

A SUPERAÇÃO DA VERTICALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA DIANTE DA RELATIVIZAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO

THE OVERCOMING OF THE VERTICALITY OF JURISDICTIONAL PROVISION AND THE ACCESS TO THE JUST LEGAL ORDER BEFORE THE RELATIVIZATION OF THE PUBLIC / PRIVATE DICHOTOMY

Aneline dos Santos Ziemann¹

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

Jorge Renato dos Reis²

Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC

Resumo

O presente artigo teve como objetivo analisar os mecanismos de acesso à ordem jurídica frente à relativização da dicotomia público/privado. Para alcançar tal objetivo foi realizada a pesquisa bibliográfica na literatura jurídica da área. Foi possível concluir que atualmente o acesso à ordem jurídica não se exaure

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC com bolsa Capes/Prosup (Tipo II). Mestra em Direito pela UNISC, com bolsa Capes/Prosup (Tipo II) e com dupla titulação em Direitos Humanos pela Universidade do Minho (UMINHO, Portugal). Integrante do grupo de pesquisas "Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado", sob coordenação do prof. Pós- Dr. Jorge Renato dos Reis, junto ao PPGD - UNISC. Advogada. Email: aneziemann@yahoo.com.br.

² Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Professor na graduação da UNISC. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo. Autor de diversos artigos sobre o tema. É advogado atuante.

mediante o acesso ao Poder Judiciário, envolvendo etapas anteriores a este acesso como a prevenção de conflitos e a solução extrajudicial. Concluiu-se, também, que não somente o Estado possui o poder-dever de proporcionar o acesso à ordem jurídica, sendo este papel desempenhado também pelos particulares mediante a utilização de medidas preventivas e não judiciais de solução de conflitos.

Palavras-chave

Conflitos. Dicotomia. Ordem Jurídica.

Abstract

This paper aimed to analyze the mechanisms of access to the legal order in relation to the relativization of the public / private dichotomy. To achieve this objective, a bibliographic research was carried out in the area's legal literature. It was possible to conclude that currently access to the legal order is not exhausted through access to the Judiciary, involving stages prior to this access such as conflict prevention and out-of-court settlement. It was also concluded that not only the State has the power-duty to provide access to the legal order, but this role is also played by individuals through the use of preventive and non-judicial conflict resolution measures.

Keywords

Conflicts. Dichotomy. Legal Order.

INTRODUÇÃO

Alguns mitos sobrevivem por mais tempo do que outros, isto porque, o avanço do tempo desmistifica as alegorias criadas pelo homem na medida em que este avança científica e socialmente. Aquilo que hoje se entende por fato inquestionável, amanhã pode vir a ser concebido como equívoco necessário na construção de uma compreensão mais apurada.

O Direito, enquanto ciência dinâmica modifica-se constantemente. Para o cientista do Direito não há salvação: a luta é constante pelo aperfeiçoamento de ideias e pela releitura das certezas, ao passo que, a sociedade da incerteza e do risco constitui o *habitat* natural do operador do Direito.

As concepções mais elementares desta ciência social podem (e devem) ser colocadas em dúvida a todo o momento. Talvez seja este, justamente, o fascínio que o Direito provoca. Neste sentido, é

imperativo que sejam desconstruídas muitas das convicções que fundamentam o ideal de Direito atualmente posto em prática. A mais elementar destas convicções, qual seja, a construção do que seja verdadeiramente a "resolução de conflitos" será o alvo do presente artigo.

1 A RELATIVIZAÇÃO DA GRANDE DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO NO DIREITO BRASILEIRO E A POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Um dos mitos do Direito que está ameaçado de ruína é o da separação absoluta entre Direito Público e Direito Privado. A chamada "grande dicotomia", possivelmente não sobreviverá a passagem do próximo século.

A história do homem e de sua convivência social demonstra a constante construção de "grandes dicotomias". A mais antiga delas foi a dicotomia entre estado de corrupção e estado de inocência. Durante séculos, perdurou no ocidente a dicotomia entre estado de natureza e estado civil. No século passado, seguindo esta mesma cadência, nasce a sociedade industrial e com ela mais uma grande dicotomia, esta de viés marxista: sociedade de classes e sociedade sem classes (BOBBIO, 2007).

Uma das mais célebres dicotomias sociológicas foi a elaborada por Tönnies a respeito da sociedade constituída por relações entre indivíduos frente à sociedade constituída enquanto todo orgânico. Observando a relação entre as formas sociais e as formas jurídicas Tönnies percebeu que a estes dois tipos de sistema social são correspondentes a duas espécies de sistema jurídico: o sistema no qual as pessoas relacionam-se entre si enquanto

membros naturais do todo e o sistema no qual as pessoas, enquanto seres absolutamente independentes, relacionam-se unicamente em razão de sua vontade arbitrária (BOBBIO, 2007).

O espelho jurídico do primeiro sistema é o direito das famílias, marco regulatório de uma sociedade natural e orgânica, enquanto que o espelho jurídico do segundo sistema é o direito das obrigações, marco regulatório de relações artificiais e mecânicas. A distinção entre os dois sistemas jurídicos reside no ponto fulcral da função exercida pelo Direito na sociedade, posto que, no primeiro modelo, onde o Direito assume a forma de uma sociedade orgânica, sua função é possibilitar o surgimento de uma vontade coletiva; ao passo que no segundo modelo, onde o Direito assume a forma de uma sociedade mecânica, sua função é compatibilizar o encontro de vontades individuais (BOBBIO, 2007).

Em teoria geral do direito a dicotomia mais saliente é a proposta por Émile Durkheim. De acordo com Durkheim a história social do homem desenvolve-se pelo transcurso das sociedades regidas pela solidariedade mecânica para um modelo social regido pela solidariedade orgânica. Para Durkheim a distinção entre estas duas espécies de sociedade encontra-se no diferente tipo de direito responsável por sua coesão interna. Além disso, para Durkheim não são as normas em si que transparecem a caracterização jurídica destas sociedades, mas sim, as suas espécies de sanção. Destarte, as sociedades mais primitivas, regidas por laços de solidariedade mecânica, buscam exercer o controle social pelo uso de sanções repressivas (sanções penais) enquanto que nas sociedades mais evoluídas constituídas por sociedades do tipo orgânica o controle social é exercido por sanções restitutivas (por exemplo o ressarcimento de um dano). Assim, a primeira sociedade é caracterizada por um direito repressivo e a segunda por um direito cooperativo. Esta movimentação de uma sociedade mecânica em direção a uma sociedade orgânica é considerada por Durkheim tanto uma movimentação histórica quanto social (BOBBIO, 2007).

Diferentemente de Tönnies, que distingue as duas funções do Direito (convivência e colaboração) das quais são tributárias duas respectivas imagens do Direito - o privado e o público, Durkheim atribui ao Direito uma única função, qual seja, a de organização, resumindo assim, a totalidade do Direito à esfera pública. Para Dürkheim, a diferenciação entre direito repressivo e direito cooperativo não corresponde à separação entre direito público e direito privado pois para ele todo o direito é público (BOBBIO, 2007).

Com relação ao Direito, especificamente, a distinção que mais destacadamente revela os traços de uma "grande dicotomia" é a que fragmenta os âmbitos público e privado. Esta fragmentação serve "[...] para dividir em duas subclasses, reciprocamente excludentes e exaustivas, o universo do direito" (BOBBIO, 2007, p. 143). O que distingue uma grande dicotomia das dicotomias parciais ou secundárias é "[...] o emprego *privilegiado* dos seus dois termos, com o objetivo de delimitar o horizonte no qual se inscreve uma determinada disciplina" (BOBBIO, 2007). Nos termos desta pesquisa, importa esclarecer que, não se atribui à palavra "dicotomia" um sentido de oposição, mas de diferenciação, exclusão, separação.

Foi por meio de duas passagens do *Corpus Iuris Civilis* (*Institutiones* e *Digesto*) que a dicotomia público/privado ingressou nas reflexões políticas e sociais do Ocidente. Do seu uso recorrente tornou-se uma das "grandes dicotomias", que são aquelas das quais as disciplinas se servem para delimitar um determinado campo investigativo, como: paz/guerra, democracia/autocracia ou estado de natureza/estado civil (BOBBIO, 1987).

A grande dicotomia público/privado corresponde a uma dicotomia total, o que significa dizer que, independente do critério sob o qual seja erigida esta distinção não haverá nenhum ente jurídico que não esteja inserido em uma destas duas categorias. Poderá sobrevir, isto sim, ente que em ambas as categorias possa

ser alocado, entretanto, não haverá aquele que ficará ao desabrigo de ao menos uma delas. Esta é também uma dicotomia principal, pois tende a englobar outras dicotomias, assim é que dentro desta grande dicotomia se encontram outras categorias secundárias, a exemplo da distinção entre justiça comutativa e justiça distributiva (BOBBIO, 2007).

É ponto fulcral da análise da dicotomia público/privado a sua observação histórica da qual decorre que estes âmbitos são, na verdade, não duas partes reciprocamente excludentes de um mesmo sistema, mas momentos distintos da evolução deste sistema. Tanto é que, conforme já fora mencionado anteriormente inclusive, fala-se em momentos de tendência à privatização (como no Estado liberal) e momentos de tendência à publicização³ (como no advento do Estado social). Assim, conforme acentuava-se a oposição sociedade civil/Estado, era a primeira que ganhava proeminência, à proporção que este último reduzia seu espectro no decurso de um momento privatista do Direito. No início do século XX, juntamente com a decadência das clássicas instituições do direito privado passou a ocorrer o oposto, a publicização do Direito, característica marcante do Direito contemporâneo (BOBBIO, 2007).

Uma alegoria que bem traduz o fato de que as esferas - pública e privada - são, na verdade, representações diferentes de um mesmo direito é a de que para os privatistas o Direito assume a figura de um árbitro convocado a dirimir conflitos enquanto que para os publicistas o direito seria melhor representado pelo comandante que acolhe esforços em busca do alcance de um objetivo comum. Ambas representações figurativas, inclusive,

³ Por publicização entende-se a intervenção do Estado em questões particulares no sentido de garantir a observância dos direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, ou seja, trata-se de uma maior ingerência do Estado em relações tuteladas pela normativa privadas.

externam o porquê da imensa dificuldade teórica de se alcançar um critério claro de distinção entre o direito público e o direito privado. Nesta tentativa desesperada, nos dizeres de Bobbio (2007, p. 152) "não nos apercebemos de que, nessa distinção, estão em choque não duas espécies de um único gênero, mas sim, dois modos diversos de conceber o mesmo objeto, ou se quisermos, dois pontos de vista diferentes" (BOBBIO, 2007).

Desta forma, considerados os intensos esforços despendidos na busca por tal distinção, se faz possível notar que, esta se mostra tão intrincada justamente por em última análise não se tratar de uma individualização, mas tão somente, de maneiras diversas de contemplar um mesmo objeto, o Direito. Esta constatação poderia levar a afirmação de que houve a superação da dicotomia público/privado, porém, é imperativo sejam tomadas algumas cautelas. Todo o esforço teórico e argumentativo despendido à demonstração deste ponto, revela que não há uma convergência pacífica de concepções neste sentido. Os próprios cursos de direito ainda são estruturados de maneira a distinguir as matérias de direito público daquelas de direito privado, basta observar as inúmeras grades curriculares disponibilizadas pelas universidades. A literatura jurídica, bem como, a jurisprudência, da mesma forma, ainda são construídas levando em consideração a dicotomia ora analisada.

Por tais razões, seria incauto afirmar que houve definitivamente uma superação da dicotomia público/privado, optando-se, assim, pela adoção da expressão "relativização", que parece ser a mais adequada ao momento atual do direito brasileiro contemporâneo. A irradiação dos ditames constitucionais sobre a normativa privada vem demonstrar esta relativização, ou seja, as barreiras antes estanques entre público e privado agora se mostram barreiras móveis.

A literatura jurídica mais atual já adota abertamente esta concepção de Direito uno, tanto que hoje se estuda o chamado

"Direito Civil Constitucional", (embora se trate de expressão redundante, pois todo o Direito recebe os influxos constitucionais, sendo, portanto, Direito constitucional), mas não se pode descuidar que esta não é uma concepção pacificada.

A relativização da dicotomia aqui discutida impôs novas concepções da prática do Direito. O direito civil supera o modelo patrimonialista e individualista de origens oitocentistas superando também o entendimento de que caberia somente ao Estado o zelo pelo interesse coletivo enquanto caberia ao direito civil operacionalizar apenas os interesses individuais (RODRIGUES, 2014). Em outras palavras, supera-se o entendimento de que o Estado cuida de todos enquanto cada um cuida apenas de si, quando na verdade o constitucionalismo contemporâneo introduziu como vetores de orientação jurídica e política a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social⁴ de forma que o direito privado também deve se guiar por tais balizas, sendo também responsável pelo bem-estar coletivo (CARDOSO, 2013).

Ademais, importa distinguir a publicização do direito privado da sua constitucionalização⁵. Fenômeno verificado durante a emergência do Estado social, a publicização do direito privado

⁴ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]" (BRASIL, 1988)

⁵ "Durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que, para muitos, teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos" (LÓBO, 1999, p. 101).

também chegou ao Brasil, muito embora, em terras nacionais, não se tenha efetivamente chegado ao estabelecimento de um *Welfare State*. Trata-se de uma maior ingerência do Estado nas relações privadas, inclusive mediante a edição dos microssistemas jurídicos (REIS, 2003). Já a constitucionalização do direito privado é a concepção segundo a qual este ramo do Direito está submetido à ordem constitucional vigente (LÔBO, 1999). Dito de outra forma, é a compreensão de que o direito privado deve ser lido e interpretado à luz das disposições constitucionais.

Além disso, há que se revisitar também a política pública judiciária brasileira com a finalidade de compreender quais são os meios de solução de conflitos atualmente existentes, considerando o patamar evolutivo alcançado pelo constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, perceba-se a evolução que ocorreu no entendimento do que vem a ser o acesso à ordem jurídica.

A literatura jurídica clássica referente ao acesso à ordem jurídica remonta a obra de Cappelletti e Garth (2002), *Acesso à Justiça*. Na citada obra, os autores analisam historicamente a temática lecionando que, nos séculos XVIII e XIX, sob a égide dos Estados Liberais, a resolução de litígios espelhava a já anteriormente mencionada filosofia individualista que, de maneira geral, foi característica daquele período. Prevalencia o entendimento de que propor ou responder a uma ação era sinônimo de estar sob o a salvaguarda da justiça. O estudo do acesso à justiça era absolutamente formalista e completamente alheio à realidade social. Até mesmo a proposição de reformas ocorria com base apenas na teoria e jamais com base em uma análise da realidade social (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Com a transição do Estado Liberal para o *welfare state* o acesso à justiça passou a ser objeto de maior atenção, pois o *welfare state* introduziu uma lógica focada na realização material dos direitos individuais e sociais o que forçou a realização desta revisão no conceito de acesso à justiça. A partir daí aqueles sistemas que

efetivamente cuidam de garantir e não de apenas declarar os direitos de seus cidadãos passaram a reconhecer a relevância do tema, a exemplo do direito processual civil contemporâneo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). No Brasil a recentíssima reforma (ou talvez mais adequado seja dizer, reconstrução) do Código de Processo Civil, acompanhada de inúmeras leis que buscam desjudicializar a solução de conflitos são provas da atenção que o acesso a estes meios tem auferido em terras brasileiras.

Isto ocorre porque não se concebe mais a jurisdição enquanto simples ocupação de subsunção do Direito conforme a clássica perspectiva de Montesquieu. Atualmente, a jurisdição precisa ser entendida enquanto parte essencial de um Estado intervencionista e com função social a realizar. O objetivo da jurisdição não é outro que, não operar os fins fixados pelo Estado; estes, por sua vez, insculpidos de acordo com as necessidades e objetivos da sociedade. É a realização destes objetivos, inclusive, que atribui legitimidade à jurisdição (RODRIGUES, 1994).

Ponto crucial do estudo do acesso à ordem jurídica é a distinção entre esta e o acesso ao Poder Judiciário. O acesso aos meios de solução de conflitos não encontra o seu fim nos estreitos limites do Poder Judiciário e nem sequer nos limites do direito estatal. É absolutamente reducionista limitar o acesso à ordem jurídica ao acesso aos mecanismos processuais. Assim, existem conflitos que "[...] podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados", o que não significa que não haja a necessidade de um Estado investido de jurisdição, já que sem tal investidura o Estado não poderia agir na busca pela pacificação social naqueles casos em que não haja outra alternativa (RODRIGUES, 1994, p. 29).

Seguindo o fluxo da moderna processualística civil, a literatura jurídica brasileira na área tem reconhecido o incremento que os meios alternativos de solução de conflitos proporcionam na questão do acesso à ordem jurídica justa.

Em inúmeras situações a solução ofertada pela lei não se mostrará oportuna para o caso concreto, de maneira que, hodiernamente, as partes possuem a alternativa de buscar esta solução em outros meios, alheios ao processo judicial. Trata-se das "ADRs" (*alternative dispute resolution*)⁶, que paulatinamente foram sendo internalizadas pelos ordenamentos jurídicos a exemplo da arbitragem, da mediação e do *ombudsman* (GRECO, 2015).

No Brasil, gradativamente implementou-se medidas no sentido do acolhimento dos meios alternativos de solução de conflitos. Na Justiça do Trabalho, por exemplo, desde o ano de seu nascimento, em 1946, este ramo da Justiça expõe um caráter preponderantemente conciliatório. A lei nº. 9.307/96, instituindo o procedimento da Arbitragem, também foi um marco no avanço da consolidação dos meios alternativos no Brasil. Outrossim, o Conselho Nacional de Justiça também passou a fomentar a mediação e a conciliação, especialmente mediante a edição da Resolução nº. 125/2010. Em 2009 o governo federal incluiu no II Pacto Republicano⁷, o objetivo de estimular a solução de conflitos

⁶ Resoluções alternativas de conflitos, em tradução livre.

⁷ "Firmar o presente PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO, com os seguintes objetivos:

I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;

II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;

III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

Para a consecução dos objetivos estabelecidos neste Pacto, assumem os seguintes compromissos, sem prejuízo das respectivas competências constitucionais relativamente à iniciativa e à tramitação das proposições legislativas:

[...] d) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização; [...]" (BRASIL, 2009)

por meios autocompositivos. Já em 2012, o Ministério da Justiça criou a Escola Nacional de Mediação e conciliação. Todas estas medidas indicam a tônica do direito processual civil contemporâneo (GRECO, 2015).

O que ocorre é que, o acesso à justiça, enquanto acesso ao complexo de meios de solução de conflito disponíveis, encontra outro desafio além dos supracitados. É que praticamente inexitem instituições encarregadas de atuar preventiva e extrajudicialmente. Tanto é assim, que o processo administrativo nem sequer é percebido enquanto mecanismo processual pelo simples fato de não se tratar de mecanismo judicial, mesmo que similarmente, exija o auxílio de profissionais preparados para tutelar - ainda que extrajudicialmente, os direitos de seus clientes (RODRIGUES, 2000).

O futuro acesso a tais meios depende inexoravelmente de um ensino que os inclua na cultura jurídica; importando que a cultura jurídica seja primeiramente, extrajudicial e não litigiosa, em segundo lugar judicial, e litigiosa apenas em casos extremos, quando não houver possibilidade de resolução consensual. Esta escada de comportamentos poderá ajudar a sociedade na transmutação da cultura do litígio e da judicialização para a cultura do consenso e da extrajudicialização. Esta renovação cultural, por sua vez, permitirá a implementação dos desejos constitucionalmente expressos de paz social e de bem-comum.

Não há como não mencionar, ainda no cenário das mudanças quanto à percepção da política pública judiciária atual, que o Novo Código de Processo Civil prioriza a conciliação e a mediação instituindo a forma de utilização de tais ferramentas. O Novo Código de Processo Civil também cuida de encorajar a mediação pré-processual e a extrajudicial, notadamente nas relações jurídicas duradouras tais como as relações familiares, de forma que tais vínculos sejam preservados mediante o alcance de soluções rápidas e efetivas (GRECO, 2015).

Ou seja, de tudo o que foi dito até o momento, percebe-se, primeiramente, que o direito civil, a partir do seu processo de constitucionalização, deixou de ser mecanismo de perpetuação do *status quo* do patriarcado, do individualismo e do patrimonialismo para valer-se de ideais mais altos. À vista disso, a normativa privada submergiu em mecanismos de busca pela materialização dos preceitos constitucionais, aproximando-se, com este intuito, da realidade social, a exemplo do atual direito das famílias, que contempla a ideia de família em suas múltiplas conformações. O acesso à ordem jurídica, nesta mesma toada, é conceito revisitado revelando que o Estado não é o único devedor de prestação jurisdicional, nem o único capaz de a prestar.

Neste sentido, o tópico seguinte abordará a superação da verticalidade da prestação jurisdicional e a conclamação dos atores privados a participarem desta atividade outrora exclusivamente estatal.

2 A PRIVATIZAÇÃO DOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A SUPERAÇÃO DA VERTICALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Conforme demonstrado no tópico anterior, impõe-se uma revisão dos meios de prestação jurisdicional diante do advento do constitucionalismo contemporâneo e da conseqüente constitucionalização do direito privado. Ora, se o ordenamento jurídico como um todo modificou suas feições, certamente o mesmo decorreu com a prestação jurisdicional. É sobre tal revisão que tratará o presente tópico.

Buscar a tutela jurídica, não é demais frisar, não se resume a acessar o Poder Judiciário. Tanto é assim, que o próprio Poder Público vem criando mecanismos de desjudicialização de conflitos,

ou seja, vem buscando desfazer-se de parcela do monopólio jurisdicional na tentativa de que as partes resolvam seus conflitos sem que tenham que recorrer ao Poder Judiciário para tanto. Tais influxos parecem adequados na medida em que o problema do excesso de litigiosidade ultrapassa os limites de ação do Poder Judiciário. Este excesso corresponde a um problema de saúde pública. Sim, é exatamente isto o que se quer dizer: litigiosidade em excesso adoece.

A medicina comprova que a falta de mecanismos para solucionar um problema jurídico e a pendência de lides processuais causam tamanha angústia, aflição e sofrimento que este acaba por se manifestar na forma de males psicossomáticos. O problema alcançou tamanha proporção que, no Uruguai, a Suprema Corte de Justiça do país entabulou um convênio de cooperação com o Ministério da Saúde Pública. A partir deste convênio, foram instalados anexos aos hospitais, núcleos de atendimento jurídico, para que os pacientes pudessem, além de tratar a sua saúde, tratar de problemas jurídicos. O objetivo da Suprema Corte foi o de garantir o alcance da saúde aos cidadãos, não somente no sentido físico, mas também, enquanto bem-estar emocional e espiritual, posto que somente assim, a Justiça poderia entender como alcançado o objetivo de manutenção da paz social (ANDRIGHI, 1997).

A morosidade do Poder Judiciário brasileiro vem provocando inúmeras tentativas de solução, a exemplo da criação dos Juizados Especiais⁸ e das reformas processuais que antecederam a promulgação do Novo Código de Processo Civil⁹. Tais tentativas buscaram, também, dissipar o descrédito que marca o Poder Judiciário e, conseqüentemente, a própria ideia de justiça no Brasil. Considerado tal contexto, algumas considerações são inevitáveis, a exemplo da constatação de que não se pode

⁸ Lei nº. 9.099/95.

⁹ Lei nº. 13.105/15.

compreender a jurisdição somente enquanto ato a ser realizado por juiz investido em sua função (ANDRIGHI, 1997). Neste sentido:

A complexidade das relações jurídicas contratuais, o advento de novos tipos de contrato que incluem no cenário jurídico relações modernas, a impossibilidade de os jurisdicionados aguardarem por longo tempo a solução dos litígios, a internacionalização das relações comerciais e a união paulatina e inevitável dos povos em mercados comuns impõem aos operadores do Direito uma nova postura, principalmente dos membros do Poder Judiciário, no sentido de afastar nossa formação romanista que conduz à conclusão de que só os juizes investidos nas funções jurisdicionais podem resolver os conflitos (ANDRIGHI, 1997, p. 03).

A celeridade de todo o contexto social contemporâneo é absolutamente incompatível com a morosidade do Poder Judiciário. Tudo acontece de forma instantânea, tanto é que se discute, por exemplo, na esfera contratual¹⁰, o que se pode considerar como um contrato realizado entre presentes e o que se reputa um contrato realizado entre ausentes em um contexto no qual praticamente todos os contatos são instantâneos, mesmo os realizados no ambiente virtual.

¹⁰ Neste sentido: "Na realidade, é preciso esclarecer que não entendemos ser o contrato formado pela *internet sempre* entre presentes, como constou na última obra. Compreendemos que tal forma de negociação faz com que o contrato formado pela rede de computadores seja, *em regra*, entre presentes, podendo ser formado também entre ausentes, dependendo do caso concreto." (TARTUCE, 2017).

A democratização da justiça consiste em um imperativo que coloca em pauta a escolha entre manter o monopólio da jurisdição exclusivamente nas mãos dos órgãos do Poder Público sem que estes detenham condições materiais de solucionar satisfatoriamente todos os conflitos ou abrir mão de parcela deste monopólio. O que as reflexões a respeito das tentativas de superação do descrédito e da morosidade do Poder Judiciário revelam é que além das mudanças estruturais que vêm sendo feitas e das que ainda estão a caminho, é indispensável que ocorra uma mudança na mentalidade dos operadores do Direito (ANDRIGHI, 1997).

Voltando os olhos para a realidade brasileira, percebe-se a urgência de medidas de combate aos excessos da litigiosidade. Em 2016 a Justiça Estadual brasileira recebeu 19.787.004 processos novos e julgou 22.153.891¹¹. Isso significa que a cada 100.000 habitantes, 12.907 recorreram ao Poder Judiciário para ingressar com um processo no ano de 2016. Entre as sentenças proferidas em 2016, somente 11.9% delas foram homologatórias de acordo (CNJ, 2017).

Todos estes números¹² são úteis para demonstrar o tamanho do problema a ser enfrentado, porém, há uma única estatística que já seria capaz de, sozinha, realizar esta demonstração: a taxa de congestionamento do Poder Judiciário. Em 2016 ela foi de 73%, equivalendo a dizer que de todos os processos em tramitação, apenas 27% foram solucionados. Com relação ao tempo de duração dos processos, os dados relativos ao ano de 2016 demonstraram que o tempo médio que um processo leva para ser sentenciado nas varas estaduais é de dois anos e um mês e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes até

¹¹ Dados extraídos de: Justiça em Números 2017: ano base - 2016/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

¹² Para o momento foram colacionados somente dados relativos ao primeiro grau de jurisdição pois este representa 94,2 % dos processos pendentes de 85,5% dos novos processos, refletindo, portanto, com fidelidade, o quadro geral no qual o Poder Judiciário brasileiro contemporâneo (CNJ, 2017).

31/12/2016 é de desumanos sete anos e cinco meses de arrasto (CNJ, 2017).

Agora, considerando o fato - que sequer precisaria de confirmação científica -, de que um processo judicial é fonte de stress, angústia, sofrimento, aflição, preocupação, pergunta-se: a ineficiência do Poder Judiciário é um caso de saúde pública ou não é? É forçoso concluir que sim. A superação da verticalidade da prestação jurisdicional, ou seja, do quadro conjectural que coloca a figura do Estado enquanto único responsável pela situação de conflitos tem como pressupostos a necessidade da revisão do contexto geral de solução dessas dissidências, bem como, o fato de que os litígios envolvendo questões privadas são em grande medida responsáveis pelo problema do excesso de litigiosidade, morosidade e ineficiência do Poder Judiciário. Dito de outra forma, os particulares não tem o hábito de resolver os seus próprios problemas.

O relatório "Justiça em Números" de 2016, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça demonstrou que no segundo grau da Justiça Estadual, os assuntos mais recorrentes são os da esfera privada, considerando, ainda que para fins de mera catalogação, a já relativizada separação público/privado. São eles, por ordem de recorrência: obrigações e contratos, questões de direito do consumidor (*sui generis*), responsabilidade civil e direito das famílias. No primeiro grau: em primeiro lugar estão as lides tributárias (dívida ativa), e em seguida obrigações e contratos, tributário novamente (impostos) e em quinto os conflitos familiares (CNJ, 2017).

Toda esta emblemática situação também perpetua outros problemas tão ou mais graves: a justiça inoficial que estampa os jornais cotidianamente é exemplo disso. Amplamente perceptíveis nos bolsões mais pobres do país onde as pessoas por vezes se socorrem de uma justiça ilegítima visando solucionar seus conflitos, a exemplo dos esquadrões da morte (RODRIGUES, 2000). A

"litigiosidade contida"¹³ também é fruto desta falta de expectativa de solução pela justiça oficial e, vez ou outra, acaba extravasando para outros mecanismos tais como a violência e a "justiça pelas próprias mãos" (ANDRIGHI, 1997). Exemplo de mecanismo de controle da "litigiosidade contida" e que pode ser utilizado por particulares fora de qualquer ambiente judicial é a mediação.

A mediação é uma forma de resolução de conflitos muito comum no ambiente extrajudicial. Ocorre fora dos limites do Poder Judiciário quando as partes, concientes de tal possibilidade, optam pela contratação de serviços privados, embora não haja qualquer impedimento, antes pelo contrário, de que a mediação seja judicial, da mesma forma como não há impedimento para que, realizada a mediação extrajudicial, esta venha a interferir em um processo já em andamento, acarretando, por exemplo, a sua suspensão. A jurisdição, na verdade, não necessariamente deveria ser uma função estatal, como ainda hoje se revela ser. Isto porque com o avanço da sociedade, o Estado também teria que avançar com relação à forma como busca lidar com a questão da violência social, atualizando os mecanismos disponíveis para a administração de conflitos, e especialmente porque a resolução de litígios pode ser empreendida também por sujeitos privados (PINHO; PAUMGARTTEN, 2013). Especificamente neste sentido, que aqui se fala em superar a noção de "verticalidade" da jurisdição: não se tratando mais de um monopólio do Estado, e sim, de uma divisão de tarefas entre este e os atores privados.

Certamente tal percepção não se dará de forma simples, pois pressupõe a superação do próprio conceito de jurisdição, historicamente compreendido enquanto poder-dever do Estado, sendo ainda expressão do seu poder de coerção. Este obstáculo é tão palpável que mesmo diante da criação de mecanismos não estatais de resolução de conflitos, a exemplo do que se passa no Brasil com relação à arbitragem, esta não comporta o mesmo

¹³ Expressão cunhada por Kazuo Watanabi (ANDRIGHI, 1997).

ferramental do qual o Estado dispõe quando a jurisdição é por ele exercitada. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2013) Não há uma "paridade de armas" que efetivamente equipare a jurisdição estatal à não-estatal. Ainda assim, existem vozes ecoando a necessidade de ampliação da desestatização da administração da justiça.

O crescente desprestígio e descrédito dos órgãos estatais, tanto em razão das suas deficiências estruturais, mas especialmente em razão das altas aspirações contemporâneas por um ideal de justiça que torna-se inatingível para o Poder Judiciário, movimentam juristas no caminho da desestatização da jurisdição. Há, também, um movimento no sentido de alterar a ordem de prioridades originalmente perseguidas: primeiro busca-se o consenso e somente se este não for possível, deve ser prolatada uma decisão impositiva. Em verdade, os meios consensuais de resolução de conflitos no Brasil são tradicionalmente apenas tolerados na cultura jurídica, o que significa dizer que dentro de uma cultura "Estado-juiz" para que as sentenças deixem de ocupar o posto de único mecanismo disponível para a solução de conflitos, deverá ocorrer anteriormente, uma mudança de mentalidade e de cultura jurídica neste sentido. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2013)

Deve-se atentar, contudo, para preservar-se o equilíbrio nesta nova relação a se construir entre jurisdição estatal e desestatização da jurisdição. Embora necessitando ser revista, a concepção de jurisdição enquanto mecanismo estatal não pode ser subitamente abandonada a ponto de que os cidadãos carentes de maturidade civil, política e jurídica se sintam livres para buscar a solução de conflitos por meios completamente alheios à regulação estatal e até mesmo contrários à lei, o que levaria a um absoluto colapso social e retorno aos primórdios da civilização pelo uso da força (PINHO; PAUMGARTTEN, 2013). Há ainda que se atentar para o fato de que a solução extrajudicial de conflitos pressupõe a existência destes, mas há ainda uma etapa anterior a esta que é a

prevenção do conflito, isto é, evitar que este venha a existir. Exemplo de mecanismo é o empoderamento comunitário.

Existem demandas comunitárias por conhecimentos a respeito de temáticas como direitos humanos, comunicação construtiva e mediação de conflitos. Ou seja, em análise mais profunda, percebe-se a existência de uma necessidade de reconhecimento do poder da comunidade enquanto gestora de seus assuntos. Este poder, se devidamente canalizado é capaz de prevenir, por exemplo, os conflitos de vizinhança e de os transformar construtivamente. Assim é que "[...] incluem-se entre os objetivos do Estado o estímulo e o oferecimento de apoio para que as lideranças comunitárias e outros voluntários se capacitem nessas práticas restaurativas [...]" (VASCONCELOS, 2008, p. 111).

Esta temática tem sido pauta de diversos estudos recentes. Inclusive, no ano de 2016, durante a I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal foram aprovados oitenta e sete enunciados. Grande parte deles tratam justamente do acesso à ordem jurídica justa, do incentivo às práticas preventivas e extrajudiciais de solução de litígios já no âmbito universitário, do empoderamento popular para o diálogo, e para negociação e do papel do Poder Público enquanto fomentador da criação de uma cultura de resolução pacífica de conflitos (CNJ, 2016)

Dentre os oitenta e sete enunciados aprovados, abaixo estão os que mais intimamente se relacionam com a temática aqui exposta¹⁴:

¹⁴ Enunciados disponíveis em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 07.01.2017.

- a) Enunciado nº. 14: "A mediação é método de tratamento adequado de controvérsias que deve ser incentivado pelo Estado, com ativa participação da sociedade, como forma de **acesso à Justiça e à ordem jurídica justa.**"
- b) Enunciado nº. 15: "Recomenda-se aos órgãos do sistema de Justiça firmar acordos de cooperação técnica entre si e com **Universidades, para incentivo às práticas dos métodos consensuais de solução de conflitos,** bem assim com empresas geradoras de grande volume de demandas, para incentivo à **prevenção e à solução extrajudicial de litígios.**"
- c) Enunciado nº. 17: "Nos processos administrativo e judicial, é dever do Estado e dos operadores do Direito propagar e estimular a mediação como solução pacífica dos conflitos."
- d) Enunciado nº. 23: "**Recomenda-se que as faculdades de direito mantenham estágios supervisionados nos escritórios de prática jurídica para formação em mediação e conciliação** e promovam parcerias com entidades formadoras de conciliadores e mediadores, inclusive tribunais, Ministério Público, OAB, defensoria e advocacia pública."
- e) Enunciado nº. 24: "Sugere-se que as faculdades de direito instituem **disciplinas autônomas e obrigatórias e projetos de extensão destinados à mediação, à conciliação e à arbitragem,** nos termos dos art. 2º, § 1º, VIII, e 8º, ambos da Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004."
- f) Enunciado nº. 25: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos** com atribuição específica para autocomposição do litígio."
- g) Enunciado nº. 27: "Recomenda-se o desenvolvimento de programas de fomento de habilidades para o diálogo e para a gestão

de conflitos nas escolas, como elemento formativo-educativo, **objetivando estimular a formação de pessoas com maior competência para o diálogo, a negociação de diferenças e a gestão de controvérsias.**"

h) Enunciado nº. 28: "Propõe-se a implementação da **cultura de resolução de conflitos por meio da mediação, como política pública, nos diversos segmentos do sistema educacional**, visando auxiliar na resolução extrajudicial de conflitos de qualquer natureza, utilizando mediadores externos ou capacitando alunos e professores para atuarem como facilitadores de diálogo na resolução e prevenção dos conflitos surgidos nesses ambientes."

i) Enunciado nº. 38: "O Estado promoverá a cultura da mediação no sistema prisional, entre internos, como forma de possibilitar a ressocialização, **a paz social e a dignidade da pessoa humana.**"

j) Enunciado nº. 53: "O Poder Público e a sociedade civil incentivarão a facilitação de diálogo dentro do âmbito escolar, por meio de **políticas públicas** ou parcerias público-privadas que fomentem o diálogo sobre questões recorrentes, tais como: *bullying*, agressividade, mensalidade escolar e até atos infracionais. Tal incentivo pode ser feito por oferecimento da prática de círculos restaurativos ou outra prática restaurativa similar, como **prevenção** e solução dos conflitos escolares."

k) Enunciado nº. 55: "O Poder Judiciário e a sociedade civil deverão fomentar a adoção da **advocacia colaborativa como prática pública de resolução de conflitos** na área do direito de família, de modo a que os advogados das partes busquem sempre a atuação conjunta voltada para encontrar um ajuste viável, criativo e que beneficie a todos os envolvidos."

l) Enunciado nº. 57: "**As comunidades têm autonomia para escolher o modelo próprio de mediação comunitária**, não devendo se submeter a padronizações ou modelos únicos."

m) Enunciado nº. 73: "A **educação para a cidadania** constitui forma adequada de solução e prevenção de conflitos, na via extrajudicial, e deve ser adotada e incentivada como política pública privilegiada de tratamento adequado do conflito pelo sistema de justiça."

Diante do exposto, é notável que os interesses privados são os clientes mais assíduos do Poder Judiciário. Assim, é possível perceber a persistência, na esfera privada, de um cultura profundamente belicosa. Esta cultura acaba, cedo ou tarde, por refletir no Poder Judiciário por meio da judicialização o que revela a necessidade de medidas que busquem contornar esta realidade e superar a cultura do litígio.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa partiu do pressuposto de que é necessária uma profunda mudança na cultura jurídica brasileira para que a lógica solidarista de prevenção e solução extrajudicial de litígios ganhe efetividade prática. É possível perceber a necessidade de que se tenha por superada, também, a divisão estanque entre público e privado, entre Estado e sociedade civil, para que os particulares assumam as suas tarefas na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Foi para tornar possível a construção desta percepção que em primeiro lugar se demonstrou a evolução paradigmática do direito privado brasileiro e a sua conseqüente relativização da dicotomia público/privado. Todos estes movimentos de abandono do patrimonialismo jurídico e de acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana como eixo fundamental do direito privado tiveram como pano de fundo a força transformadora da Constituição Federal de 1988.

Diante da mudança de paradigma do direito privado, caíram por terra também outras inferências teóricas, tais como, o que se entende por efetivo acesso aos meios de solução de conflito e quem são os responsáveis por efetivar este acesso. Acabaram as ilusões: o Estado não é o "pai de todos", a maturidade civil chegou inclusive para o Direito. É hora de cada um assumir seu papel no mundo.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Naci. A Democratização da Justiça. In: **Revista CEJ**. V. 1, nº. 3, set./dez., 1997. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/115/158>>. Acesso em: 03.01.2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05.01.2018.

_____. **Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Volume I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acessos em: 08.02.2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. O Papel da Mediação no Século de Vocação da Jurisdição e no (Re)dimensionamento da Democratização do Processo Civil. In: **Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos**. SPENGLER, F. M.; PINHO H. D. B. Curitiba: Multideia, 2013.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O Fenômeno da Constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. RUZYK, C. E. P.; SOUZA, E. N.; MENEZES, J. B.; JUNIOR, M. E. (Organizadores). Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. O Ensino do Direito, os Sonhos e as Utopias. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil Volume 3 - **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.