor da lide.

Ocorre que, com a difusão dos direitos dos cidadãos, o que antes eram meras declarações escritas passaram a ter efeitos práticos nos tribunais de todo o país. Acarretando uma intensa procura pela prestação jurisdicional, o Poder Judiciário vê crescer, desproporcionalmente, o número de processos em relação à estrutura disponível para resolvê-los. Isso gera insatisfação dos jurisdicionados e diminui a credibilidade dessa Instituição frente à sociedade, gerando a chamada crise (quantitativa e qualitativa) do Judiciário, a qual será analisada no próximo item.

¹⁴⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

2.2 O Poder Judiciário e suas crises: uma análise crítica

Quando se fala em crise do Judiciário, deve-se ter presente a crise do Estado¹⁴⁵, tendo em vista que todas as crises criadas e fomentadas a partir da globalização¹⁴⁶ cultural, política e econômica são consequências da crise estatal, resultante de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado. Esta deficiência se transfere para todas as suas instituições, pois o direito que é conhecido e aplicado, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.¹⁴⁷ Dessa forma, deve-se atentar que, quando se fala em repensar as funções estatais, automaticamente isso se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.¹⁴⁸ Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer lembra que:

Ora, a crise do Direito não é uma crise setorial isolada, mas está diretamente relacionada com a crise dos fundamentos e dos paradigmas que norteiam a modernidade. Em todo caso, ao se aludir a uma crise no Direito, tem-se presente que o que está em crise é o paradigma da Dogmática Jurídica estatal, consolidada nos séculos XVIII e XIX.¹⁴⁹

Nesse sentido, crise entende-se como

¹⁴⁵ Na presente pesquisa, não será aprofundado o tema das crises do Estado, visto que tais crises, na sua totalidade, são assuntos amplos e importantes e requerem uma abordagem profunda, não cabendo essa discussão no momento.

¹⁴⁶ É certo que paira uma controvérsia muito grande sobre o início do processo de globalização. Nesse sentido, explica Canclini que, “sobre a data em que a globalização teria começado, vários autores a localizam no século XVI, no início da expansão capitalista e da modernidade ocidental (CHESNAUX, 1989; WALLERSTEIN, 1989). Outros datam a origem em meados do século XX, quando as inovações tecnológicas e mercantis só ganham contornos globais quando se estabelecem mercados planetários nas comunicações e na circulação do dinheiro, e se consolida com o desaparecimento da URSS e o esgotamento da divisão bipolar do mundo (ALBROW, 1997; GIDDENS, 1997; ORTIZ, 1997). Estas discrepâncias na datação têm que ver com diferentes modos de definir a globalização. Aqueles que lhe atribuem uma origem mais remota privilegiam seu aspecto econômico, ao passo que quem justifica a aparição recente desse processo dá mais peso a suas dimensões políticas, culturais e comunicacionais”. “Eu, de minha parte, entendo que há boas razões para afirmar, segundo a expressão de Giddens, que somos a primeira geração a ter acesso a uma era global (GIDDENS, 1997). CANCLINI, Nestor Garcia. *A globalização imaginada*. Trad. de Sergio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 41.

¹⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

¹⁴⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997, p. 64.

um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame.¹⁵⁰

De uma maneira geral, as crises são concebidas como “perturbações” mais duradouras que não são resolvidas e fogem do controle e da integração de um dado sistema sociocultural¹⁵¹.

Marilena Chauí expõe que a crise está associada a divisões, submissões e conflitos no interior da sociedade¹⁵² e da política. Também é interessante sublinhar que a ideia de crise pode estar simplesmente articulada ao conceito de “ruptura”, enquanto “desconformidade estrutural entre um processo e seu princípio regulador”.¹⁵³ Assim, a crise representa a “agudização das contradições de classes e dos conflitos sociais em um dado processo histórico”¹⁵⁴.

Roberto A. R. de Aguiar assinala que “a característica mais marcante de uma crise é sua transitoriedade. Nada pode ficar indefinidamente em quebra ou ruptura”. Dessa forma, “a própria dinâmica dos elementos levará a uma superação das contradições, seja mantendo a estrutura, seja rompendo-a, seja corrigindo as disfunções”¹⁵⁵.

¹⁵⁰ PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. de Carmen V. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Unb, 2004, p. 303. v. 1.

¹⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

¹⁵² Nesse sentido ver: ELIAS, Norbert. *A sociedade de Corte*. Trad. de Pedro Süsskind. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

¹⁵³ CHAUI, Marilena de Souza. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

¹⁵⁴ WOLKMER, op. cit., p. 71.

¹⁵⁵ AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1999, p. 17-18 e 22.

A crise que o Estado¹⁵⁶ vem sofrendo com a perda gradativa de soberania¹⁵⁷, com sua inaptidão em dar respostas em espaços de tempo considerados razoáveis aos litígios, sua fragilidade nos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)¹⁵⁸, suas dificuldades em acompanhar a rápida evolução do mundo globalizado e do mercado, nos quais as informações e as transações econômicas são instantâneas através da internet, tudo isso lhe acarreta um sistema que permanece vinculado a convicções não mais suportadas pela atualidade, tornando-se um aparelho tido como retrógrado, imerso em procedimentos burocráticos, não a mesma burocracia pensada por Weber, mas aquela que é popularmente usada para indicar a proliferação de normas e regulamentos com efeitos de ineficiência. Espera-se que, com a crise que o Estado contemporâneo vivencia, ocorra a ruptura com o passado e que este consiga recuperar a credibilidade da sociedade.

Nesse sentido, Rogério Gesta Leal traz a seguinte afirmação:

(...) o Estado não mais pode ser concebido como uma entidade monolítica – ou neutral – a serviço de um projeto político invariável, mas deve ser visualizado como um sistema em permanente fluxo, internamente diferenciado, sobre o qual repercutem também diferencialmente demandas e contradições da sociedade civil e do mercado [...] Decorre disso, inexoravelmente, a emergência frequente de uma crise de legitimação [...]

¹⁵⁶ Ver a respeito o trabalho: LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da Jurisdição desafiada. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

¹⁵⁷ Jean Bodin publicou a primeira obra que desenvolveu o conceito de soberania de maneira sistemática. *Les Six Livres de la République* (Os seis livros da República), datada de 1576, traz a concepção de Bodin para o que haveria de ser a autoridade real, conceituando a soberania da seguinte forma: “Soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”. Com o tempo, vários outros pensadores também trouxeram suas interpretações, divergindo dos conceitos trabalhados por Bodin, dentre eles, Thomas Hobbes, como já foi visto, integrante da chamada “escola do contrato social”, que acreditava que a soberania decorria da renúncia do poder por parte do povo, que o transferia a uma única pessoa, devendo obedecer às determinações desta pessoa, desde que os demais também o fizessem. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 68). Assim, percebe-se que as variações conceituais de soberania estão ligadas à evolução política da sociedade. Mesmo com o passar dos anos; as variações conceituais permanecem ligadas a duas idéias conforme mostra Dalmo de Abreu Dallari: “(...) apesar do progresso verificado, a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 74).

¹⁵⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

crise de legitimação surge quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas.¹⁵⁹

Este autor ainda acrescenta que, além da crise de legitimidade, existem a crise da identidade estatal e a crise da eficácia. A crise da identidade estatal ocorre uma vez que o Estado não mais consegue distinguir suas atribuições originárias e efetivamente públicas, tornando-se, por sua vez, um simples instrumento de efetivação de interesses de classes dominantes. Já a crise da eficácia diz respeito ao fato de o Estado não conseguir atender às verdadeiras demandas sociais, ou seja, às demandas a que deveria atender e representar de forma efetiva¹⁶⁰.

Portanto, grande parte dessa crise repercute cotidianamente no sistema judiciário e na magistratura, a ponto de se configurar, por falta de compreensão de seus verdadeiros fundamentos, enquanto apenas alternativas funcionais sejam discutidas, a inusitada situação a que faz referência o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, segundo o qual, “o Judiciário faz da lei uma promessa vazia”.¹⁶¹ Nesta afirmação de Boaventura dos Santos, pode-se verificar uma espécie de perda de confiança no papel das instituições judiciárias, bem como na capacidade da magistratura de tratar os conflitos¹⁶².

No que tange, especificamente, à crise por que passa o Judiciário, pode-se dizer, numa análise geral, que esta inicia desde as contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática, como já analisada anteriormente, fixada em procedimentos lógico-formais, e que é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos não só individuais, mas principalmente coletivos¹⁶³.

¹⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz: EDUNISC, 2003, t. 3, p. 681.

¹⁶⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz: EDUNISC, 2003, t. 3, p. 681.

¹⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*, José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Ática, 1989. p.78.

¹⁶² APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

¹⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

Trata-se, também, de uma instância de decisão não só subordinada e dependente da estrutura de poder dominante, como, principalmente, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerente, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia no tratamento rápido e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reclamações dos vários movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos.

Pode-se constatar que a crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida na sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os “donos do poder” e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintoma indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal¹⁶⁴.

Humberto Theodoro Junior caracteriza o Poder Judiciário como

[...] o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais.¹⁶⁵

Desse modo, a crise do Judiciário, no que tange a sua efetividade e eficácia da prestação jurisdicional, deve ser entendida por diversas perspectivas, dentre elas, a crise estrutural, a crise objetiva ou pragmática, a crise subjetiva ou tecnológica e a crise paradigmática.

Chama-se de crise estrutural a escassez de recursos, como inaptações de recursos tecnológicos, aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores do Direito, que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, bem como de uma complexidade cada vez mais aguçada de temas que precisam ser enfrentados, além da propagação de sujeitos envolvidos nos polos das relações jurídicas¹⁶⁶.

¹⁶⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 100.

¹⁶⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte: 2004, p. 11.

¹⁶⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Conflito, jurisdição e direitos Humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

Assim, no que diz respeito aos recursos financeiros, como infraestrutura de instalações, pessoal, equipamentos, cabe ressaltar custos que dizem respeito não só aos valores com custas, honorários, etc. que obrigatoriamente são gastos, mas também aqueles decorrentes da demora do julgamento das demandas. Com efeito, quanto mais tempo um processo se alonga no Judiciário, mais caro ele fica para os cofres públicos e para as partes litigantes¹⁶⁷.

A demora no tratamento de conflitos por parte do Judiciário pode trazer efeitos devastadores para as partes, não só os que dizem respeito ao aumento dos custos para os litigantes, mas também os resultantes de uma pressão econômica exercida sobre a parte mais fraca financeiramente, levando-a a aceitar acordos desfavoráveis ou, até mesmo, a desistir da ação. Assim, uma justiça tardia representa a própria negação da justiça¹⁶⁸.

Dessa forma, o problema gerado pelo acúmulo de demandas, ou, melhor dizendo, pelo aumento do número de ações é a morosidade em tratar as demandas. Assim, mesmo a parte vencedora do litígio, inúmeras vezes, se sente lesada devido ao longo transcurso de tempo¹⁶⁹.

Pode-se dizer, também, que contribui para a crise estrutural o fato de o Poder Judiciário ser organizado de maneira a administrar os conflitos de natureza individual e civil, tornando-se, por vezes, incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, os configurados por mais de um indivíduo, grupo ou camadas sociais¹⁷⁰.

¹⁶⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Conflito, jurisdição e direitos Humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte: 2004.

¹⁷⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

Também é importante ressaltar que o número de processo com relação ao número de magistrado é desproporcional. O Conselho Nacional de Justiça divulgou dados conforme a tabela abaixo:

Ano de referência	Nome do Tribunal	População do Estado ou da Região	Número total de processos	Número total de Magistrados	Número de Processos por Magistrado	Número de habitantes por Magistrado
2.008	TJ - Acre	680.073	270.858	42	6449	16192
2.008	TJ - Alagoas	3.127.557	902.497	144	6267	21719
2.008	TJ - Amapá	613.164	nd	68	nd	9017
2.008	TJ - Amazonas	3.341.096	977.471	210	4655	15910
2.008	TJ - Bahia	14.502.575	289.205	603	480	24051
2.008	TJ - Ceará	8.450.527	1.198.518	374	3205	22595
2.008	TJ - Distrito Federal e dos Territórios	2.557.158	2.661.558	287	9274	8910
2.008	TJ - Espírito Santo	3.453.648	1.897.450	446	4254	7744
2.008	TJ - Goiás	5.844.996	302.065	338	894	17293
2.008	TJ - Maranhão	6.305.539	225.850	256	882	24631
2.008	TJ - Mato Grosso	2.957.732	683.905	254	2693	11645
2.008	TJ - Mato Grosso do Sul	2.336.058	3.632.580	192	18920	12167
2.008	TJ - Minas Gerais	19.850.072	6.239.163	990	6302	20051
2.008	TJ - Pará	7.321.493	829.668	292	2841	25074
2.008	TJ - Paraíba	3.742.606	1.875.137	242	7749	15465
2.008	TJ - Paraná	10.590.169	11.898.772	715	16642	14811
2.008	TJ - Pernambuco	8.734.194	1.988.758	463	4295	18864
2.008	TJ - Piauí	3.119.697	189.606	141	1345	22126
2.008	TJ - Rio de Janeiro	15.872.362	24.184.510	877	27576	18098
2.008	TJ - Rio Grande do Norte	3.106.430	653.761	225	2906	13806
2.008	TJ - Rio Grande do Sul	10.855.214	18.461.035	791	23339	13723
2.008	TJ - Rondônia	1.493.566	1.630.294	137	11900	10902
2.008	TJ - Roraima	412.783	208.833	35	5967	11794
2.008	TJ - Santa Catarina	6.052.587	2.085.052	432	4827	14011
2.008	TJ - São Paulo	41.011.635	76.716.896	2.291	33486	17901
2.008	TJ - Sergipe	1.999.374	239.734	134	1789	14921
2.008	TJ - Tocantins	1.280.509	85.454	129	662	9926

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2009.

Conforme os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2008, o pior Estado na União em relação ao número de processos/magistrados é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde existem 33.486 processos para cada magistrado. Em segundo lugar, fica o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com 27.576 processos para cada magistrado. O Rio Grande do Sul está logo após, com 23.339 processos para cada magistrado.

A relação de habitantes/magistrados também salienta essa diferença. O Estado do Pará apresenta a pior colocação nesse índice, com 25.074 habitantes

para cada magistrado. O Estado do Rio Grande do Sul aparece na 19ª colocação, entre os 27 Estados da União, com 13.723 habitantes para cada magistrado. Esses números também são relativos aos tribunais estaduais.

Deve-se ter em mente que, apesar desses números, isso não quer dizer que o ingresso de novos juízes resolveria o problema da demora dos processos, até porque se estaria tratando a consequência, e não a causa. O fato é que não se pode exigir dos magistrados mais agilidade no tratamento dos conflitos quando se percebe que é humanamente impossível a sua realização qualificada.

Uma recente reportagem mostrada pelo Jornal Nacional, no dia 29 de outubro de 2009, trouxe a seguinte manchete: “Problema de lentidão na justiça é a gestão”. A reportagem mostra que a falta de juízes, de funcionários e de materiais, tudo é citada como causa da lentidão do Judiciário. No entanto, esses problemas só ocorrem porque os tribunais não administram bem os recursos que recebem¹⁷¹.

A matéria traz uma pesquisa da Associação dos Magistrados, que concluiu que a gestão é a principal causa da lentidão na Justiça brasileira. Só durante o ano de 2008, os tribunais receberam 70 milhões de ações novas¹⁷².

Na primeira instância, que é a porta de entrada para o Judiciário, no ano passado, 80% dos processos (indenizatórias) não foram julgados. Já na segunda instância, ficaram sem julgamento 42%. Os Estados com maior congestionamento são Paraná e São Paulo¹⁷³.

Nesse sentido, Mozart Valadares, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, afirmou que,

Na elaboração do orçamento e na aplicação dos recursos, não se elegem as prioridades, não se identificam as deficiências das unidades judiciárias e

¹⁷¹ PROBLEMA DE LENTIDÃO NA JUSTIÇA É A GESTÃO. Jornal Nacional. São Paulo, Rede Globo, 29 de outubro de 2009. PROGRAMA DE TV.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem.

aí há uma concentração de recursos em determinado segmento da magistratura quando a outra fica totalmente desamparada.¹⁷⁴.

A pesquisa mostra que um exemplo desse quadro é o que ocorre no Maranhão. A segunda instância, que é o Tribunal de Justiça do Estado, julga menos de 10% dos processos, mas fica com mais da metade da verba.

99% dos juízes não tem a ideia de quais são os recursos que eles têm a sua disposição. Porque isso envolve mentalidade, isso envolve uma outra formação dos juízes, portanto nós não podemos pensar em uma solução a curtíssimo prazo”, explicou a coordenadora da pesquisa, Maria Tereza Sadek¹⁷⁵.

O Conselho Nacional de Justiça se manifestou concordando com esse diagnóstico de que o Judiciário tem problema de gestão. Afirmou, também, que incentiva os tribunais a tomarem conhecimento de experiências bem-sucedidas e que contratou a Fundação Getúlio Vargas para dar consultoria aos tribunais¹⁷⁶.

A crise pragmática ou objetiva se refere a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, incorporando questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais forenses, à burocratização e à lentidão dos procedimentos e, ainda, ao acúmulo de demandas¹⁷⁷.

Para compreender a que se deve essa problemática, deve-se apontar que o rito é anterior ao surgimento do juiz. Nesse sentido, Garapon entende que,

antes de existirem leis, direitos, juízes e palácios da justiça, havia um ritual. O que é então um processo? É inicialmente, um ritual e, durante muito tempo – ou seja, enquanto o desenvolvimento do Estado foi insuficiente para lhe permitir formular corpos de normas processuais e regular a sua aplicação - , não passou disso mesmo. Um repertório de gestos, palavras, fórmulas e discursos, de tempos e locais consagrados, destinados a dar expressão ao conflito sem pôr em perigo a ordem e a sobrevivência do grupo. O processo primitivo não pressupõe de forma alguma a existência de

¹⁷⁴ PROBLEMA DE LENTIDÃO NA JUSTIÇA É A GESTÃO. Jornal Nacional. São Paulo, Rede Globo, 29 de outubro de 2009. PROGRAMA DE TV.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

um juiz, cujas função e autoridade seriam definidas anteriormente ao processo e igualmente respeitadas pelas artes... [...] ¹⁷⁸

Fazendo um comparativo entre a Justiça e a religião, pode-se dizer que aquela veio para ocupar o lugar desta no que diz respeito ao ritual. Os processos convertem-se em grandes cerimônias. À Justiça é atribuída a tutela das pessoas desorientadas, dos abandonados, pela falta de determinação moderna, em outras palavras, ela se encarrega daquilo que antes se chamava de a “salvação das pessoas” ¹⁷⁹.

A analogia entre as novas atribuições da Justiça e as que, em outros tempos, cabiam à religião é visivelmente clara. Ambas assumem a ligação “entre o passado e o presente, a referência e a ação, a sanção e o consolo, o direito e o dever”. As pessoas hoje encontram-se diante de um juiz para resolver seus problemas, quando antes consultavam os padres como conselheiros de consciência ¹⁸⁰.

Desse modo, entende-se que o juiz existe para corrigir injustiças. Por muito tempo, acreditou-se que, ao aplicar a lei, estaria o juiz a atingir a possível concreção da justiça, mas, muitas vezes, a injustiça se realiza no apego excessivo à forma, na cansaça que as partes enfrentam durante o processo judicial, equiparando-se à feição kafkaniana ¹⁸¹ se, no outro lado do polo da lide, se encontrar o Estado.

Esse excesso na forma evidencia-se, com mais fulgor, devido ao mundo globalizado em que se vive, onde as informações são obtidas instantaneamente. Ocorreu uma aceleração do ritmo dos cidadãos em alcançar decisões, e a pressa e a velocidade são sinais identificadores do novo milênio. Portanto estar-se preso a um processo pelo excesso de rito não condiz mais com a realidade em que se vive hoje.

Importante observar que não se pretende aqui defender a extinção do ritual judiciário, até porque se reconhece a importância do procedimento no decurso do

¹⁷⁸ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Trad. de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

¹⁷⁹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. de Modesto Carone. Porto Alegre: RBS Publicações, 2004.

processo. A observância das formas é garantia de um jogo civilizado na área judicial. O que se tenta explicar é que o formalismo excessivo é bastante prejudicial à eficiência da Justiça e que outros meios de acesso a ela existem e podem tornar-se uma saída para a sua lentidão do sistema judicial. O formalismo não é apenas causa de dilação dos litígios: é também origem de desprestígio do sistema judicial.

A exemplo disso, podem-se citar os juizados especiais, que se acreditava serem um procedimento livre de formalismo e que, aos poucos, foram-se contaminando com os vícios do Judiciário convencional: pautas longas, excesso de burocracia, etc. Esquecem-se a simplicidade, a oralidade e a busca do justo em lugar da esquematização habitual¹⁸².

Esse ritualismo também está ligado à formação tradicional dos juízes e dos operadores do Direito em geral, que cultivou os procedimentos a representação dos interesses em detrimento da efetividade, da participação e do justo concreto¹⁸³. Garapon traz o seguinte entendimento:

Isso faz pensar em certos julgamentos, às vezes longos de muitas páginas, que terminam por constatar uma prescrição ou por rejeitar a ação depois de todos os seus tramites. Os juristas são constantemente tentados a aplicar o direito pelo direito, sem ter conta da realidade. Como o obcecado, eles são fascinados pela forma. Eles se deixam invadir por ela, ser devorados por um perfeccionismo que os empurra a um aperfeiçoamento cada vez maior. À força de precisões, por exemplo, as fórmulas jurídicas inflam até se tornarem totalmente incompreensíveis¹⁸⁴.

Destas colocações, entende-se que o juiz, mesmo acanhado pelas evidências de uma sociedade posta, "se restringe ao papel de afligido dos aflitos¹⁸⁵".

Nalini aponta, também, como uma das causas da demora, por parte do Judiciário, em resolver as demandas propostas pelo cidadão, as quatro instâncias

¹⁸² NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Trad. de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997, p. 210.

¹⁸⁵ NALINI, op. cit.

que este terá que vencer (o primeiro grau, o tribunal local, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal)¹⁸⁶.

Esse autor explica que “[...] uma Constituição mais do que analítica, mas casuística e minuciosa, permite a qualquer bom operador do direito fazer chegar à Corte Suprema todas as demandas judiciais”. Isso é o que ocorre, pois, com todas as pessoas que precisam recorrer à Justiça para ver reconhecidos os seus direitos. A essa situação acrescenta, ainda, que o “subproduto nocivo de tal situação é o desprestígio das decisões iniciais nutrido por aqueles que sabem fazer chegar seus pleitos às instâncias superiores. Não é incomum ouvir-se o advogado afirmar que “a sentença de primeiro grau é irrelevante”¹⁸⁷.

Desse modo, pode-se dizer que a multiplicidade de recursos processuais existentes no mundo jurídico, juntamente com as quatro instâncias do Poder Judiciário, atuam mais para dilatar, de modo indefinido, os litígios do que para trazer segurança jurídica. Pode-se acrescentar a esses fatores o emperramento da máquina judiciária: “máquina imersa em burocracia e submetida a praxes longevas”¹⁸⁸.

A terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais, mas também a (re)formulação das mentalidades.

Vive-se em uma época em que não existem mais fronteiras, sejam geográficas, raciais, de classe, de nacionalidade, de religião e de ideologia, de modo que se presenciam mudanças que unem a espécie humana em um piscar de olhos.

Tudo acontece muito rápido, todos têm pressa, não existem mais os períodos de ócio, isso foi transformado em tempo de produção. Em virtude desse ritmo desenfreado de vida, o tempo ganhou novos contornos, uma nova temporalidade

¹⁸⁶ GARAPON, op. cit.

¹⁸⁷ NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 12.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 14.

social, na qual a família é rival do trabalho. Desse modo, “quanto mais depressa se vai, menos tempo se tem”¹⁸⁹.

Diante desse processo, o Judiciário se vê despreparado, não só com relação aos conflitos coletivos, mas também com referência às causas decorrentes das necessidades de uma sociedade contemporânea com avançados meios tecnológicos. Exige-se conhecimento profundo e específico sobre determinadas matérias, porém o sistema judiciário não está preparado para esse tipo de demanda, e isto já é sentido pela sociedade, principalmente, pelos advogados. Nesse sentido, Roberto Aguiar diz que:

Os advogados também enfrentam problemas com o Judiciário, quando trazem à sua apreciação contendas novas sobre fatos originados pelos novos tempos. Fatos da tecnologia, da medicina, da física, da complexidade negocial, fatos da sociedade desigual, dentre tantos, para os quais os juízes, por sua formação, não estão aptos a enfrentar. Há, muitas vezes, um tempo de mundos entre quem postula e os que vão decidir sobre a postulação. O mundo em transformação colide contra o Judiciário¹⁹⁰.

Mauro Cappelletti, por sua vez, afirma que,

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica¹⁹¹.

Portanto, o desenvolvimento da própria sociedade cria constantes e crescentes necessidades que nem sempre poderão ser completamente satisfeitas. A não realização ou negação, total ou parcial, dessas necessidades essenciais, principalmente quando geradas pelo moderno desenvolvimento da produção e da

¹⁸⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁹⁰ AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3. ed. São Paulo, SP: Alfa-Ômega, 1999, p.115.

¹⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13.

divisão social do trabalho, acabam gerando contradições, conflitos e lutas¹⁹². Dessa forma, em função da atual situação da instituição jurídica, não haverá o tratamento esperado.

Nesse contexto, deve-se lembrar que o magistrado decide casos de hoje com a ajuda de textos legais de ontem, observando que sua decisão poderá gerar um precedente para novos julgamentos e, para tudo isso, deve obedecer a ritos e a prazos. Além disso, ainda poderá vir a sofrer novos questionamentos sobre as promessas anteriormente formuladas. E, nesse cenário, o Direito não consegue mais acompanhar um mundo de urgência, de imposição de ações em tempo real, instantâneo, imediato, gerando o acúmulo dos processos.¹⁹³ Ou seja, o tempo do processo é diferente do tempo real, é como se fosse um mundo paralelo.

Por fim, temos a crise paradigmática, que diz respeito, em particular, aos métodos e aos conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de soluções pacíficas para os conflitantes, a partir da atuação prática do Direito aplicável ao caso *sub judice*. Nessa crise, depara-se com um questionamento acerca da adequação do modelo jurisdicional no atendimento das necessidades sociais do final do século, em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar¹⁹⁴.

Nota-se que o que vem ocorrendo como forma de solucionar os aspectos da crise do Judiciário são minirreformas na legislação, especialmente, no processo civil, que, por seu aspecto fragmentário, longe ficará de constituir uma solução para a morosidade da instituição judiciária. Para que se tenha um processo justo, é preciso reformar a Justiça como um todo.¹⁹⁵ Nesse contexto, Resta afirma que

¹⁹² Nesse sentido, é preciso, portanto “pensar em termos novos a última etapa do processo civilizador: a empreendida nos séculos XIX e XX por uma sociedade marcada pela obrigação geral do trabalho, uma estrita separação entre o foro privado e a vida pública, uma hierarquia dos valores que confere o primado ao êxito econômico.” CHARTIER, Roger. *Prefácio*. In: ELIAS, Norbert. *A sociedade de Corte*. Trad. de Pedro Süsskind. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 24.

¹⁹³ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente*. In: SPENGLER, Fabiana Marion, LUCAS, Douglas César (Org) *Conflito, jurisdição e direitos Humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Apresentação. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficiência decorrente da falta de recursos; pedem-se, assim, aumentos consistentes de recursos, pensando que assim os conflitos podem ser diminuídos. Não somente a interferência causal resulta gratuita, mas nos coloca em uma lógica *remedial* que contribui, por si só, não somente a não resolver, mas inclusive a inflacionar o saldo de procura e oferta. Sem referir-se ao caráter culturalmente induzido da demanda por parte da oferta, que é um discurso possível e corroborado pelos dados quantitativos, o problema de *policy* que emerge é aquele de um sistema que investe no remédio sem incidir nas causas; assim aumentam os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de que isto faça diminuir os conflitos¹⁹⁶.

As colocações acima abordadas foram no sentido de apontar aqueles pontos nos quais o Poder Judiciário está mais carente. A sua reforma deve ir ao encontro dos problemas aqui levantados. Não é demais destacar que não se deve tratar as consequências, mas procurar e sanar as causas das dificuldades que o sistema judiciário vem enfrentando ao longo dos anos. Feita essas colocações, torna-se importante a análise da Emenda Constitucional nº 45, a qual teve por objetivo a reformulação do Poder Judiciário.

2.3 A Emenda Constitucional 45: uma tentativa de reforma do Poder Judiciário

Na ânsia de dar uma resposta ao apelo social por uma justiça mais célere, o Judiciário brasileiro passou por uma reforma, trazida pela Emenda Constitucional nº 45, cujas expectativas eram de proporcionar uma efetividade qualitativa/quantitativamente junto ao Judiciário nacional¹⁹⁷.

Embora já esteja consolidada, em nosso ordenamento jurídico, a previsão legal do instituto em estudo, convém abordar alguns aspectos e ponderações feitos pelos estudiosos do assunto, sejam elas contra ou a favor de sua adoção. É importante deixar claro que não se pretende, neste tópico, esgotar o tema, ou fazer uma análise aprofundada de todas as alterações que a Emenda Constitucional nº 45 trouxe ao ordenamento jurídico, mas, sim, fazer uma análise de alguns dispositivos trazidos por ela, os quais contribuirão para o desenvolvimento do trabalho.

¹⁹⁶ RESTA, ELIGIO. *O direito fraterno*. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

¹⁹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Assim, o grande questionamento da época era se, emendada a Constituição, esta asseguraria uma prestação jurisdicional de melhor qualidade. Este questionamento surge pelo fato de que normas constitucionais pragmáticas, e até oníricas, por si só não bastam para produzir resultados satisfatórios. Para que essas normas alcancem seus objetivos, é necessário o esforço das pessoas e entidades encarregadas de alcançá-las. Exige-se delas a competência de adaptar as regras às imposições da realidade¹⁹⁸.

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, abrogou e derogou vários dispositivos da Constituição Federal de 1988. Ela remodelou algumas das instituições da carta política, revogando, no todo ou em parte, as normas regentes. Dentre essas alterações far-se-á uma análise geral no que diz respeito à razoável duração do processo, à criação do Conselho Nacional de Justiça, à Justiça itinerante, à descentralização dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, às vedações aos magistrados, aos recursos extraordinários e, por fim, à criação das súmulas vinculantes.

O primeiro tema é aquele referente à razoável duração do processo. De acordo com essa emenda, embora não se estabeleçam prazos por impossibilidade prática, a razoabilidade diz respeito à ideia de que não pode haver a perda do sentido ou do objeto do processo pela demora excessiva em seu processamento¹⁹⁹.

Muitas controvérsias podem ser estabelecidas, dado que o tempo do Direito, e suas necessidades de entendimento e maturação de ideias, como já analisado no estudo, não se coadunam com a percepção do mundo acelerado em que se vive²⁰⁰.

A proposta da razoabilidade durante o processo vai ao encontro de outras medidas estabelecidas como formas de agilizar o procedimento judicial. Entre elas podem-se citar a Justiça itinerante, a descentralização dos Tribunais Regionais

¹⁹⁸ BERMUDEZ, Sergio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁹⁹ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário: cidadania e reforma. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo [et al.]. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

²⁰⁰ BOMFIM, Benedito Calheiros. *A Crise do Direito e do Judiciário*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

Federais e Tribunais de Justiça, a criação de varas especializadas para as questões fundiárias e a autonomia das Defensorias²⁰¹.

No entanto, a inclusão do inciso LXXIIIV²⁰² no art. 5º da CF/88 como conteúdo “novo” não pode ficar relegada ao tratamento tradicional dado àquelas normas constitucionais que reconhecem direitos e, por isso, ficam com seu caráter eficaz dependente de ações legislativas posteriores, as quais não se apresentam ou se apresentam tardiamente²⁰³.

Dentre as novidades trazidas pela Emenda, está a criação do Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo é o controle externo do Poder Judiciário, ou seja, de conter, punir e até desfazer abusos dos magistrados.²⁰⁴ Deve-se observar que esse órgão faz parte do Poder Judiciário, mas não possui natureza jurisdicional: é um órgão de natureza administrativa, fiscalizatória. Isso quer dizer que não pode interferir em processos em andamento, rever decisões já proferidas em outras instâncias. Seu controle é administrativo e financeiro. Este novo órgão está submetido apenas ao controle do Supremo Tribunal Federal²⁰⁵.

Uma das atribuições de controle do CNJ é zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais²⁰⁶ dos juízes. Portanto, constatada uma infração disciplinar

²⁰¹ ABREU, Gabrielle C. M. *Duração Razoável do Processo como elemento constitutivo do acesso à justiça*. Campinas: Conceito Editorial, 2008.

²⁰² A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art 5º. LXXVIII).

²⁰³ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁰⁴ BERMUDEZ, Sergio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰⁵ LEITE, George Salomão. Instituição do Conselho Nacional de Justiça. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); MORAIS. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰⁶ Conforme a lei complementar número 35/79, art. 35 é atribuição do Conselho Nacional de Justiça zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, aos quais compete: a) cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; b) não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; c) determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; d) tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate providência que reclame e possibilite solução de urgência; e) residir na sede da Comarca, salvo autorização do Tribunal; f) comparecer-se pontualmente ao expediente ou à sessão, e não se ausentar injustificadamente antes do seu término; g) exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; h) manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. Afora esses deveres inerentes ao exercício da atividade jurisdicional, a Constituição Federal, em seu artigo 95,

praticada por membro ou órgão judicial, qualquer pessoa pode peticionar e acionar o CNJ para que seja averiguado o fato.

O dispositivo em análise traz, ainda, a inovação da criação de Ouvidorias de Justiça, que consistem em receber denúncias e queixas de qualquer pessoa contra membros ou órgãos do Judiciário. Trata-se de uma forma de democratizar o processo de controle através do cidadão brasileiro. Igualmente, o objetivo da criação das ouvidorias é criar um instrumento mais eficaz de controle de desempenho do Judiciário, a fim de melhor adaptar-se à qualidade democrática do sistema jurídico adotado pelo Brasil²⁰⁷.

Outra alteração propiciada pela EC 45 refere-se ao critério de proporcionalidade do número de juízes em relação à população e à demanda judicial, previsto, agora, no art. 93, XIII, do texto constitucional.²⁰⁸ No entanto, esse texto não traz o que seria em números a proporção adequada de magistrados. No item que trabalha a crise do Poder Judiciário, ele expõe os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no ano passado. E percebeu-se que não há nenhuma proporcionalidade nos números, nem na relação magistrado/processo, nem na magistrado/habitante. Walber de Moura Agra traz dados da Alemanha onde existe um juiz para cada 3.863 habitantes.²⁰⁹ Assim, não se precisa fazer as contas para se saber que o Brasil está longe dessa realidade.

Mais uma inovação da Emenda Constitucional nº 45 é a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição, art. 93, inc. XV²¹⁰. Esse preceito visa a propiciar a imediata definição do juiz natural para apreciação do litígio submetido à apreciação do Judiciário.

parágrafo único, estabelece algumas vedações aos magistrados, quais sejam: a) exercer ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; b) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos; e c) dedicar-se a atividade político-partidária.

²⁰⁷ BERMUDES, Sergio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰⁸ Art. 93 (...) XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

²⁰⁹ AGRA, Walber de Mora. Agilização da prestação jurisdicional. In: AGRA, Walber de Mora; LEITE, George Salomão Moraes. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹⁰ Art. 93 (...) XV - a distribuição dos processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Especialmente nos tribunais, era comum a prática de não distribuir imediatamente a ação ou o recurso. O pedido ficava submetido a uma espécie de "fila de espera", aguardando a definição do órgão jurisdicional que iria apreciá-lo, e isso, por vezes, demorava anos. Com a nova previsão no texto constitucional, todos os recursos que estiverem "represados" deverão ser imediatamente distribuídos.

Observa-se que essa alteração não traz efeitos relevantes. Na verdade, o que ocorreu foi apenas a troca do lugar de espera: antes da alteração da Emenda constitucional nº 45, os recursos, ficavam na sala do distribuidor; após a alteração, passaram a ser imediatamente distribuídos, ficando na Secretaria do órgão competente ou no Gabinete do magistrado competente. A medida, por si só, é ineficaz. Melhor seria dotar o Poder Judiciário de estrutura apta a realizar julgamentos com celeridade. Portanto, essa medida não é suficiente e barra naquela situação de que é preciso dotar o Poder Judiciário de estrutura moderna, de material, de servidores e juízes em quantidade apropriada para dar vazão à demanda. Caso contrário, continuará sendo letra morta, que dá uma falsa ideia de agilidade, quando, na verdade, apenas transfere o problema de um lugar para outro, sem, contudo, haver uma decisão rápida²¹¹.

A emenda também trouxe vedações para os juízes inseridas no parágrafo único do artigo 95²¹², as quais dizem respeito ao chamado estatuto constitucional da magistratura. Este estatuto tem, como principais finalidades, assegurar a liberdade funcional do magistrado e seu consequente dever de imparcialidade inerente ao exercício do cargo de juiz²¹³.

Consideradas de forma genérica, as vedações têm como objetivo impedir que o juiz se desvie dos caminhos do Direito em razão de causas que, potencialmente possam vir a afetar sua imparcialidade. A reforma do Poder Judiciário, em sede de vedações aos juízes, também aparece como uma alternativa de incremento e ajuste

²¹¹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma. In: LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús; TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro (Coord.) *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

²¹² Art. 95 (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: (...) IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílio ou contribuição de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

²¹³ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedações aos juízes. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Morais. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

do estado democrático de direito às conjunturas sóciopolíticas do país. Afinal, nos últimos tempos, a dinâmica judiciária vem apontando para o aparecimento de uma nova realidade no âmbito dos desvios comportamentais dos membros da magistratura²¹⁴.

A inserção desse artigo à Constituição teve por objetivo apenas regularizar o que por óbvio já era considerado como um desvio de conduta. Ou seja, trata-se de evitar a parcialidade efetiva do magistrado, que prejudica “uma das partes para favorecer outra – quer ele o haja feito por corrupção, vingança, simpatia ou motivado por qualquer outro interesse ou sentimento impróprio a sua condição funcional”.²¹⁵ As vedações se justificam através da necessidade de assegurar a lisura da atividade judicante, garantindo que sobre o juiz não recaia nenhuma suspeita social quanto à parcialidade dos julgamentos e à autonomia do desempenho da função²¹⁶.

Nesse mesmo sentido é que foi incluído o inciso IV ao art. 95, ou seja, criaram-se obstáculos para impedir que o magistrado viesse a receber contribuição indevida que, intencionalmente, lhe pudesse afetar a imparcialidade. Sob nenhuma hipótese, portanto, pode o magistrado receber auxílio²¹⁷ ou contribuição²¹⁸ de pessoa física, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

A Justiça itinerante pode ser entendida como a justiça disponibilizada por meio de unidades móveis, geralmente por meio de ônibus adaptados, para levar a atividade jurisdicional do Estado aos lugares mais longínquos e necessitados. É composta por um juiz, conciliadores e defensores públicos, que visam à solução dos

²¹⁴ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedação aos juízes. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Moraes. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 223.

²¹⁶ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedação aos juízes. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); MORAIS, LEITE, George Salomão. *Comentários à reforma do poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹⁷ O auxílio é compreendido como uma espécie de ajuda a ser dispensada ao membro do Poder Judiciário, uma prestação de qualquer natureza, cuja finalidade é ajudar o juiz em situações de apuro financeiro, e que pode vir a comprometer a sua imparcialidade. Para que o auxílio venha a se configurar, é fundamental que o magistrado esteja dele necessitado. ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedação aos juízes. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Moraes. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹⁸ A contribuição, por sua vez, relaciona-se com a entrega de prestação, pecuniária ou não, cuja finalidade é influenciar o juiz que dela não precisa, independentemente da situação material na qual se encontre o magistrado. ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedação aos juízes. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Moraes. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

conflitos por meio da conciliação. Não sendo possível a transação ou a decisão, desde logo, pelo magistrado, as partes são encaminhadas ao juízo comum.

A Justiça itinerante nada mais é que um “pequeno fórum ambulante”, que percorre as cidades, levando o Poder Judiciário às pessoas mais carentes.

Sabe-se, antes mesmo da entrada em vigor das alterações da emenda constitucional, que a Justiça itinerante já era realizada em algumas cidades. Esta pode praticar todos os atos privativos da prestação jurisdicional, de uma simples audiência de conciliação do Juizado Especial Federal civil até a instalação do tribunal do júri²¹⁹.

A Justiça itinerante e a descentralização dos Tribunais Regionais Federais são duas das poucas medidas práticas adotadas que poderão dar alcance à justiça ao cidadão. No entanto, como dito no início do texto deste subtítulo, dependerá do esforço das pessoas e entidades encarregadas de alcançá-las.

A respeito do recurso extraordinário²²⁰, as inovações trazidas pela emenda constitucional que interessam ao trabalho dizem respeito ao fato de que o Congresso Nacional ter ampliado o campo de atuação do STF no tocante ao julgamento dos recursos extraordinários, situação que refletirá sobremaneira no quantitativo de processos, ainda que se considere outra inovação da EC 45/2004: o critério da “repercussão geral” das questões constitucionais discutidas no caso”, sendo ônus do recorrente demonstrar essa repercussão que corresponde à antiga *arguição de relevância* da questão federal, ou seja, o recorrente deverá demonstrar que as questões constitucionais levantadas no recurso não se limitam à sua órbita privada²²¹.

É bastante criticável essa maior expansão da competência do Supremo Tribunal Federal porque ele deixa de exercer a jurisdição constitucional para se

²¹⁹ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário: cidadania e reforma. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo [et al.]. (Orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

²²⁰ Art. 102 (...) d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

²²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

dedicar a tarefas que antes eram exercidas pelo Supremo Tribunal de Justiça. Com essa mudança, deslocou-se para sua esfera de atribuição encargo que diz respeito à sistematização das normas infraconstitucionais, mesmo que sobre a matéria pare discussão de matriz constitucional sobre invasão de competência.²²² Walber de Moura completa que

O Supremo Tribunal Federal, que já estava abarrotado de processo, terá agravado esse problema e continuará a não desempenhar a contento sua função de guardião da Constituição, haja vista que, concorrentemente, junto com o Supremo Tribunal de Justiça, desempenha o papel de velar pela unidade sistêmica das normas infraconstitucionais²²³.

Assim, em 2006, entrou em vigor, no nosso ordenamento jurídico, a Lei nº 11.418/2006, que regulamentou o artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, o qual inseriu um novo requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário, ou seja, a existência de repercussão geral da questão nele ventilada, inserindo os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil²²⁴.

²²² AGRA, Walber de Mora. Modificação na incidência do recurso extraordinário. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Moraes. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²²³ AGRA, Walber de Mora. Modificação na incidência do recurso extraordinário. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Moraes. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117.

²²⁴ Art. 102 (...) CF, § 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 543-A - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos este artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

O novo regramento do recurso extraordinário fez com que sua admissibilidade ficasse condicionada a um requisito antes inexistente: a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto.

Desse modo, a repercussão geral representa um novo óbice ao recurso extraordinário, qual seja, a necessidade de o recorrente demonstrar a transcendência das questões constitucionais suscitadas, o que implica a ampliação do sistema de filtros de interposição do recurso extremo, mas que não se confunde com os tradicionais pressupostos recursais, os quais se prestam a instrumentalizar o juízo de admissibilidade de qualquer recurso.

Para Miguel Reale Júnior, a condição da repercussão geral da questão constitucional é compatível com a competência de uma Suprema Corte no campo constitucional, preocupando-se com as questões de relevo amplo, para definir, no interesse de todos, o sentido das normas constitucionais e o seu alcance²²⁵.

A introdução da vinculação sumular²²⁶ no ordenamento jurídico representa uma profunda alteração no núcleo central que sustenta o sistema jurídico brasileiro.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

²²⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. In: *Reforma do Judiciário. Revista do Advogado* – AASP, Nº 75, ano XXIV, abril de 2004.

²²⁶ Art. 103 – A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão e cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Ela representa uma tentativa de gerar segurança jurídica e diminuir o número de processos que tramitam junto ao Judiciário. O fato é que essa tentativa possui apenas um efeito quantitativo e não qualitativo, com decisões já prontas, sem a análise do caso concreto.

Anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, já existiam tentativas, por parte do legislador, de pôr em prática algo semelhante à súmula vinculante²²⁷.

Nesse sentido, podemos citar a Lei 8.038/90, que, através do seu art. 38, concedia ao relator de recursos submetidos ao STF e STJ o poder de decidir, sem a oitiva dos demais ministros, questões predominantemente de direito que contrariassem súmulas do respectivo Tribunal. Com o passar do tempo, essa possibilidade chegou à segunda instância através da Lei 9.756/98, que permitia não só o julgamento singular e imediato de questões já sumuladas pelo STF ou STJ, mas abria previsão de mesmo procedimento se houvesse súmula a respeito no Tribunal, vinculando apenas o Tribunal que a emitiu. Embora não houvesse

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso, (CF/88).

²²⁷ “A palavra súmula tem origem latina (*summula*), significa resumo e possui um sentido de sumário ou de índice de alguma coisa. Na verdade, é um modo abreviadíssimo de explicar o teor ou o conteúdo integral de alguma coisa. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem a idêntica interpretação de preceito jurídico em tese e sem caráter obrigatório” (SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1336). Assim consideradas, as súmulas possuem apenas caráter orientativo. No entanto, as súmulas tratadas na EC/45 passam a ter cunho obrigatório, por isso vinculantes, aplicando-se a ações repetidas, que possuam as mesmas características.

Segundo Evandro Lins e Silva, “súmula foi a expressão de que se valeu Vitor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudadamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do Tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais frequentes” (LINS E SILVA, Evandro. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 5, maio, 1997, p. 5).

²²⁷ É certo que a sucessão de leis e a EC/45 jamais objetivaram uma efetividade qualitativa, mas apenas uma efetividade quantitativa. Com ela, busca-se a construção de conceitos com a tarefa de “unificar” a interpretação do Direito a partir de uma espécie de “antecipação de diversas hipóteses de aplicação”. Em síntese, um texto que contém a(s) própria(s) norma(s), (STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas*. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. LXXXII. n. 82. Coimbra: 2006).

obrigatoriedade da utilização das súmulas, seu caráter vinculante ganhava força, na medida em que era difundida sua função de possibilitar a economia processual. Somente em 1999, com a Lei 9.868, foi previsto o caráter vinculante para as decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade das leis²²⁸.

Tendo em vista a análise da teoria de Weber já realizada no presente estudo, pode-se verificar a influência desse sociólogo no tocante aos argumentos utilizados para a instituição e defesa das súmulas vinculantes, principalmente, no que tange à dominação legal e à estrutura burocrática. Afora a suposta eficiência quantitativa da súmula vinculante, esta também tem objetivo de diminuir a subjetividade das decisões judiciais, causando um engessamento das decisões e, assim, livrando-se de todo e qualquer sentimento de que “é muito pouco apropriado para dar apoio a normas que se mantêm estáveis. Pelo contrário, é uma das diversas fontes de aplicação irracional do direito”²²⁹, de “um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável”^{230, 231}.

Dessa forma, as súmulas podem ser ponderadas como formas racionais de exercício de dominação, pois nelas “se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade – isto é, calculabilidade – intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas”^{232, 233}.

²²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et.al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²²⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Régis Barbosa e Karen Elsbæe Barbosa. Brasília: UnB, 2000, v. 2, p. 72.

²³⁰ Ibidem, p. 131.

²³¹ SPENGLER; Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma cultura no tratamento de conflitos*. Porto Alegre: Unisinos, 2007. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2007.

²³² WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Régis Barbosa e Karen Elsbæe Barbosa. Brasília: UnB, 2000, v. 2, p.176.

²³³ SPENGLER; Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma cultura no tratamento de conflitos*. Porto Alegre: Unisinos, 2007. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2007.

O efeito vinculante das súmulas tem fundamento na figura do *precedent* e no instituto do *stare decisis*, oriundos da *common law*.²³⁴ Deve-se lembrar que, contemporaneamente, os ordenamentos jurídicos têm demonstrado certo hibridismo.

Nesse sentido, pode-se dizer que a utilização de súmulas vinculantes é incompatível com a tradição jurídica brasileira, originária da *civil law*, estando mais próxima ao sistema da *common law*, no qual as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas são emanadas para solver casos concretos. Sempre que um precedente for utilizado, o juiz motivará sua decisão, demonstrando a pertinência do precedente ao caso, ao passo que, na vinculação sumular, aprovada pela supramencionada emenda constitucional, busca-se a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade de fundamentação²³⁵.

Em posicionamento contrário a quem diga que o distanciamento entre esses dois modelos é tênue,

[...] o distanciamento entre os dois modelos teóricos, na prática, tem diminuído. É nesse contexto que se deve compreender a introdução, no sistema de Direito legislado brasileiro, da súmula vinculante, para muitos, instituto próximo de *stare decisis*, por surgir de casos concretos, embora por meio de um processo de objetivação dos mesmos. Assim, a súmula vinculante parece, à primeira vista, criar uma ponte sólida entre controle concreto-difuso e controle abstrato-concentrado, de maneira similar ao 'processo de generalização' existente no Direito português vigente²³⁶.

Favorável à súmula vinculante, Calmon de Passos traz o seguinte raciocínio:

²³⁴ No sistema do *common law*, como sabido de todos, o direito legislado não é o predominante. O processo costumeiro de produção jurídica leva a institucionalizar e legitimar os tribunais com maior dependência e controle social, deferindo-lhes a tarefa de positivação do direito, editando normas de caráter geral (precedentes) que viabilizem a previsibilidade e segurança indispensáveis à convivência social. Daí que o precedente tenha força obrigatória, à semelhança da norma legislada, pelo que nele se tornam relevantes os aspectos fáticos que lhe serviram de suposto. Diversamente ocorre no sistema do *civil law* em que a produção do direito pelo processo legislativo implica a determinação prévia da hipótese de fato colocada como suposto da consequência jurídica, mesmo quando alguns elementos do tipo sejam deixados para subseqüente preenchimento hermenêutico pelos magistrados. PASSOS, J. J. Calmon de. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* nº 9. Bahia: Instituto Brasileiro de Direito Público – ibdp, 2007. p. 11. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/svincpp.pdf>>.

²³⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²³⁶ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11 julho/agosto/setembro, 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 06 maio 2009.

[...] quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que ela se revista súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, - obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa²³⁷.

Para esclarecer seu posicionamento sobre as súmulas vinculantes, Calmom traz o exemplo de que, se o Tribunal Superior, em decisão plenária, não necessariamente unânime, sustentou o entendimento de que as ações meramente declaratórias são imprescritíveis, apenas suscetíveis de prescrição às pretensões condenatórias que delas derivem, esse entendimento vincula todos os julgadores, em todos os níveis, e já não pode ser contraditado, prescrevendo-se alteração legislativa para afastá-lo, ou revogação do entendimento por subsequente e fundamentada decisão plenária do tribunal que fixou o entendimento²³⁸.

Portanto, para esse autor, não é possível afirmar que o acúmulo de processos e a lentidão da máquina judiciária brasileira se deve à falta, até hoje, de mecanismos vinculatórios da jurisprudência. O problema é que, preparada para resolver conflitos interindividuais, a dogmática jurídica não consegue resolver os conflitos próprios de uma sociedade carente da realização de seus direitos sociais fundamentais, que tem a sua disposição uma Constituição cheia de direitos e garantias, característicos de um Estado Democrático de Direito²³⁹.

Em contraposição ao autor supracitado, outros doutrinadores, como Lênio Luiz Streck, têm posicionamento contrário às súmulas vinculantes, pois, no seu entendimento, estas impõem, com certa força e impositividade que lhes são

²³⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 9. Bahia: Instituto Brasileiro de Direito Público - ibdp, 2007, p. 10 – 11. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/svincpp.pdf>>.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

próprias, o caráter de obrigatoriedade sobre as decisões dos juízos inferiores. Entende-se que o instituto fere o princípio do juiz natural e sua independência judicial, causando um engessamento na jurisprudência²⁴⁰.

Dessa feita, estar-se-ia tolhendo a “criatividade” do juiz e o direito se tornaria estático, tendo em vista o fato de não se admitir sequer a divergência fundamentada. As súmulas vinculantes levam à padronização, formatando e modelando o Direito em modelos de decisões preestabelecidas por um grupo único de juízes.

É justamente nesse contexto que se insere o “paradigma metafísico-objetificante”, no interior do qual os verbetes, as súmulas e os denominados “entendimentos jurisprudenciais dominantes” nada mais são do que tentativas metafísicas de universalização/generalização conceitual, como se fosse possível alcançar essências, desconsiderando, assim, o parecer da singularidade dos casos. A aplicação efetivada pelos juristas se resume a um mero ato de subsunção, produzindo uma simetria perfeita entre o dito universal e o fato singular a ser subsumido²⁴¹.

Como é sabido, a reforma do Poder Judiciário não terminou com a edição da Emenda Constitucional nº 45, ao contrário mal teve início.²⁴² Com relação às súmulas vinculantes, em 2006, foi editada a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 a qual, veio para regulamentá-las. Essa lei ampliou o rol de legitimados a propor, revisar ou cancelar a súmula vinculante, ao instituir que, além dos legitimados indicados no art. 103 da Constituição Federal, também estão habilitados: o defensor público-geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

²⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

²⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005, v. 1.

²⁴² NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008.

Outra inserção feita pela Lei nº 11.417/2006 é a possibilidade de participação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Além disso, de forma incidental, no curso de processo em que seja parte, também o município fica legitimado a propor a súmula vinculante, mas tal fato não pode acarretar a suspensão desse processo²⁴³.

Desse modo, pode-se afirmar que a reforma do Judiciário, através da Emenda nº 45, não foi uma oportunidade perdida. Ela teve o mérito de mostrar que o constituinte pretende uma Justiça melhor.

Entretanto, apesar das boas intenções do legislador, constata-se, cada vez mais presente, a necessidade de modificações profundas e radicais no sistema judiciário brasileiro. Se a Justiça não se ajustar aos tempos modernos, num exercício espinhoso para quem administra uma só dimensão do tempo: o passado²⁴⁴, poder-se-á assistir ao declínio total dessa Instituição. Exigir-se-ão reformas que ultrapassem o alcance das emendas, das alterações legislativas, o que demandará a participação de todos, em especial, dos juízes que desempenham um papel importante nesse processo.

Nesse sentido, constata-se que até o momento, a “reforma” do Judiciário preocupou-se apenas com o caráter quantitativo, ou seja, a diminuição do número dos processos através de um procedimento mais célere, deixando de lado o caráter qualitativo das decisões judiciais. Conforme um ditado popular, “a pressa é inimiga da perfeição”, e assim também é na realização do direito. Não se pode esquecer que o binômio quantidade/qualidade deve andar junto para uma verdadeira e almejada realização da justiça. É por essa razão que não basta “garantir o acesso aos tribunais, mas, principalmente, possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um *acto de jurisdictio*”²⁴⁵.

²⁴³ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da sumula vinculante: estudos e comentários à Lei 11417*, de 19.12. 2006. São Paulo: Método, 2009.

²⁴⁴ O Legislativo foi concebido para agir contemplando o futuro – elaborar a normatividade aplicável a partir de sua edição e para o porvir – e o Executivo, para administrar o presente. O Judiciário é a função do passado. NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 25.

²⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed Coimbra, 2000, p. 423.

Nesse sentido, entende-se que, quando o aparelho estatal não consegue fazer frente em tempo oportuno e de maneira eficiente, eficaz e efetiva, às demandas por justiça, mesmo que se tenham resultados significativos em termos quantitativos, não se evitará a busca por outros meios que não o jurisdicional, para a busca de uma resposta consensuada para as demandas sociais.

Enquanto a “solução” contenciosa frequentemente não resolve, de forma satisfatória, o conflito entre os litigantes, o tratamento alternativo de conflitos ou conciliatório pode tratar e preservar relacionamentos que, naturalmente, devam ser duradouros.

A justiça consensual em suas várias formulações – na esteira da ADR (Alternative Dispute Resolution) do direito anglo-americano, apareceu como resposta ao mau funcionamento do modelo judiciário. A essa experiência bem-sucedida, o Estado brasileiro volta seus olhos como forma de atender às demandas com qualidade, celeridade e ausência ou diminuição de custos²⁴⁶.

Abordam-se, a seguir, os métodos alternativos de tratamento dos conflitos, os quais podem vir a corroborar na “solução” da crise do Judiciário, principalmente, no que diz respeito a uma Justiça qualificada. Analisar-se-á, também, a teoria dos jogos, a qual poderá ser usada para tornar mais efetivos os meios alternativos à jurisdição, bem como possibilitará ser usada no processo judicial.

²⁴⁶ TORRES, Jasson Ayres. *O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

3 TEORIA DOS JOGOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS

Para que se possa entender a importância da teoria dos jogos no tratamento dos conflitos através dos meios alternativos à jurisdição (negociação, mediação, conciliação e arbitragem),²⁴⁷ faz-se necessário o estudo de cada um deles, bem como sua aplicação prática.

Dessa forma, este capítulo, num primeiro momento, traz um panorama dos mecanismos alternativos de abordagem dos conflitos.

Assim, nesses moldes, estudar-se-á o método da negociação, que é a forma mais elementar de tratamento de conflitos. Logo após, analisar-se-ão a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Em um segundo momento, dar-se-á especial atenção à teoria dos jogos e a sua origem, por conseguinte, estudar-se-á a contribuição dessa teoria para a fundamentação dos meios alternativos ao processo judicial contencioso no tratamento dos conflitos.

Por fim, analisar-se-ão as políticas públicas de acesso à justiça, no que tange ao seu significado e às ações que estão sendo colocadas em prática, com o intuito de sanar o anseio social por uma Justiça de qualidade.

3.1 Alternativas à crise do judiciário: a busca por uma justiça quantitativa/qualitativa melhor

Na procura pelo efetivo acesso à justiça, muitos buscam corrigir o processo judicial, visando à fidelidade aos fundamentos democráticos. Nesse sentido

²⁴⁷ Podem ainda ser designados como: meios alternativos, ou extrajudiciais, de “resolução de disputas” (ADRs). São também conhecidos como Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (MASCs) ou Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESCs) (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008).

Cappelletti mostra que

O direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos²⁴⁸.

Nesse sentido, conforme já constatado, o Judiciário enfrenta grandes dificuldades no tratamento satisfatório dos conflitos, e uma alternativa para essa crise seria provocar os tribunais só depois que outros métodos de tratamento fossem antes acionados. Deve-se deixar claro que não se está aqui falando em direitos indisponíveis: estes continuariam sob a ótica jurisdicional.

Esse pensamento infere-se do fato de que se vive numa sociedade de cultura essencialmente litigiosa. É da tradição do sistema jurídico brasileiro a distribuição de justiça com base na litigiosidade, o que acaba por afastar o caminho natural da negociação entre as partes e conduz ao Estado, por meio de seu poder impositivo, o destino dos problemas privados.

Dessa forma, através dos métodos alternativos à jurisdição, busca-se uma fórmula²⁴⁹ renovadora no atual contexto social, e, mesmo que se tenha êxito nessa busca, ainda assim restará uma parcela considerável de litígios a serem resolvidos exclusivamente pelo Judiciário.

Entre os métodos alternativos de tratamento dos conflitos, estão a mediação, a arbitragem, a negociação e a conciliação. Essas medidas se referem,

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-13.

²⁴⁹ Segundo William Ury, Jeanne Brett e Stephen Goldberg, há seis princípios básicos para se desenhar um sistema efetivo de resolução de disputas: (a) focar os interesses, fazendo uso de negociações que se baseiem nesses interesses (como a mediação); (b) proporcionar mecanismos que consigam prender a atenção das partes na negociação; (c) disponibilizar mecanismos de baixo custo que sirvam de opção se esses procedimentos falharem; (d) trabalhar a prevenção, visando a evitar que as mesmas disputas ocorram no futuro; (e) garantir custos baixos em todo o processo; (f) garantir a motivação e os recursos necessários para fazer tudo isso funcionar (URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *dispute resolution and lawyers*, p. 48, apud TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008).

basicamente, à modernização da legislação processual, com o fim permanente de reduzir o sofrimento do jurisdicionado que aguarda, morosamente, o desenlace para o seu problema, ou seja, uma Justiça que atenda ao binômio qualidade/quantidade²⁵⁰.

Deve-se conceber, portanto, que garantir o acesso à justiça deve significar o encaminhamento dos conflitantes às diferenciadas formas eficientes de comporem o conflito, e, como se verá, a teoria dos jogos veio como instrumento confirmatório para a aplicação desses meios.

Dentre as formas de compor o conflito, pode-se citar a mais comum e antiga delas: a negociação.

É possível afirmar ser da essência do ser humano negociar. Os seres humanos negociam porque desejam uma vida feliz, porque anseiam por mudanças que os retirem da inércia, criando situações de ganho e de prazer. Negocia-se porque se quer ter ao redor coisas convenientes, as pessoas amadas, para, juntos, jogar-se o jogo da vida, aumentando a potencialidade de sobrevivência e de maximização do prazer. A todo instante se está em contato com outros seres humanos, sugerindo trocas, propondo e exigindo concessões, no sentido de maximizar o prazer e de minimizar a dor. Essa é a essência da negociação²⁵¹.

Nasce-se e já se começa a negociar. Negocia-se com a mãe a oportunidade de ter o seio materno através do choro, faz-se a concessão de ficar quieto se ela conceder seu carinho naquele momento, ou se conceder a alimentação, e assim por diante²⁵².

²⁵⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁵¹ MARTINS, Gersem. *Negociação*. MBA Gestão Empresarial VI. FGV, 2008.

²⁵² *Ibidem*.

Negocia-se a todo instante durante a vida²⁵³. Assim, se fosse possível ter todas as comodidades do universo ao dispor, num simples estalar de dedos, o ser humano não precisaria negociar. Porém, a Força Maior que arquitetou este universo deixou claro que não se pode ter tudo o que se quer a todo instante e sempre. A escassez de comodidades faz com que essas tenham valores, a si agregados, diferentes para cada ser humano, valores que geram, subjetivamente, diferentes graus de satisfação, que, por sua vez refletem o prazer pela vida para cada indivíduo²⁵⁴.

Dessa forma, conforme Rozane da Rosa Cachapuz, o método da negociação é um processo voluntário que acontece quando as partes buscam satisfazer suas necessidades, podendo ocorrer somente entre elas, ou utilizar-se de um terceiro, baseado em estilos e estratégias próprias. Na maioria das vezes, é informal e não estruturado²⁵⁵.

A autora acrescenta ainda que, na negociação, não é obrigatória a presença do litígio, pode incidir apenas uma situação imprevista ou algum esclarecimento sobre algo, sem que os envolvidos entrem em conflito. Trata-se de um procedimento voluntário que não exige a participação de um terceiro, simplesmente as partes ou seus representantes firmam um acordo que é aceito por eles²⁵⁶.

Assim, negociação, na visão de David Kuchle é

[...] ciência y arte de procurar un acuerdo entre dos o más partes interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados; buscando una salida mejor a través de una decidida acción conjunta em lugar de recurrir a algún outro método²⁵⁷.

²⁵³ “A negociação é um procedimento muito comum na vida do ser humano. As pessoas estão sempre negociando a qualquer tempo e lugar. Uma criança negocia com outra um brinquedo ou um postal; um professor ajusta com o coordenador a sala de aula que irá ocupar; o cantor negocia o tipo de show que apresentará, enfim, antes da negociação ser um fato jurídico, ela é um acontecimento natural” (SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 36).

²⁵⁴ MARTINS, Gersem. *Negociação*. MBA Gestão Empresarial VI. FGV, 2008.

²⁵⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ KUECHLE, David apud CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna AD- HOC*: Buenos Aires:1997, p. 148.

Portanto, o bom negociador é aquele que tem interesse em aprender constantemente com a contraparte na negociação, evitando sempre preconceituar e fazer inferências sem bases sólidas.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a negociação também pode ser considerada uma espécie do gênero da mediação²⁵⁸, pois ocorre no final da mediação para concretizar o acordo, no momento em que o mediador já consegue perceber que as partes estão preparadas para seu encerramento²⁵⁹.

Muitas vezes, quando as partes não conseguem entrar num acordo por si só, através de negociação, elas podem optar por outro método que tenha a intervenção de um terceiro, como, por exemplo, a mediação²⁶⁰. Esta pode ser definida como “[...] a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo [...]”. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode, também, estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que diminua os custos e os danos psicológicos²⁶¹.

Jaqueline Moreau afirma que a mediação é um procedimento essencialmente democrático e

una delle sue caratteristiche fondamentali è quella di proporre all'individuo un nuovo posto e un nuovo ruolo nella società. Al cittadino non è più richiesto un rapporto di cieca dipendenza ma proposto un rapporto di responsabilità e di (liberta da intendersi non come possibile realizzazione di ogni nostro desiderio, ma come scelta di crescita e non di schiavitù). Assumere La responsabilità dei propri atti, assumerne Il divenire, significa

²⁵⁸ “Os padres foram os primeiros a tornarem-se intermediários e adquiriram um imenso prestígio, negociando entre a fragilidade humana e a força divina” (ZELDIN, Theodore. *Os franceses*. Trad. de F. Rangel. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 159).

²⁵⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁶⁰ Diferentemente de outros países do mundo, como os EUA, que possuem, em seu ordenamento jurídico, a mediação (“Cerca de 80% dos acordos obtidos sob o processo de mediação, nos Estados Unidos, são mantidos. Os casos se resolvem rapidamente e não há retorno das partes” (OLIVEIRA, Ângela. *Brasil engatinha rumo à mediação*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 20 ago. 2009). No Brasil, apenas existe legislação específica na área trabalhista. Nas outras áreas do Direito, não existe legislação que regulamente a Mediação. O que existe é um Projeto de Lei nº 4.827 de 1998, que aguarda a deliberação da Câmara dos Deputados.

²⁶¹ MOORE, W. Christopher. *O processo de mediação*. Trad. de por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed: 1998, p. 28.

ritrovare Il filo di Arianna Che guida La nostra vita e che abbiamo già in mano²⁶².

Nesse ínterim, é importante também salientar que o mediador não tem o poder de decisão, tratando-se de um “terceiro que intermedia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age frequentemente é elemento determinante do êxito ou não do processo²⁶³”. Assim, o mediador se utiliza da “autoridade a ele conferida pelas partes”, para “restabelecer a comunicação entre estas²⁶⁴”. Possui, como função principal, a de facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações: seu papel é o de um “facilitador, educador e comunicador²⁶⁵”. Trata-se de um interventor que não impõe resultados.

Quando se fala da imparcialidade do mediador estão-se discutindo não só o exercício do poder da mediação, como também a natureza, objetivos e limites do poder do mediador em uma negociação mediada²⁶⁶.

Portanto, como o mediador não decide, não se pode colocar em questão a neutralidade de sua atividade²⁶⁷.

Da autoridade que é conferida ao mediador, necessário salientar que ele se arroga de poderes, reequilibrando as desigualdades e reforçando as posições mais frágeis. Ele tenta conter as pretensões do mais forte, justamente pelo fato de o conflito ser consequência de um desequilíbrio, de uma desigualdade entre as partes. O mediador está no meio do conflito, envolvendo-se diretamente nele, para que se chegue a uma solução justa, adequada, que satisfaça as partes²⁶⁸.

²⁶² MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione. Traduzione di Federica Sossi*. Milano: Franco. Angel, 2000, p. 111-112.

²⁶³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Trad. de Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (Org). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Almed, 1998.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ MORAIS; SPENGLER, op. cit.

Assim, o mediador diferencia-se do juiz por não trabalhar com a ideia de imparcialidade e neutralidade²⁶⁹. Enquanto as partes só litigam e veem seu próprio ponto de vista, o mediador pode ver diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daí, atuando com o objetivo de as partes retomarem o diálogo. O Judiciário, no entanto, quando acionado, em muitas circunstâncias, acaba por distanciar ainda mais as pessoas envolvidas, pelo seu perfil de litigância. É dessa forma que o mediador torna-se meio para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar entre os conflitantes, nem acima, nem abaixo deles, mas no meio²⁷⁰.

Entretanto, por mais que o mediador e o juiz tenham atuação diferente, que apresentem procedimentos diversos e autônomos, não se pode ignorar que processo judicial e mediação se combinam em uma relação difícil, de formalidade e informalidade. Não se pode apresentar a mediação como simples alternativa à crise do Judiciário, ou na extinção do processo jurisdicional pelo procedimento da mediação. O que se pretende é apresentá-la como espaço de exercício de interdisciplinaridade e da interpenetração de diferentes modalidades de regulação social.

Tanto a mediação quanto a conciliação podem ser usadas nas mais diversas situações, sejam trabalhistas, familiares, questões de vizinhança, situações comerciais, dentre tantas, através da persuasão, buscando concessões que evitem a instauração de um processo, ou, na decorrência desse, um tratamento para a questão controvertida²⁷¹.

Dessa forma, ponto importante que deve ser analisado é a definição de conciliação para que esta não seja confundida com a mediação. Segundo Leandro Rigueira Rennó Lima, a conciliação é o método alternativo de tratamento de conflitos em que o terceiro, imparcial, pode propor soluções para o conflito, auxiliando as

²⁶⁹ Sobre a discussão quanto à imparcialidade e à neutralidade do mediador, é importante a leitura de RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

²⁷⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁷¹ TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

partes envolvidas na busca de um acordo²⁷². Pode ser judicial ou extrajudicial. De natureza processual, equivale à transação no Direito material; no procedimento judicial, ela é obrigatória. A conciliação extrajudicial pode ser realizada a qualquer tempo, dependendo apenas da vontade dos conflitantes²⁷³.

A respeito da conciliação judicial, realizada pelo juiz, Carlos Alberto Carmona traz o seguinte entendimento:

Tal obrigação do juiz, já estando caracterizada a aberta litigiosidade das partes e com os ânimos acirrados entre os contendores, toma penosa e pouco produtiva a tentativa de harmonização: em primeiro, as partes já terão desenvolvido atividade probatória no processo, e não estarão dispostas a relegá-la ao esquecimento, até porque o custo envolvido poderá ser considerável; os advogados, diante do material probatório já acostado aos autos, nem sempre serão simpáticos à solução de meio, conciliativa, que tomará inútil o trabalho até então desenvolvido; o magistrado, que no mais das vezes já terá condições de intuir a razão do autor ou do réu, precisará manter a todo custo sua posição de imparcialidade, o que limitará drasticamente sua atividade de conciliador. Este quadro pouco animador vem dissuadindo muitos juizes de insistir na experiência conciliativa, preferindo limitar-se apenas à pergunta (formal) sobre a eventual possibilidade de acordo entre partes para passar em seguida à instrução processual²⁷⁴.

Assim, diferença mais marcante entre a mediação é a conciliação, é a interferência que o terceiro pode ter durante o procedimento. Enquanto o mediador não sugere soluções para o conflito, o conciliador pode propô-las a qualquer tempo, para que as partes firmem um acordo vantajoso para ambas.

Por fim, a proposta da arbitragem pode ser entendida em linhas gerais como

[...] um processo voluntário em que as pessoas em conflito solicitam a ajuda de uma terceira parte imparcial e neutra para tomar uma decisão por elas com relação a questões conflituosas. O resultado pode ser consultivo ou compulsório. A arbitragem pode ser conduzida por uma pessoa ou por um conselho de terceiras partes. O fator crítico é que elas sejam externas ao relacionamento em conflito.

A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos, e frequentemente o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a sua natureza privada e

²⁷² RENNÓ LIMA, Leandro Rigueira. *Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²⁷³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁷⁴ CARMONA. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. In: *Revista de Processo*. n. 56, out.-dez. de 1989, p. 93.

também porque ela é mais informal, menos dispendiosa e mais rápida que um procedimento judicial²⁷⁵.

A arbitragem tem amparo legal na Lei 9.307/96. O arbitramento se restringe a direito disponível, ou seja, aquele relativo a bens que têm valor econômico, e o terceiro (árbitro²⁷⁶) tem poderes de funcionário público, sendo que sua sentença gera título executivo judicial e tem força de coisa julgada, limitando-se, entretanto, a dizer o direito, pois a execução permanece no poder do Estado²⁷⁷.

Portanto a arbitragem é um instituto com duas naturezas jurídicas: a contratual e a jurisdicional. Pelo contrato, as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, mas sujeitas a princípios²⁷⁸ de ordem pública. Tem-se, então, a cláusula contratual denominada “compromissória”, a qual é firmada antes da ocorrência do conflito, ou o “compromisso arbitral”, que é firmado após essa ocorrência. Resumindo, as partes entram em um acordo formal quanto ao método de eleição para tratamento do conflito, no caso, a arbitragem, ficando as pessoas obrigadas à jurisdição arbitral²⁷⁹.

Aspecto positivo é que a arbitragem é um procedimento de curta duração, se comparado ao processo judicial. Ele dura, em média, cerca de seis meses, podendo ser prolongado ou reduzido conforme a vontade das partes.

Também se deve destacar que a arbitragem é um procedimento, no qual os horários dos árbitros são custeados entre as partes em igual proporção, salvo acordo diverso entre os participantes²⁸⁰.

²⁷⁵ MOORE, W. Christopher. *O processo de mediação*. Trad. de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed: 1998, p. 23.

²⁷⁶ As partes podem escolher mais de um árbitro, sempre em número ímpar. Também podem escolher árbitros especializados na matéria em discussão.

²⁷⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁷⁸ Princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade e da independência, princípio da disponibilidade e princípio do livre convencimento do julgador (SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 76).

²⁷⁹ TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁸⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

Pode-se apontar, como ponto negativo da arbitragem, o alto custo com o procedimento, razão pela qual essa não vem sendo muito utilizada pelos cidadãos comuns. Tendo em vista que grande parte da população não possui recursos financeiros nem para pagar um advogado particular, quando muito terá recursos para arcar com um procedimento arbitral. Outro aspecto que pesa é o desconhecimento, por grande parte da população em geral, do procedimento.

Dos meios que foram apresentados neste tópico, pode-se afirmar que esses são uma boa alternativa à crise do Judiciário, mas que ainda não estão sendo utilizados de maneira a maximizar os ganhos dos jurisdicionados, principalmente, no que tange à questão qualitativa. O que se tentou demonstrar aqui é que as ferramentas existem: basta colocá-las em prática de maneira que todos possam ter acesso a elas.

No transcorrer deste capítulo, trabalhar-se-ão as políticas públicas que buscam alternativas para a crise do judiciário. Nesse momento, ver-se-á que algumas iniciativas já estão sendo realizadas, a passos lentos, mas estão se realizando. O que não se pode é deixar que essas iniciativas se desvirtuem e percam a sua finalidade de tratar a quantidade com qualidade.

Como assevera José Renato Nalini, a Constituição Federal, ao dilatar a noção de acesso à Justiça, encarregou o Poder Judiciário de dar atendimento a um número maior de reclamações. Diante disso, os responsáveis pela Justiça institucionalizada têm o compromisso de multiplicar as portas de acesso à proteção dos direitos lesados²⁸¹.

Assim, nesses moldes, a seguir, apresentar-se-á a teoria dos jogos, a qual vem a corroborar a importância dos meios alternativos à jurisdição como um jogo de estratégia, o qual visa a demonstrar, através de um pensamento lógico racional, a simplicidade em se maximizar ganhos através da cooperação.

²⁸¹ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994.

3.2 A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica à prática dos meios alternativos de tratamento dos conflitos

A teoria dos jogos é tida como referência para o exame das estratégias racionais de formulação decisional em espaços complexos e com vários atores. Ela pode proporcionar uma perspectiva de análise diferenciada para vários objetos na área do conhecimento jurídico e mais, especificamente, no esforço da construção teórica sobre o tema dos meios alternativos à jurisdição²⁸².

A sabedoria popular pode fornecer um exemplo de decisões estratégicas (jogos de estratégia):

(...) quando o jogador de futebol Garrincha foi transferido ao futebol profissional, ele recebeu instruções sobre como atacar o time adversário: "recebendo a bola antes do meio do campo, você age de tal modo; quando a bola lhe for passada nas proximidades da área adversária, você faz tal outra coisa; quando vierem dois zagueiros lhe dar combate, você...etc."²⁸³

Logo, Garrincha perguntou: "Mas os adversários também estão instruídos para seguir tais cursos de ação?". Em outras palavras, em uma partida de futebol, exige-se que cada participante adote caminhos de ação cujo resultado depende também da ação de outros jogadores. Ou seja, estes jogos têm resultados determinados pela adoção de estratégias de ação específicas por parte de todos os participantes, razão pela qual são denominados de jogos de estratégia²⁸⁴.

Desse modo, pode-se dizer que um dos desenvolvimentos da ponderação de Garrincha sobre as ações racionais dos adversários diz respeito à noção de conhecimento comum. Todos sabem, por exemplo, que o dia tem 24 horas em todos os pontos do planeta, mas que a hora zero de Tóquio não equivale à de São Paulo. Esta diferença de fuso horário poderia comportar que alguém usasse dessa informação para lucrar na bolsa de valores de São Paulo. Ou seja, se todo mundo sabe que a Bolsa de Tóquio fecha antes que a de São Paulo abra e, se um aplicador

²⁸² MONTEIRO, Cláudia Servilha. *A decisão racional na teoria dos jogos*. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. Bahia, 2008.

²⁸³ BÉRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichamaa & Affonso, 2004, p. 10.

²⁸⁴ Ibidem.

sabe que todos sabem isso, ele vai analisar o fato de que todos os demais podem usar a informação da mesma forma. Esta consideração pode anular a ocasional vantagem que ele pode tirar dessa informação, pois, se todos agirem de modo análogo, a vantagem desaparece. A correlação desse raciocínio equivale em termos de que “eu sei que você sabe que eu sei que você sabe que eu sei que...” vai ser rompido de uma forma positiva quando se ponderar o conceito de equilíbrio de Nash²⁸⁵.

Dito disso, pode-se dizer que a teoria dos jogos é uma teoria da decisão:²⁸⁶, ela promove a distinção entre jogos cooperativos e não cooperativos, ou seja, onde não é possível a cooperação entre jogadores em competição ou em regime de concorrência. Essa teoria pertence à matemática, mas pode ser aplicada nas ciências sociais. Ela pretendeu formalizar a investigação dos casos de decisão relativos ao poder e à competência, às situações de conflito, de competição, oposição e de cooperação²⁸⁷.

A origem da teoria dos jogos está diretamente relacionada ao nome do matemático John Von Neumann (1903 – 1957). Nascido na Hungria, Von Neumann emigrou para os Estados Unidos na década de 1930. Em 1944, escreveu o livro *The Theory of Games and Economic Behavior*, em conjunto com o economista alemão Oskar Morgenstern (1902 - 1977). Nessa obra, foram publicados vários conceitos que contribuiriam, posteriormente, para a teoria do equilíbrio, de Jhon Nash²⁸⁸ que

²⁸⁵ BÊRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichamaa & Affonso, 2004.

²⁸⁶ “Nós, humanos, pérolas da evolução planetária, estamos tomando decisões praticamente a cada segundo de nossas vidas. Muitas destas decisões, como dar uma respirada, ou fazer o coração seguir batendo, são muito sutis e praticamente irrefletidas, mas um conjunto igualmente importante de decisões pode ser trabalhado com o mesmo instrumental com o qual o homem antigo estudou triângulos, ovelhas ou a fermentação da uva. Hoje em dia, a teoria da decisão estratégica é um ramo bem-estabelecido do conhecimento humano, sendo que a teoria dos jogos é apenas uma das formas possíveis de se estudar o processo decisório (BÊRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichamaa & Affonso, 2004, p. 2).

²⁸⁷ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *A decisão racional na teoria dos jogos*. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. Bahia, 2008.

²⁸⁸ John Nash nasceu em 13 de junho de 1928, em Bluefield, West Virginia, nos Estados Unidos. Desde cedo, apresentou forte inclinação para as ciências exatas, dando grandes demonstrações de aptidão para matemática, aliada a um peculiar comportamento anti-social, que o levava ao isolamento. Em junho de 1945, Nash ingressou na Universidade de Carnegie Mellon, onde lhe foi oferecida uma bolsa de estudos; em 1948, foi aceito no programa de doutoramento em matemática em uma das mais famosas universidades dos Estados Unidos: Princeton. Foi aos 21 anos que Nash desenvolveu sua tese de doutoramento, intitulada “Theory of Non-cooperative games”, e que causou

deu a ele, em 1994, juntamente com John C. Harsanyi e Reinhard Selten, o Prêmio Nobel da Economia pelo seu trabalho no avanço da “Teoria dos Jogos” (Theory of Non-cooperative Games²⁸⁹).

Entre as contribuições de Neumann, destacam-se os jogos de soma zero (jogos em que o ganho de um jogador representa, necessariamente, uma perda para o outro)²⁹⁰. Para melhor entender o conceito de jogos de soma zero, Fabio Portela Lopes de Almeida traz o seguinte exemplo:

Estes jogos são aqueles nos quais o ganho de um jogador significa sempre a derrota do outro: não pode haver, por exemplo, em um jogo de xadrez, a vitória por parte dos dois lados. Uma característica importante destes jogos é que eles são, necessariamente, jogos não-cooperativos: um jogador não agregará valor algum de utilidade se cooperar com o outro. Aliás, uma eventual cooperação é impossível, já que significa que o jogador cooperativo está colaborando para a vitória do outro, tendo em vista a impossibilidade de ambos ganharem²⁹¹.

Da definição dos jogos de soma zero, como o xadrez, pode-se afirmar que o processo judicial contencioso se encaixa perfeitamente como exemplo. Conforme estudado anteriormente, o processo judicial sempre terá um ganhador e um perdedor no conflito, ou seja, um procedimento não cooperativo, caso contrário, implicar-se-ia a vitória da parte oposta. Também se observará, adiante, que outra característica que pode ser atribuída ao processo judicial é que as partes não têm como maximizar seus ganhos (a maximização de ganhos é característica do equilíbrio de Nash), tendo em vista que é um terceiro (o Estado) que decidirá a lide, e não as partes.

Apesar da contribuição dos jogos de soma zero para o desenvolvimento da teoria dos jogos, deve-se destacar que esta não foi a alternativa mais adequada

verdadeira revolução no estudo da estratégia econômica pela contribuição para o estudo da “Teoria dos Jogos”. Em que pese a genialidade do pensamento de John Nash, sua carreira foi precocemente interrompida em 1958, pelo diagnóstico de esquizofrenia, que o afastou do meio acadêmico até o princípio da década de 90, quando a patologia retrocedeu (NASSAR, Sylvia, *Uma mente brilhante*, Trad. de Sergio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002).

²⁸⁹ Teoria dos jogos não cooperativos.

²⁹⁰ FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²⁹¹ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003, v. 2.

para um grande número de interações sociais. Os jogos de soma zero se mostram restritos. É necessário encontrar ferramentas teóricas que permitam analisar um maior número de modelos de interação estratégica.

Em 1950, John Nash definiu uma noção de equilíbrio para jogos que não se restringiram aos jogos de soma zero:

[...] representa uma situação em que, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente. Se cada jogador escolheu sua estratégia, e nenhum deles pode se beneficiar apenas pela alteração de sua estratégia enquanto os demais jogadores conservam as deles, então as escolhas estratégicas e as penalizações do jogo configuram um "equilíbrio de Nash"²⁹².

O filme “Uma mente brilhante”, que conta a vida de Jhon Nash, em determinado momento mostra essa personagem, representada pelo ator Russel Crowe, em um bar, onde entram cinco garotas, uma delas muito bonita. Nash tem a ideia de, junto com três amigos, ir conversar com as outras quatro garotas e, assim, evitar tanto a competição entre eles pela mais bonita, quanto o ciúme das outras garotas e ainda não correr o risco de todos ficarem sozinhos²⁹³.

Portanto, a lógica de Nash está na ideia de que, se cada um dos amigos quer conquistar uma garota diferente para si, as chances de alcançar esse objetivo tornam-se maiores do que as de quem quer conquistar apenas uma que é disputada por todos.

Em outras palavras, “o equilíbrio é um par de estratégias em que cada uma é a melhor resposta à outra²⁹⁴”, ou seja, “é o ponto em que, dadas as estratégias escolhidas, nenhum dos jogadores se arrepende, ou seja, não teria incentivo para mudar de estratégia, caso jogasse o jogo novamente²⁹⁵.”

²⁹² *Enciclopédia Livre*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Equil%C3%ADbrio_de_Nash> Acesso em: 15 jul. de 2008.

²⁹³ HOWARD, Ron. *A beautiful Mind*. EUA: Universal Pictures & Dream Works. 2001.

²⁹⁴ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003, v. 2, p. 518.

²⁹⁵ *Ibidem*.

De tudo que foi dito até aqui, constata-se que a teoria de Neumann traz a ideia de competição entre as partes, enquanto a de Nash introduz a ideia de cooperação na teoria dos jogos. Resgatando a definição vista anteriormente, a cooperação consiste num tipo particular de processo social em que dois ou mais indivíduos ou grupos atuam em conjunto para a consecução de um objetivo comum.

Assim, a teoria dos jogos, em linhas gerais, pode ser definida como “a análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses, com o fito de descobrir as melhores opções que, dadas certas condições, devem conduzir ao objetivo desejado por um jogador”²⁹⁶.

Resumidamente, pode-se afirmar, então, que os jogos podem ser de soma zero ou soma não-zero. Isto quer dizer, basicamente que, num jogo de soma zero, o que um jogador ganha é precisamente o que o outro perde. Com isso, a situação de bem-estar da sociedade permanece imutável, apenas a distribuição de direitos de propriedade é que muda. No jogo de soma não zero, que pode ser positiva ou negativa, os dois jogadores podem sair ganhando ou perdendo concomitantemente. Por óbvio esse tipo de jogo, dado que a rivalidade não é direta, permite o aparecimento da cooperação²⁹⁷.

A teoria dos jogos, conforme falado anteriormente, tem sua origem na matemática e é uma teoria muito usada para enfrentar questões advindas do mercado, já que, através dela, pode-se identificar a possibilidade de jogos (não)cooperativos ou da necessidade do uso da coerção. A conduta dos jogadores é apurada para se traçarem, com uma certa probabilidade, as estratégias em jogos eventuais ou habituais, enfim, a jogada a se levar a efeito. Essa teoria pretende maximizar a relação entre os jogadores racionais, partindo da premissa de que as seguidas jogadas são realizadas com informações carentes e com a possibilidade de interações no transcorrer do contenda. As estratégias de atuação dependem de uma constante reanálise das condutas a se tomar, ou seja, as decisões necessárias

²⁹⁶ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003, v. 2, p. 183.

²⁹⁷ BÉRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichamaa & Affonso, 2004, p. 17.

no espaço de uma finalidade racional. Isso se deve à informação limitada que implica a fixação de estratégias na busca de um equilíbrio²⁹⁸.

Contudo, a racionalidade lógica é, inúmeras vezes, desafiada por indivíduos que não agem racionalmente. Nas suas ações de competir, negociar, tomar decisões, há um para além da racionalidade, além de um déficit de perspectivas, as quais a lógica matemática não conhece. O jogo pressupõe, por óbvio, um mínimo de dois lugares, com intervenções recíprocas, sobre o outro jogador. Desse modo, a estratégia é o meio escolhido para aumentar os benefícios e diminuir as perdas, na relação custo/benefício. Ela pressupõe informações sobre os demais jogadores e suas estratégias, na medida em que há a previsão de suas atitudes no transcorrer do jogo e suas finalidades. Portanto, cria-se uma circularidade entre trunfos, blefes e estratégias. O dilema dos prisioneiros de Albert Trucker vem a demonstrar como a ausência de informação pode gerar manipulações e escolhas que, na aparência, são interessantes, mas que, se tomadas em cooperação, seriam mais vantajosas²⁹⁹.

Assim, o dilema dos prisioneiros é um exemplo que pode ser usado para explicar como atua a cooperação nos jogos de estratégia.

[...] dois prisioneiros foram acusados de terem cooperado entre si durante um crime praticado. Os cúmplices encontraram-se aprisionados em celas diferentes, não podendo haver comunicação entre eles. Foi feita uma solicitação de confissão de crime a cada um deles individualmente. Se ambos os prisioneiros confessassem, cada um estaria recebendo uma condenação a cinco anos de prisão. Se nenhum dos dois confessasse, o julgamento do processo seria dificultado, de tal forma que eles poderiam entrar, recebendo uma condenação de dois anos. Por outro lado, se um dos prisioneiros confessar o crime mas o outro não, aquele que confessou seria condenado a apenas um ano de prisão. Se você fosse um destes prisioneiros, qual seria a sua opção – isto é, confessar ou não confessar?
300

²⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 79-81.

²⁹⁹ Ibidem.

³⁰⁰ PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Trad. de Luis Felipe Cozac, Marcos Teixeira de Barros, Mauro Teixeira Pinto. 3. ed. São Paulo: Makron Books Editora, 1995, p. 581.

		Prisioneiro 2 -	
		Confessa	Não Confessa
Prisioneiro 1	Confessa	-5;-5	-1;-10
	Não Confessa	-10;-1	-2;-2

Fonte: PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Trad. de Luis Felipe Cozac, Marcos Teixeira de Barros, Mauro Teixeira Pinto. 3. ed. São Paulo: Makron Books Editora, 1995, p. 581.

Da análise do dilema dos prisioneiros, pode-se dizer que a melhor estratégia seria ambos adotarem a decisão de nada confessar e, com isso, cada prisioneiro ficaria preso por dois anos. Entretanto os jogadores confrontam-se com alguns problemas: confiam no cúmplice e permanecem negando o crime, mesmo correndo o risco de serem colocados numa situação ainda pior, ou confessam e esperam a liberdade, apesar de que, se o outro fizer o mesmo, ambos ficarão numa situação pior do que se permanecessem calados.

Assim, nota-se que a totalidade dos membros de um grupo pode beneficiar-se da cooperação de todos e que o interesse próprio de cada indivíduo pode agir em sentido contrário. O dilema dos prisioneiros codifica esse problema, que tem sido objeto de muita pesquisa teórica. Da análise da situação desse dilema, aponta-se que a não cooperação acaba por ser punida, e a cooperação, premiada.

Devido a interesse em jogos como o dilema dos prisioneiros, no qual interesses próprios e racionais prejudicam a todos, a teoria dos jogos vem sendo aplicada em vários ramos da ciência³⁰². O ponto é saber se essa teoria pode ser aplicada ao Direito, já que este faz parte do mundo da cultura, ou seja, situa-se dentro da

³⁰¹ PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Trad. de Luis Felipe Cozac, Marcos Teixeira de Barros, Mauro Teixeira Pinto. 3. ed. São Paulo: Makron Books Editora, 1995, p. 581.

³⁰² Nas ciências, política, ética, filosofia e também está sendo utilizada para analisar os conflitos internacionais como no caso do Oriente Médio. Conforme mostra a reportagem de 4 de novembro da Revista Veja que traz a notícia "O Irã não nos atacaria" "O matemático israelense, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2005, usa a teoria dos jogos para analisar o conflito no oriente médio" (Diogo Schelp. *O Irã não nos atacaria*. REVISTA VEJA, 4 de novembro de 2009).

realidade das realizações humanas. Conforme Sílvio Venosa,³⁰³ o Direito antepõe ao mundo da cultura, que é o mundo do “dever ser”, um mundo do “ideal”, o mundo do “ser”, que é o mundo da natureza. Em sentido oposto, o mundo da cultura vale-se de outra dimensão da realidade que nos cerca, que é o mundo dos valores: por meio da valoração de cada conduta humana, atinge-se o campo do Direito.

Portanto, a resposta para essa pergunta é positiva. Ao Direito aplica-se a teoria dos jogos, pois é através dele que a sociedade existe, ou seja, dispõe da cooperação na sociedade. Em sociedade, nas interações dos homens entre si, existe a dependência de uns com os outros para a própria sobrevivência.

Alexandre Morais Rosa, apresenta algumas condicionantes que devem ser analisadas para a aplicabilidade da teoria dos jogos no campo interno do processo judicial. Dentre elas destacam-se:

a) número de partes/jogadores; b) nível de informações recíprocas; c) decisões antecipatórias (ir)racionais/imaginárias; d) efeitos imprevistos; e) variações e limites dos custos (custas, provas, advogados, etc.) f) forma de remuneração dos intervenientes; g) fatores imprevisíveis³⁰⁴.

Conforme já levantado, nesse contexto, parece difícil encontrar a aplicabilidade da teoria dos jogos no processo judicial, já que os “custos de transação judicial” serão, de regra, maiores. A questão que se coloca é o limite da proibição custo/benefício. Muito está vinculado a quanto a parte autora está disposta a receber (no mínimo) e a quanto a parte demandada está disposta a pagar (no máximo) e ao “custo de transação” (intervenção no litígio). Este diálogo pressupõe sujeitos racionais e desconsidera toda uma pletora de “externalidades”, como, por exemplo, a incidência de aspectos emocionais, inconscientes, comerciais (no caso, de pessoas jurídicas), de escassez e de liquidez³⁰⁵.

Desse modo, deve-se deixar claro que existem situações em que a teoria dos jogos não terá aplicabilidade, não importando o tipo de procedimento (mediação,

³⁰³ VENOSA; Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral: introdução ao direito romano*. São Paulo: Atlas, 1996.

³⁰⁴ ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 80.

³⁰⁵ *Ibidem*.

arbitragem, negociação). Dentre essas, destaca-se as que implicam sentimentos, (conflitos de família por exemplo). Isso se deve ao alto grau de dificuldade em transformar sentimentos em fórmulas estratégicas.

Portanto, trazendo a aplicabilidade da teoria dos jogos como forma de fundamentar e reafirmar a importância dos meios alternativos à jurisdição em situações da vida real, na qual os conflitos podem ser solucionados como estratégias de um jogo, importante se faz analisar como essa teoria pode contribuir para os meios alternativos de tratamento de conflitos.

Dentre esses meios, como foi visto, o mais comum no tratamento de conflitos pacificamente é a negociação, até porque essa prática faz parte do dia a dia. Como se sabe, nesse método, as partes propõem alternativas e soluções que atendam aos seus interesses sem, a intervenção de um terceiro³⁰⁶.

Nas negociações, a teoria dos jogos mostra que, com a cooperação entre os participantes, ambos podem vir a ter maiores ganhos. O interessante aqui não é vencer o outro negociante e, sim, multiplicar os ganhos para os dois. Para isso, devem-se analisar os interesses compatíveis entre si e agregar valor à negociação.

Assim, resgatando a definição de mediação como um procedimento no qual uma terceira pessoa, mediador, auxilia os mediandos no tratamento de seu conflito, pode-se afirmar, ser ela um jogo cooperativo, visto que, se uma das partes não quiser colaborar, a outra pode abandonar o procedimento de mediação sem nenhum tipo de ônus. A função do mediador, que é a de fazer com que as partes entendam a situação do adversário, promove uma maior cooperação entre elas, bem como a própria figura do mediador, por ser um terceiro, desinteressado no processo, aumenta as chances de um acordo, possibilitando o equilíbrio de Nash³⁰⁷.

A arbitragem também compartilha da teoria dos jogos (equilíbrio de Nash). No momento em que as partes optam por esse procedimento, oneroso para ambas, e, quando submetem a decisão do conflito a um terceiro, no caso, o árbitro, elas estão

³⁰⁶ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de Resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003, v. 2.

³⁰⁷ Ibidem.

se comprometendo a cooperar para a “solução” do litígio. Caso contrário, podem sair prejudicadas financeiramente. O mais importante do procedimento arbitral é que ele cumpra com sua função, que os litigantes saiam satisfeitos com os resultados alcançados.

Não só durante o procedimento da arbitragem pode se ter a aplicação da teoria dos jogos, mas também após a sentença arbitral, quando se instiga uma das partes a cumprir antes o acordo firmado, obtendo vantagem se assim o fizer. É uma forma de incentivar a cooperação entre as partes³⁰⁸.

À guisa de conclusão, elucida-se o pensamento da professora Fabiana Marion Splenger:

Contudo, para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores³⁰⁹.

Portanto, tentou-se demonstrar que, através do diálogo e da cooperação, pode-se promover uma aproximação entre os litigantes, resguardando, dentro do possível, a relação social.

Nesse sentido, modernidade e tradição caminham juntas, merecendo destaque a afirmação de Carlos Maximiliano, segundo o qual, “(...) não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica³¹⁰”. Ou seja, “(...) As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução

³⁰⁸ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003, v. 2.

³⁰⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 302.

³¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 16. ed, 1997, p. 157-159.

jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social³¹¹”.

Assim, para que se possam aplicar os métodos alternativos à jurisdição estudados no presente trabalho, juntamente com a fundamentação aqui elucidada pela teoria dos jogos, devem-se ter incentivos, ou seja, políticas públicas voltadas para a sua realização. É o que o presente estudo passa a analisar.

3.3 As novas perspectivas de políticas públicas para a crise do judiciário

Conforme já mencionado, poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. Como se sabe, a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e minam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Em face desse quadro, constata-se “que as soluções para as graves dificuldades são multifacetadas e que não se resolvem apenas pela boa vontade dos governantes ou através de fórmulas simplistas baseadas em alguma solução rápida³¹².”

Portanto, é dever do Estado propor políticas públicas para facilitar, ou melhor, para criar mecanismos que satisfaçam o anseio social por justiça.

Existem alguns modelos conceituais que podem ser utilizados para estudar e, também, para desenvolver o que se denomina por políticas públicas. A construção de modelos, em geral, se estabelece a partir do reconhecimento da própria complexidade do mundo em que se vive e das mediações que se estabelecem ao

³¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 16. ed. 1997, p. 157-159.

³¹² SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, t. 8.

longo da existência humana, seja na forma de sujeitos, de grupos ou de sociedade³¹³.

Oklinger Montovaneli Junior analisa oito modelos conceituais de políticas públicas. O primeiro é o *modelo institucional* que parte de um intento tradicional da ciência política, que a define como “o estudo das instituições governamentais³¹⁴” responsáveis pela constituição, implantação e gestão de políticas. Sob essa ótica, uma política somente será pública ao passar pelas instituições³¹⁵.

O modelo de processo se modela por descobertas de padrões identificáveis de processos ou comportamentos políticos. Nesse modelo, há a identificação de problemas na fase de agenda (fase que será posteriormente elucidada) e, também, de formulação, legitimação, implementação e avaliação de políticas. Seu foco de análise não é o conteúdo, mas os caminhos de desenvolvimento, implantação e mudança das políticas. Portanto, o que determina uma política pública é o seu processo³¹⁶.

O modelo de grupos tem, como intento básico, a compreensão de que a interação entre os grupos é o fato mais importante da política. Nesse sentido, a política pública reflete um momento de equilíbrio entre os interesses dos grupos. Por essa perspectiva, o que parece garantir a estabilidade do sistema político é o fato de os indivíduos, na maior parte, estarem filiados a diversos grupos, o que garante certa moderação nas demandas e o mínimo distanciamento dos valores vigentes. Assim, a própria competição entre os grupos ajuda a garantir a estabilidade do sistema³¹⁷.

O modelo de elite sugere a indiferença e a desinformação do povo sobre as políticas. Desse modo, as elites influenciariam bem mais a opinião das massas do que o inverso. Assim, as políticas públicas emanam de cima para baixo, representando, com maior intensidade, as preferências e os valores das elites.

³¹³ JUNIOR, Oklinger Mantovaneli. *Políticas Públicas No Século XXI. A perspectiva da gestão multicêntrica [À luz da experiência de Porto Alegre]*. Blumenau: Edifurb, 2006.

³¹⁴ Ibidem, p. 26.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Ibidem.

Dessa forma, as mudanças acontecem de modo progressivo, em grande monta, apenas quando determinados acontecimentos afetam, realmente, a estabilidade do sistema vigente. Desse modo, as transformações conservam a posição das elites diante das reformas³¹⁸.

O modelo racional opta por políticas que revelem ganhos sociais que ultrapassem os seus custos. Aqui, aplica-se a ideia de custo-benefício social, o que não significa sacrificar os valores sociais e políticos em nome de pressupostos meramente monetários. Assim, para esse modelo, a escolha de uma política deve ser precedida pelos seguintes passos³¹⁹:

(1) conhecer todas as preferências valorativas da sociedade e seus respectivos pesos relativos; (2) conhecer todas as alternativas disponíveis de política; (3) conhecer todas as consequências de cada política alternativa; (4) calcular as razões do benefício/custo de cada alternativa; (5) selecionar a política mais eficiente. Assim para que tais passos sejam exequíveis deve existir um sistema decisório que facilite a racionalidade na formação de políticas. A melhor política pública é a mais racional³²⁰.

Já o modelo incremental parte das insuficiências do modelo anterior e vê a política pública como uma extensão das atividades do governo anterior, com apenas algumas modificações incrementais. Portanto, aceita a legitimidade das orientações já formadas, não se arriscando às consequências dos impactos políticos, financeiros, psicológicos de outras sugestões ainda não testadas. Consequentemente, é mais fácil para o governo de uma sociedade pluralista dar continuidade a programas existentes do que engajar-se no planejamento global de políticas, com vistas a objetivos societários específicos³²¹.

Esse autor utiliza-se, também, da teoria dos jogos como modelo de políticas públicas. Considera que o sistema político pode ser desenvolvido com racionalidade, oferecendo alternativas decisórias em situações competitivas e onde haja interdependência de escolhas entre as múltiplas possibilidades, entre os desejos e

³¹⁸ JUNIOR, Oklinger Mantovaneli. *Políticas Públicas no Século XXI. A perspectiva da gestão multicêntrica [À luz da experiência de Porto Alegre]*. Blumenau: Edifurb, 2006.

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Ibidem.

aptidões do tomador de decisões e entre os atores do jogo. Ou seja, podem-se montar estratégias de escolha e atuação de políticas públicas como um jogo de estratégias que se refere ao processo decisório, enquanto um campo de escolhas racionais em que um conjunto de movimentos objetiva alcançar ganho ótimo, considerando todos os possíveis movimentos dos adversários.

Por fim, o modelo sistêmico tem as políticas públicas como uma resposta de um sistema político a forças advindas do meio ambiente,³²² as quais incidem tanto sobre a forma de demandas quanto sobre a de apoio de um sistema social. Desse modo, as políticas seriam produtos oriundos de um sistema. Assim, elas têm a capacidade de modificar o ambiente e as próprias demandas, podendo gerar implicações ao próprio sistema político. Desse modo, uma importante contribuição da teoria sistêmica foi o destaque sobre a relevância de tecer considerações sobre o ambiente.

Feitas essas colocações, cabe ressaltar que

O termo política pública é utilizado com significados distintos, com uma abrangência maior ou menor: ora indica um campo de atividades, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa³²³.

Ainda sobre a definição de políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci define o termo como

um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito³²⁴.

Também torna-se importante fazer a diferenciação entre “política pública” e “política”. Para Elisa Reis, a primeira significa as “traduções técnico-rationais de

³²² Neste caso, entende-se por meio ambiente “qualquer condição ou circunstância situada fora das fronteiras do sistema político e este último como o conjunto de estruturas e processos inter-relacionados, que oficialmente exerce as funções de alocar valores pela sociedade” (MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. *Políticas Públicas no Século XXI. A perspectiva da gestão multicêntrica [À luz da experiência de Porto Alegre]*. Blumenau: Edifurb, 2006, p. 29).

³²³ FERNANDEZ, Antoni. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel C. (Ed.) *Manual de ciência política*. 3. ed. Madrid; Tecnos, 2006, p. 498.

³²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

soluções específicas do referido jogo de interesses da Política³²⁵. Já a expressão “política” significa a

ordenação institucional, segundo recursos de autoridade, dos interesses sociais em disputa, independentemente das fórmulas de competição particulares adotadas em quaisquer que sejam os fundamentos materiais e ideais dos interesses concretos envolvidos³²⁶.

Complementando essa diferenciação, avista-se a necessidade de analisar a polissemia desses termos. Começando por “política,” é possível se valer da língua inglesa, que traz expressões diferentes para designar os sentidos que as línguas latinas reúnem sob o termo “política”. Designando a esfera política em contraposição a uma esfera da sociedade civil, usa-se *polity*, enquanto *politics* designa a atividade política, e *policies*, a *ação pública*³²⁷.

Nesse sentido, cabem à dimensão da *polity* aspectos estruturantes da política institucional, como sistemas de governo, composição e funcionamento dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Já a *politics* abrange a extensão dos processos que compõem a dinâmica política e a competição pelo poder. Pertencem à dimensão da *politics* assuntos como as relações entre os três poderes do Estado, o processo de tomada de decisão nos governos, as relações entre Estado, mercado e sociedade civil, a competição eleitoral e parlamentar, a atuação e relação dos partidos e das forças políticas com os governos. Por fim, a *policy* abrange os conteúdos palpáveis da política, ou seja, as políticas públicas. Elas são os frutos da política institucional e processual. As políticas se concretizam em diretrizes, programas, projetos e atividades que têm por objetivo solucionar problemas da sociedade³²⁸.

Conclui-se que as relações entre *polity*, *politics* e *policy* são constantes, e as influências, mútuas. A estrutura institucional, os processos e os efeitos estão sempre

³²⁵ REIS, Elisa P. *Política e políticas públicas na transição democrática*. RBCS, n. 9, v. 3, fev. 1989, p. 114.

³²⁶ *Ibidem*, p. 113-114.

³²⁷ MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *L'analyse des politiques publiques*. Paris: Montchestein, 1998, p. 13.

³²⁸ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, t. 8.

imbricados. Assim, a distinção dessas três dimensões ajuda a compreender a complexa dinâmica da política nos dias atuais³²⁹.

Resumindo, pode-se afirmar, então, que as políticas públicas podem ser apontadas como “conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes³³⁰”. Estes programas governamentais são identificados com a “distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos³³¹”.

Como se viu, definir políticas é entender o processo de produção, por parte do Estado, de bens e serviços que geram bem-estar à população de um país. Estão envolvidos nessa tarefa vários campos de saber, compondo uma área interdisciplinar, na qual, entretanto, a dimensão política é onipresente, uma vez que são tomadas decisões negociadas socialmente.

Resta, ainda, analisar as fases de formação das políticas públicas, ou seja, o processo político-administrativo. Essa formação se dá em cinco fases: percepção e definição de problemas, inserção na agenda política, formulação, implementação, e avaliação³³².

A primeira delas, como o próprio nome já sugere trata-se de transformar um problema social em um problema político. Este é um pré-requisito para que essa questão gere uma política pública. Pode-se citar, como exemplo, o problema social que enfrentam os idosos, as mulheres, os índios, entre tantas dificuldades que existem num ambiente social³³³.

³²⁹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, t. 8.

³³⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

³³¹ Ibidem.

³³² SCHMIDT, op. cit.

³³³ Ibidem.

Após a definição do problema, identifica-se a fase da agenda política. Nela são definidos os problemas e assuntos que chamam a atenção do governo e dos cidadãos. Não é um documento formal ou escrito, e sim o inventário das questões relevantes discutidas pelos agentes públicos e sociais, com fortes reflexos na opinião pública³³⁴.

Por conseguinte, a fase da formulação da política pública é o momento em que se define a maneira de solucionar o problema político em pauta e no qual ocorre a escolha das alternativas a serem adotadas. Este momento abarca negociações, conflitos e acordos entre os agentes com capacidade de decisão³³⁵.

A penúltima fase das políticas públicas é o momento de implementação, ou seja, de concretização da fase anterior (formulação). Aqui se dá a materialização das diretrizes através de ações e de atividades nos programas e projetos que ficam ao encargo da administração pública³³⁶.

Por fim, a fase da avaliação de uma política pública versa sobre o estudo dos acertos e das falhas do processo de sua implementação. A principal forma de avaliação se dá através do processo eleitoral. É com o voto que se pode avaliar se as políticas públicas de determinado governo foram satisfatórias para a sociedade em geral³³⁷.

Assim, no que tange as políticas públicas voltadas a dar ao cidadão acesso à justiça, bem como a políticas públicas que visem a tratar a crise do Judiciário, pode-se afirmar que os próprios tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras. Como exemplo, podemos citar as ações publicadas no Banco de Iniciativa do Ministério da Justiça, entre elas: o Juizado Itinerante Permanente do Estado de São Paulo (mecanismo para levar os serviços judiciários e o exercício da cidadania às populações de áreas carentes e distantes dos Fóruns fixos), Justiça na

³³⁴ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, t. 8.

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ Ibidem.

Praça (prestação de serviços judiciais à população durante os finais de semana, nas praças e em outros locais públicos da Comarca de Belém)³³⁸. Mesmo que essas ações não solucionem o problema do Judiciário, pode-se dizer que não há óbices corporativistas a que avanços reais sejam conquistados.

Outro exemplo que pode ser aqui citado é a participação das instituições de ensino superior que apoiam iniciativas de professores, preocupados com a crise do Judiciário, como a da professora Fabiana Marion Spengler. Esta professora, propôs junto à Universidade de Santa Cruz do Sul, o projeto de extensão intitulado “A crise da Jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”, do qual fazem parte estudantes da graduação e da pós –graduação, (íntegro o projeto como extensionista), com o apoio do Poder Judiciário local.

Este projeto tem como objetivo geral efetivar a prática da mediação como meio consensual e autonomizador para o tratamento de conflitos sociojurídicos. Ele é realizado junto ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Santa Cruz do Sul. São realizados dois turnos de mediações semanais, em média, cinco mediações por turno. Até o presente momento, os índices confirmam a teoria apresentada, na presente pesquisa, de que meios alternativos à jurisdição podem ser uma solução efetivamente eficaz à crise do Judiciário, de forma quantitativa e qualitativa. Cerca de 80% dos processos que chegam para a mediação dos acordos são realizados em tempo hábil e com sucesso.

Assim, o crescente anseio social em ver seus conflitos solucionados fez com que o Poder Executivo criasse a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas. Essa Secretaria criou o PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), que combina ações de segurança pública com políticas sociais. Dentre essas ações, destacam-se as Redes de Mediação³³⁹.

³³⁸ Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 de junho de 2008.

³³⁹ FAVRETO, Rogério. *Redes de Mediação: um novo paradigma à pacificação dos conflitos*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. de 2008.

Através desses exemplos, demonstra-se que a formulação de uma política pública “compreende o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, bem como a atribuição de responsabilidades. As políticas adquirem concretude através de Planos ou Programas, os quais originam Projetos, que se desdobram em Ações³⁴⁰”.

Portanto, as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição dos "governos por leis" pelos "governos por políticas". A fonte de justificação das políticas públicas é o Estado Social, marcado pela obrigação de execução dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público³⁴¹.

Dentre as inovações do Ministério da Justiça estão as Redes de Mediação, que pretendem, através de cursos ministrados aos operadores do Direito ensinar a composição e a mediação de conflitos, objetivando construir um novo paradigma cultural. A ideia é incentivar os operadores jurídicos a deixar de lado a cultura forjada pelo bacharelismo e, mesmo, pelo mercado de trabalho do profissional do Direito, centrada na lógica da guerra, da beligerância e do formalismo excessivo, buscando a paz e a composição de interesses³⁴².

O secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça esclarece que

O profissional da guerra em que se constitui o bacharel em Direito com base formativa altamente dogmática e positivista tem se projetado diretamente para o tecido social, fazendo com que as relações intersubjetivas e interinstitucionais se judicializem em proporções agudas, com uma perspectiva de litigância desmesurada. Poderia, ao invés disso, trabalhar com a solução pacífica e negociada – portanto, mais preventiva do que curativa – dos problemas que surgem em qualquer comunidade de interesses múltiplos e diversos³⁴³.

Outra iniciativa que, recentemente, foi implantada em nosso Estado é o Núcleo de Justiça Comunitária do Programa Nacional de Segurança Pública com

³⁴⁰ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, t. 8.

³⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁴² FAVRETO, Rogério. *Redes de Mediação: um novo paradigma à pacificação dos conflitos*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. de 2008.

³⁴³ Ibidem.

Cidadania (Pronasci). O ministro da Justiça, Tarso Genro, assinou um acordo de cooperação com três órgãos do sistema judiciário do Estado - o Tribunal de Justiça (TJRS), a Associação dos Juizes (Ajuris) e a Defensoria Pública (DP/RS), além do Instituto Cultural São Francisco de Assis³⁴⁴.

O Núcleo de Justiça Comunitária - uma ideia que partiu da secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) para o programa – tem por objetivo democratizar o acesso à justiça. Oferece mecanismos pacíficos para a resolução de conflitos, por meio da mediação comunitária³⁴⁵ e também da conscientização dos cidadãos sobre seus direitos.

Entre as atribuições do Ministério da Justiça, por intermédio da SRJ, para o funcionamento do núcleo, estão programas de capacitação técnica dos agentes comunitários, cursos, palestras e programas que visem a promover a permanente especialização dos mediadores³⁴⁶.

O objetivo do projeto é desenvolver a mediação como forma de prevenir e solucionar conflitos. Através da atuação dos agentes de mediação comunitária, pessoas da própria comunidade são treinadas para colaborar, voluntariamente, no tratamento dos conflitos³⁴⁷.

Para os casos que não forem resolvidos por meio da mediação, serão destacados defensores públicos. A coordenação executiva dos trabalhos será realizada por um representante de cada órgão participante, com diretrizes determinadas pela SRJ³⁴⁸.

³⁴⁴ *Reforma do Judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. de 2008.

³⁴⁵ A Mediação Comunitária nada mais é que o método pelo qual se coloca a comunidade como ator principal da solução dos conflitos bem como ensina o grupo a lidar com técnicas de comunicação construtiva e de relações interpessoais, absolutamente necessárias ao aperfeiçoamento das suas ações, quer em relação ao conflito, quer no tocante à emancipação e desenvolvimento social (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008).

³⁴⁶ *Reforma do Judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. de 2008.

³⁴⁷ *Defensoria Pública RS*. Disponível em: <<http://defensorenmadruga.blogspot.com/2008/06/ncleo-de-justia-comunitaria.html>>. Acesso em: 16 jun. de 2008.

³⁴⁸ *Reforma do Judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. de 2008.

O Governo, por meio dessa política pública, ensina o cidadão³⁴⁹ a solucionar problemas através de métodos de mediação dentro da sua comunidade, “revitalizando a democracia do Estado, incorporando os cidadãos a participar da implantação de políticas públicas”³⁵⁰.

Diante do exposto, infere-se que existem políticas públicas voltadas à crise do Judiciário, mas ainda se está engatinhando nessa matéria. As ações ainda são recentes e não englobam todo o território brasileiro. Dessa forma, afirma-se, novamente, que existem outros meios alternativos ao sistema tradicional jurisdicional que servem como uma possível solução ao acúmulo de processos dos tribunais do País, oferecendo tratamento mais qualificado dos conflitos sociais, satisfazendo o apelo dos cidadãos. Assim, com as políticas públicas aqui apresentadas, verifica-se o início de um caminho na construção de um novo paradigma cultural, tanto para os operadores do Direito quanto para os jurisdicionados.

³⁴⁹ Cidadania, aqui, não no sentido político-eleitoral, mas no sentido político em sentido amplo, que leva a posicionar como cidadão qualquer pessoa como titular de direitos postos à disposição do restante da comunidade. Neste sentido, ver o inciso II do art. 1º da Constituição.

³⁵⁰ SCHMIDT, João Pedro. Gestão de Políticas Públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós - gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. T. 7.

CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente trabalho, trazer algumas considerações acerca da crise do Judiciário e também apresentar a teoria dos jogos como meio de contribuição e fundamentação teórica dos métodos alternativos à jurisdição no tratamento dos conflitos. Observaram-se, também, alguns aspectos a respeito das relações conflituosas.

Inicialmente, como base para o estudo, foi necessária a compreensão do evento sociológico do conflito, bem como a realização de alguns apontamentos sobre a importância desse evento para a evolução social.

Constatou-se que os conflitos são inerentes à sociedade. Não se sabe como começaram, só se entende que nunca irão acabar. Fazem parte da natureza humana e de uma sociedade sadia. Conduzem à evolução social.

Por conseguinte, após as noções gerais da teoria do conflito, foi feita uma análise histórica do Estado em Hobbes, no seu modelo contratualista, no qual o Estado, como detentor do monopólio da força legítima, utiliza-se do Poder Judiciário para afastar a violência arbitrária de uns contra os outros.

A seguir, procedeu-se a uma análise do Judiciário no Estado contemporâneo brasileiro, no tocante à dificuldade de tratar os conflitos, de maneira a satisfazer qualitativa e quantitativamente, os anseios da sociedade ao acesso à justiça. Evidenciou-se, como uma das causas da lentidão em tratá-los, o excessivo apego à forma, o qual vem arrastando o procedimento judicial.

Entendeu-se que esse problema ganhou, nas últimas décadas, proporções tais, que somente uma reforma de todo o Poder Judiciário poderá reverter essa situação.

Assim, juntamente com a teoria dos jogos, procedeu-se ao estudo dos benefícios decorrentes da utilização de outras estratégias de tratamento de conflitos

que não apenas a via judicial. Examinaram-se os meios alternativos à jurisdição (negociação, mediação, conciliação e arbitragem). Restou claro que os conflitos podem ser tratados como um jogo de estratégias, no qual a cooperação é a melhor jogada entre os litigantes.

Portanto, através de uma abordagem do conflito no sentido de que esse seja conduzido com técnicas adequadas, pode-se torná-lo um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre os seres humanos.

Assim, conclui-se que a teoria dos jogos difere da teoria contratualista hobesiana, pelo fato de que essa teoria não apresenta os adversários como inimigos, mas como cooperados.

Ainda a respeito da discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os métodos alternativos de tratamento de conflitos se tornem progressivamente construtivos, deve-se, necessariamente, ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que um procedimento é melhor que o outro. É notória a importância do processo judicial, de forma que não se defende a extinção desse. O que se pretende é o desenvolvimento de outros métodos que possam ajudar um sistema em crise, caminhando lado a lado com esse método. Até porque se sabe que não há como impor um único procedimento autocompositivo em todo o Brasil, ante as várias diferenças nas realidades fáticas da sociedade em geral.

Diante do exposto, infere-se que é perceptível que os meios alternativos ao sistema jurisdicional servem como uma possível solução ao acúmulo de processos nos tribunais do país. Deve-se promover essa ideia através de políticas públicas sérias voltadas a esse objetivo, ou seja, demonstrando que a cooperação entre as partes em conflito não só poderá resolver mais rapidamente o litígio através dos meios adequados para essa função, como também possibilitará às partes um ganho maior do que o esperado.

REFERENCIAS

ABREU, Gabrielle C. M. *Duração Razoável do Processo como elemento constitutivo do acesso à justiça*. Campinas: Conceito Editorial, 2008.

AGRA, Walber de Mora (Coord); MORAIS, José Luis Bolsan. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGRA, Walber de Mora. Agilização da prestação jurisdicional. In: AGRA, Walber de Mora; LEITE, George Salomão Morais. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGRA, Walber de Mora. Modificação na incidência do recurso extraordinário. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Morais. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1999.

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; KELSEN, Hans. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Vedação aos juízes. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.); LEITE, George Salomão Morais. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão [et al.] *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Goma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003, v. 2.

ÁLVAREZ; Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: IDESP, 1997.

AZEVEDO, André Goma de; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, v. 4.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006.

BATAILLE, George. Apud ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: Unb, 1986.

BERMUDES, Sergio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BÊRNI, Duilio de Ávila. *Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Reichamaa & Affonso, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário e política*. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1998. v. 1.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOMFIM, B. Calheiros. *A crise do direito e do judiciário*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

BOTTOMORE, T. B. *Dicionário do pensamento do século XX*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996.

BOUDON, Raymond. *Tratado de Sociologia*. BAECHLER, J. [et al] (Colab.). Trad. de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1960.

CANCLINI, Nestor Garcia. *A globalização imaginada*. Trad. de Sergio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2003.

CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. Trad. de Sergio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed Coimbra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. In: *Revista de Processo*. n. 56, out.-dez. de 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHARTIER, Roger. *Prefácio*. In: ELIAS, Norbert. *A sociedade de Corte*. Trad. de Pedro Sússekind. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania*. Ijuí: Unijui, 2006.

COSER, Lewis A. *Le funzioni Del conflitto sociale*. Milano: Feltrinelli, 1967.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003. v. 3.

CROZIER, Michel. *O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, como sistema social e cultural*. Trad. de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: UNB, 1981.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1983.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Defensoria Pública RS. Disponível em:

<<http://defensoenirmadruga.blogspot.com/2008/06/ncleo-de-justia-comunitria.html>. Acesso em 16 de junho de 2008.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. de Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Unb, 2003. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2.

DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. *Pensando estrategicamente: a vantagem competitiva nos negócios, na política e no dia-a-dia*. Trad. de Marcelo Levy. São Paulo: Atlas, 1994.

ELIAS, Norbert. *A sociedade de Corte*. Trad. de Pedro Sússekind. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Enciclopédia Livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conflito> > Acesso em: 15 de julho de 2008.

Enciclopédia Livre. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Equil%C3%ADbrio_de_Nash> Acesso em: 15 jul. de 2008.

ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

FAVRETO, Rogério. *Redes de Mediação: um novo paradigma à pacificação dos conflitos*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br> >. Acesso em 15 de junho de 2008.

FERNANDEZ, Antoni. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel C. (Ed.) *Manual de ciência política*. 3. ed. Madrid; Tecnos, 2006.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. de Luís Claudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Trad. de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC: 2007

HERMANY, Ricardo. O Plano diretor e a participação social na esfera pública municipal. In: REIS, Jorge Renato (org.); LEAL, Rogério Gesta (org). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul*. Edunisc, 2007. Tomo 7.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOWARD, Ron. *A beautiful Mind*. EUA: Universal Pictures & Dream Works. 2001.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JUNIOR, Oklinger Mantovaneli. *Políticas Públicas No Século XXI. A perspectiva da gestão multicêntrica [À luz da experiência de Porto Alegre]*. Blumenau: Edifurb, 2006.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. de Modesto Carone. Porto Alegre: RBS Publicações, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KUECHLE, David apud CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna AD-HOC*: Buenos Aires: 1997.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. *Sociologia Geral*. São Paulo: Atlas, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz: EDUNISC, 2003, t. 3.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, George Salomão. Instituição do Conselho Nacional de Justiça. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das C. A. Via Judicial de Solução de Conflitos e a Crise de Jurisdição. In: *Revista Júris Síntese*. n. 42. Jul./Ago. de 2003.

LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LINS E SILVA, Evandro. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 5, maio, 1997.

LUCAS, Doglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da Jurisdição desafiada. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008.

LYAUTEY apud ENRIQUEZ; Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo Social*. Trad. de Teresa Cristina Carreiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. *Políticas Públicas no Século XXI. A perspectiva da gestão multicêntrica [À luz da experiência de Porto Alegre]*. Blumenau: Edifurb, 2006.

MARINHO, Raul. *Prática na teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Gersem. *Negociação*. MBA Gestão Empresarial VI. FGV, 2008.

MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Petrópolis: Vozes, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 16. ed, 1997.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de Mesquita. As novas tendência do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. *Revista Forense*, v. 98, n. 361, maio-jun. 2002, p. 50.

MEZZAROBA, Orides (Org). *Humanismo político: presença humanista no transversal pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Justiça Comunitária: uma experiência*. Redação e organização; Glaucia Falsarella Foley. Cromos: Brasília, 2006.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *A decisão racional na teoria dos jogos*. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. Bahia, 2008.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.).

Conflito, jurisdição e direitos Humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: Unijuí, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC.* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione. Traduzione di Federica Sossi.* Milano: Franco. Angel, 2000.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência: percurso filosófico.* Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. (Coleção Direito e Direitos do Homem).

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *L'analyse des politiques publiques.* Paris: Montchestein, 1998.

NALINI, José Renato. *A Rebelião da toga.* São Paulo: Millennium, 2008.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça.* São Paulo: RT, 1994.

NASSAR, Sylvia, *Uma mente brilhante.* Trad. de Sergio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002.

NASTARI, Alfredo (Dir.). *A experiência contesta a razão.* São Paulo: Duetto, [20--]. Série Mente, cérebro & filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique: 2

NEUMANN, Lycia Tramujas Vasconcelos; NEUMANN, Rogério Arns. *Repensando o investimento social: a importância do protagonismo comunitário.* São Paulo: Global; Instituto para o Desenvolvimento Social (IDIS), 2004.

OLIVEIRA, Ângela. *Brasil engatinha rumo à mediação*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos,

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Trad. de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. de Carmen V. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Unb, 2004, v. 1.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 9*. Bahia: Instituto Brasileiro de Direito Público – ibdp, 2007. p. 11. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/svincpp.pdf>>.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. São Paulo: Manole, 2002.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Trad. de Luis Felipe Cozac, Marcos Teixeira de Barros, Mauro Teixeira Pinto. 3. ed. São Paulo: Makron Books Editora, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. In: *Reforma do Judiciário. Revista do Advogado – AASP*, Nº 75, ano XXIV, abril de 2004.

Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em 15 de junho de 2008.

REIS, Elisa P. *Política e políticas públicas na transição democrática*. RBCS, n. 9, v. 3, fev. 1989.

RENNÓ LIMA, Leandro Rigueira. *Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo; Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. Belo horizonte: Ed. UFMG, 1999.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário: cidadania e reforma. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo [et al.]. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providencia*. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997.

ROULAND, Norbert. *Nos Confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALES, Lilia Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 36.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*, José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHELP, Diogo. *O Irã não nos atacaria*. REVISTA VEJA, 4 de novembro de 2009.
SCHMIDT, João Pedro. Gestão de Políticas Públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós - gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. t. 7.

SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8.

SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Trad. de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Trad. de Águia Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma. In: LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús; TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro (Coord.) *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, jan./jun. 2006, p. 257-290.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. LXXXII. n. 82. Coimbra: 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Apresentação. In: AGRA, Walber de Mora (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005, v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARTUCE; Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da sumula vinculante: estudos e comentários à Lei 11417, de 19.12. 2006*. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11 julho/agosto/setembro, 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 06 maio 2009.

TELLES JUNIOR, Golfredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Belo Horizonte: 2004.

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

TRUJILLO, Isabel. Imparcialidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *dispute resolution and lawyers*, p. 48, apud TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

VARGAS, Lucia dias. *Julgados de Paz e Mediação, uma nova face da justiça*.Coimbra; Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas Restaurativas*.São Paulo; Método, 2008.

VENOSA; Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral: introdução ao direito romano*. São Paulo: Atlas, 1996.

VILAR, Silvia Barona. *Solución extrajurisdiccional de conflictos – alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et.al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Trad. de Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (Org). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Almed, 1998.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Régis Barbosa e Karen Elsbæe Barbosa. Brasília: UnB, 2000, v. 2.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZELDIN, Theodore. *Os franceses*. Trad. de F. Rangel. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)