

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.3

CRISE(S) DA JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA UMA QUESTÃO RECORRENTE

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS

SUMÁRIO: 1. Premissas: as crises da jurisdição – 2. Jurisdição e consenso (jurisconstrução) – 3. A solução dos conflitos – 4. Notas finais (ou nem tão finais assim...).

Resumo: O artigo aborda as diversas crises por que passa a jurisdição nas sociedades contemporâneas. Retomando a dicotomia entre os modelos conflituais e os consensuais, o centro da crise situa-se na superação dos primeiros, e a análise é voltada para as características dos segundos, nomeados de *jurisconstrução*. Apresentando as virtualidades e os problemas desse tipo de mecanismo, o artigo aponta para duas perspectivas de sua implementação: democratizante ou neo-liberal, segundo o seu conteúdo e método. O artigo analisa os métodos de resolução de conflitos segundo o caráter autônomo ou heterônomo de tomada de decisão. Em conclusão, o artigo defende a necessidade de uma abordagem macro-estrutural que compreenda as transformações sociais e estatais contemporâneas, e que tenha em mente o debate teórico-jurídico contemporâneo, em particular a teoria garantista.

Palavras-chave: Crise judiciária – Jurisdição.

1. Premissas: as crises da jurisdição

Para enfrentarmos esta temática já é tradicional retomarmos a proposta apresentada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth para o trato das questões que o atingem¹.

Separando em momentos distintos – ondas –, tais autores propuseram uma trajetória que nos apresenta o caminho perseguido por tal preocupação, que passa pela *incorporação dos pobres e dos hipossuficientes culturais, pelos novos interesses e pelos novos mecanismos de solução de controvérsias*.

Portanto, neste ponto devemos apenas fazer referência a que as preocupações relativas a esta interrogação permitiram que se colocasse em pauta o problema da *efetividade da prestação jurisdicional*, fazendo com que uma certa processualística, que incorpora interrogantes de cunho sociológico, tenha produzido algumas soluções no sentido de buscar alternativas para o caráter cada dia mais agudo e insuficiente das respostas dadas aos conflitos pelo aparato jurisdicional do Estado Moderno.

Deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o Direito – jurisdição – refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico – aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos – que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas

⁽¹⁾ Ver, dos autores, *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos pólos das relações jurídicas, por outro.

Assim, as crises da Justiça fazem parte de um quadro cada vez mais intrincado de problemas que são propostos à solução, tendo-se como paradigma a continuidade da idéia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo.

Devemos, portanto, entender esta crise sob diversas perspectivas: uma que diz respeito ao seu financiamento – infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos – que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários etc.), efetivamente dispendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas –, remuneração etc. – que nominamos *crise estrutural*.

Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem² técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda o acúmulo de demandas. É a *crise objetiva ou pragmática*.

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, moldadas que foram para pretenderem funcionar a partir de silogismos lógicos neutralizados da incidência de uma pressuposição legal-normativa (suporte fático abstrato) a um fato ocorrido na rea-

lidade (suporte fático concreto). Ora, este mecanismo lógico formal não atende – se é que algum dia atendeu – às soluções buscadas para os conflitos contemporâneos, em particular aqueles que envolvem interesses transindividuais. É a *crise subjetiva ou tecnológica*.

Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação de o modelo jurisdicional atender às necessidades sociais do final do século – e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar – direito do Estado, direito social, *lex mercatoria*, costumes, equidade etc. É a *crise paradigmática*.

Por outro lado, deve-se ter assente que quando se fala em crise da Justiça, este tema está intrinsecamente ligado à crise do Estado e do próprio Direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais diante das mesmas, automaticamente isto se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.³

O Estado, como instância central da regulação social, passou a orientar as condutas humanas enfrentando hoje, tanto a nível internacional (ONU, mecanismos do mercado internacional etc.) como a nível nacional, uma(s) crise(s) que o atinge(m) como um todo, e particularmente como

(3) *O conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas, gerando a crise do direito. A crise do direito, como a crise das instituições relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de Justiça, em crescente insatisfação. Ver: KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. Direito e justiça, 2. ed. São Paulo : Ática, 1994, p. 172.*

(2) Veja a respeito os trabalhos de Luis Alberto Warat, em especial *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre : SAFE, 1984.

expressão jurídica,⁴ onde os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda da soberania e autonomia dos Estados Nacionais (e.g., fenômeno da globalização) por um lado, como também pela quebra de suas instâncias e instrumentos de legitimação interventiva.

Tendo presente estas circunstâncias, parece-nos, então, perfeitamente justificada a pretensão que temos de tratar este debate conjugando-o com o do Estado, visando, com isso, supor que devemos ter presente que não há uma inexorabilidade iminente que leve à emergência de *mecanismos alternativos* para a solução de conflitos como estratégia final para o trato das questões relacionadas com estas crises que acima apontamos.

2. Jurisdição e consenso (jurisconstrução)

Portanto, importa-nos retomar algumas considerações acerca da dicotomia mecanismos conflituais/mecanismos consensuais utilizados para por fim a querelas.

O primeiro cuidado que devemos ter é o de tomarmos consciência de que, no *debate acerca da crise da administração da justiça*, além dos aspectos (infra)estruturais, devemos ter presente, como já dito

acima, que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca frente a interesses que têm características totalmente diferenciadas – tais os individuais, os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos –, o que aprofunda ainda mais o fosso que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais de solução de controvérsias dispõem para oportunizá-las.

É o próprio *modelo conflitual de jurisdição* – *caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito* – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repropõem em pauta a idéia do consenso como instrumento para a solução de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo⁵ que nomeamos *jurisconstrução*, cuja caracterização pretendemos retomar a seguir.

Para a solução dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como *poder de Estado* encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen.⁶ Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento

(4) (...) incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. (André-Nôel Roit. O direito em crise: Fim do Estado Moderno?. FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19. Ver, também: Celso Fernandes Campilongo. *Direito e democracia*. São Paulo : Max Limonad, 1997, em especial, p. 112 et seq. Ainda: FARIA, Jose Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros, 1999.

(5) Usamos o termo protótipo, pois estamos designando algo que ainda não tem suas feições definitivas perfeitamente traçadas, estando, diríamos, em fase de testes.

(6) Ver do autor o seu clássico *Teoria pura do direito*, bem como *Teoria do ordenamento jurídico* de Bobbio.

espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de *dizer o Direito* (jurisdição).

Esta estrutura aqui descrita, referenda um modelo jurisdicional que se assenta na fórmula clássica, como dito, da *oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos*, para os quais é indispensável que se sobreponha o Estado como ente autônomo e externo, neutro e imparcial, do qual provenha uma decisão cogente, impositiva, elaborada com base em textos normativos de conhecimento público, previamente elaborados.

A contrapartida que se apresenta nestes tempos de crise – dos sistemas judiciários de regulação de conflitos – entre outras, pode ser percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciários.

A justiça consensual em suas várias formulações – na esteira dos ADR⁷ americano, *shadow justice* ou da *justice de proximité* francesa – aparece como resposta ao disfuncionamento deste modelo judiciário, referindo a emergência/recuperação de um modo de regulação social que, muito embora possa, ainda, ser percebida como um instrumento de integração, apresenta-se como um procedimento geralmente formal, através do qual *um terceiro busca promover as trocas entre as partes, permitindo que as mesmas se confrontem buscando uma solução pactada para o conflito que enfrentam*.

Aparecem, assim, os *mecanismos consensuais* – apesar de suas distinções – como uma *outra justiça*, na qual, ao invés da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela *proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação*, como já dito, onde na discussão do conflito são trazidos

à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo.

A questão que sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura destes procedimentos, deixando de lado o caráter triádico da jurisdição tradicional, onde um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, e assumindo uma postura diáde/dicotômica, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos.

É por isso que propomos como gênero o estereótipo *jurisconstrução*, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactar/construir* a resposta para o conflito que reúne as partes.

Sob esta ótica os aponta-se como *objetivos* destas formas alternativas de solução de conflitos os seguintes:

- a) em relação ao Estado, busca desincumbi-lo dos contenciosos de massa, restando-lhe uma função simbólica de referencial e como instância de homologação e apelo;
- b) para as empresas, no caso das relações de consumo, aponta para ganhos de custos, imagem e marca;
- c) para as partes, incorporando-as ao procedimento, permite, assim, a sua descentralização, flexibilização e informalização.

Assim, a solução consensual aponta para uma pretensa harmonização dos interesses e o equilíbrio entre as partes.

Pode-se, então, sustentar que a solução consensual de litígios pode ser caracterizada como uma *desjudicialização do conflito, retirando-o do âmbito da função*

⁽⁷⁾ ADR – Alternative Dispute Resolution.

jurisdicional do Estado e afastando-o, até mesmo, das técnicas judiciárias de conciliação, colocadas à disposição do julgador tradicional, ou seja, a mediação judiciária.

No caso da *mediação* – como espécie de Justiça Consensual ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) – supõe-se que o conflito possa ser resolvido pela restauração de uma identidade harmoniosa que atravessaria o campo social, exigindo conceber o julgamento jurídico como um *modelo reflexivo*⁸ e não mais sob o modelo silogístico de uma fórmula determinante.

Um dos *problemas* que emerge neste momento é o do personagem – operador – que funcionará como intermediário das trocas. Este papel tanto pode ser ocupado por um técnico como por alguém com autoridade moral, muito embora as consequências distintas que poderão advir de uma ou outra opção, o que se explicita na Lei 9.307/96.⁹

Dessa forma, poderíamos construir um quadro para objetivar uma demonstração do modelo de justiça consensual, como apontado anteriormente:

1. Quanto às características: aponta para uma informalização dos procedimentos, onde a troca de informações e a reconstrução do quadro geral do conflito são as feições marcantes;

2. Os problemas que estariam ligados à mesma diriam respeito ao controle social de seu funcionamento e de suas decisões, bem como o problema da profissionalização da sua prática, apontando para uma possível burocratização e encarecimento

em razão do surgimento de uma nova “profissão”, a do mediador/árbitro e de uma estrutura procedimental burocratizada;

Todavia, o seu estudo aponta para *algumas interrogações*: como ficariam, a jurisdição como função do Estado, os operadores tradicionais do Direito e os seus métodos? Como os interesses seriam representados? Qual o conteúdo das demandas que estariam afetas a este tipo de solução? E a idéia de Estado de Direito?

Tais questões apontam para o receio em relação ao surgimento de uma *justiça paralela desprovida das características e garantias tradicionais do modelo estatal*, ou apenas a um apego xenófobo a prestígios e/ou garantias profissionais dos diversos operadores jurídicos? Será que o mercado de trabalho se reduziria ou, pelo contrário, se ampliaria pela incorporação de conteúdos e pessoas de longa data alijados do processo jurisdicional estatal?

Em razão mesmo de tais interrogações, aponta-se para a pretensão de um efetivo acesso à Justiça/jurisdição estatal de seus interesses e, por consequência, um reforço da instituição judiciária e de suas garantias, ou seja, atenta-se, muitas vezes, para a importância de que o resguardo dos interesses se faça através de demandas coletivas no âmbito do Judiciário estatal e não individualmente, pois o que importa é assegurar a salvaguarda de pretensões de natureza transindividual de cunho difuso.

Entretanto, aqui permanece a dúvida exposta por Cappelletti acerca da viabilidade de os modelos jurisdicionais tradicionais estarem aptos a lidarem com estes(as) objetos/pretenções, quais sejam os interesses coletivos e, particularmente, os difusos.

Dois outras críticas ainda se podem apontar nesta matéria:

A *primeira* delas diz respeito às insuficiências das bases filosóficas sobre as quais se organizou a função jurisdicional na modernidade democrática, em especial

(8) Tal “modelo” não se identifica com a idéia de “direito reflexivo”, muito embora esteja presente nela a perspectiva habermasiana de legitimação discursiva da solução para o litígio. Ver, a respeito: Jose Eduardo Faria (org.), *Direito e globalização econômica e*, também, deste autor *O direito na economia globalizada*.

(9) Ver, neste sentido, o art. 1.º desta Lei.

aquelas que pretenderam uma purificação do conflito através de sua *limitação objetiva* – quanto ao seu conteúdo – e *subjetiva* – quanto às partes envolvidas –, objetivando, assim, uma neutralização inconsistente, impondo aos atores envolvidos na lide terem presente a constante preocupação de sanear o processo, expurgando do mesmo tudo aquilo que a lei considera irrelevante para a solução do mesmo. Tal situação se aguça contemporaneamente quando temos presente a incapacidade que tem o Estado de permanecer com a detenção do monopólio de produção e execução jurídicas.¹⁰

Apesar disso, não se pode negligenciar o conteúdo de muitas das garantias conquistadas e que estão vinculadas ao modelo de jurisdição estatal, o que aponta para a busca de um efetivo acesso à Justiça do Estado e suas garantias como o único caminho eficiente para assegurar as suas pretensões diante das diferenças marcantes entre as partes envolvidas nas relações sociais contemporâneas.

A *segunda*, e mais contundente, crítica que se pode apontar, diz respeito ao equívoco que se cometeria em pretender supor as relações sociais a partir de uma possível harmonia e de uma eventual conquista do consenso. Nada mais virtualmente ilusório do que imaginar uma sociedade que estivesse fundada no desaparecimento do conflito. Ao revés, é o conflito que constitui o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de regulação das práticas sociais e da resolução dos litígios.

Logo, como se pretender a construção do consenso diante do conflito que é iminente às relações sociais, o que apenas teria alguma possibilidade de êxito caso estivessemos diante de uma desconstrução das paixões e interesses.

Assim sendo, o *poder da conciliação*, ao mesmo tempo em que aponta a recons-

trução de laços conviviais, onde o conflito é reconstruído pela interação das partes, tem uma implicação simbólica de pretender referir uma sociedade na qual seja possível o atingimento utópico de uma paz social, como a *pax mercatoris*¹¹ prometida pelos liberais clássicos.

Todavia, para nós operadores do Direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios permitem supor o evitar as deficiências profundas – instrumentais, pessoais, de custos, de tempo etc. – próprios à Grande Justiça – a jurisdição estatal –, como apontado acima, marcando, apesar das insuficiências, para alguns, um reforço das relações de cidadania, sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam ou teriam tratamento insuficiente/deficiente, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais *mas*, por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos *funções do Estado Contemporâneo* – onde a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da Economia, do Direito e do Estado.

Assim, pensar um modelo consensual para as soluções de controvérsias pressupõe termos presentes estas duas perspectivas – uma interna que apontaria para o seu viés democratizante, outra externa que refletiria os seus vínculos com um projeto de sociedade assentado na proposta (neo) liberal.

Apesar disso, neste momento é importante que tenhamos clareza quanto ao con-

⁽¹⁰⁾ Vide os textos de Jose Eduardo Faria e Celso Campilongo, anteriormente mencionados.

⁽¹¹⁾ Talvez com a mesma simbologia e lógica da *lex mercatoris* apontada por J. E. Faria.

teúdo de tais métodos.

3. A solução dos conflitos

Os novos-velhos métodos de solução de controvérsias revigorados, agora, como formas alternativas de solução de conflitos se põem na esteira de uma grande dicotomia suposta acima, que separa os *métodos heterônomos dos métodos autônomos de solução de controvérsias*.

Àqueles se vinculam dois modelos: o da *jurisdição estatal*, onde o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a *arbitragem* — retomada pela Lei 9.307/96¹² — na qual a um terceiro — árbitro ou tribunal arbitral —, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar a solução para o conflito que as (des)une.¹³ São ditos, ambos, heterônomos, pois assentam-se na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/resposta, seja através do monopólio público-estatal, seja através da designação privada.

Aqui está realmente a distinção intrínseca entre ambos. Na arbitragem cabe às partes escolherem aquele(s) — indivíduo ou tribunal(arbitral) — que irá(ão) ditar a resposta para o conflito, enquanto que a jurisdição aparece organizada como uma função de Estado à qual sujeitam-se os indivíduos envolvidos na lide, cuja solução fica vinculada às regras de competência definidas nas leis processuais.

Por outro lado, os modelos ditos autônomos revelam a pretensão de que os litígios sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da (re)elaboração da situação conflitiva sem a prévia delimitação formal do conteúdo da mesma atra-

vés da norma jurídica. Assim, supõe-se a possibilidade de uma sublimação do mesmo a partir do compromisso das partes com o conteúdo da resposta elaborada por elas mesmas no embate direto que travam.

Ou seja: neste caso a solução do conflito provém não de uma intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que dita a sentença,¹⁴ mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades etc..., que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada, apenas mediada pela figura de um terceiro cujo papel é o de facilitar os intercâmbios e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, de cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou o que é definida pelo árbitro a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem.

Compõem o conjunto deste método a mediação e a conciliação. Esta última — a conciliação — se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa facilitar a comunicação entre os envolvidos, como se verá adiante.¹⁵

Diante disso, o que temos perante nós é o confronto que se estabelece entre uma

(12) Deve-se ter presente, e.g., que a arbitragem é também o mecanismo privilegiado para a solução de conflitos no âmbito do processo integracionista no Mercosul, cf. se observa, em particular, do Protocolo de Brasília, que regulamenta a matéria.

(13) Ver arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 9.307/96.

(14) Ver Capítulo V da Lei 9.307/96.

(15) *El mediador no actua como juez, pues no puede imponer una decision, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vias de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a*

tradição assentada em um modelo conflitivo de resolução de conflitos, onde sempre teremos um ganhador e um perdedor – logo um satisfeito e outro descontente – que é próprio da tradição liberal e do modelo de Estado de Direito que lhe acompanha, e o crescimento de importância adquirido pelos métodos alternativos de solução de conflitos em razão mesmo das interrogações que se impõem pela rediscussão acerca da eficiência e suficiência do sistema jurisdicional proposto no âmbito do debate relativo à temática do acesso à justiça, como já exposto anteriormente.

Também no âmbito supranacional, como é o caso da União Européia e do Mercosul – evidentemente que com suas variáveis intrínsecas –, o que se pode observar é que, na esteira da crise apontada, estamos frente a este mesmo dilema: ou construir/fortalecer os mecanismos jurisdicionais de solução de conflitos, via organismo supranacional de jurisdição – o que implica no reforço dos sistemas ditos heterônomos –, privilegiado pelos nominados *institucionalistas* ou, por outro lado, pretender o reforço de fórmulas privilegiadas do consenso.

No caso do *Mercosul*, o que temos presentemente é um sistema embrionário de

conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse "perdedor" al tener que cumplir lo decidido por juez. En definitiva, puede decirse que realmente 'la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas', en tanto el haber participado en la solución torna más aceptable el cumplimiento... Ver Elena Highton e Gladys Álvarez. Mediación para Resolver Conflictos. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1995, p. 122-123.

solução de conflitos regulado genericamente pelos Protocolos de Brasília e Ouro Preto, os quais propõem a solução pactada – via arbitragem – de litígios entre Estados-Parte (art. 1.º) ou particulares e Estados-Parte (art. 25), cujo procedimento se caracteriza pela *flexibilidade, celeridade, obrigatoriedade e temporariedade*, para a interpretação, aplicação e descumprimento do Tratado de Assunção, dos Acordos e das decisões do Conselho e do Grupo Mercado Comum, ou para aplicação de sanções ou medidas legais/administrativas de efeito restritivo.

No âmbito das disputas entre Estados-Parte (art. 1.º), o procedimento se inicia com *negociações diretas* (art. 2.º), as quais, se inexitosas total ou parcialmente em um prazo de 15 dias, darão lugar à intervenção do Grupo Mercado Comum (art. 4.º), estabelecendo-se o contraditório e a intervenção de especialistas que findará pela propositura de *recomendações* (*soft law*) que sendo incapazes de pôr fim ao litígio permitirão o estabelecimento do *procedimento arbitral* (arts. 7.º, 8.º e 9.º) através de comunicação à Secretaria Administrativa, constituindo-se um tribunal *ad-hoc* para que através do contraditório (art. 15) possa chegar ao laudo – em um prazo de 60 dias prorrogáveis por mais 30 dias – (art. 20) que será decidido por maioria, constituindo-se em decisão obrigatória e inapelável (art. 21.1), cabendo, apenas, recurso para esclarecimento de dúvidas ou omissões e de interpretação. Em caso de descumprimento da decisão proferida pelo tribunal arbitral ficará o faltoso sujeito a *medidas compensatórias temporárias* (art. 22).

No caso de conflitos que envolvam particulares, a *negociação direta* (art. 28) será intermediada pela Seção Nacional do GMC a partir de *reclamação* apresentada pelo interessado que, se no prazo de 15 dias não houver sido equacionada, será elevada ao GMC a pedido do particular. O exame deste órgão permitirá, ou não, seguimento à re-

clamação (art. 29). Em caso positivo será convocado um *grupo de peritos* (arts. 29.2 e 30) que terá 30 dias para dizer de sua procedência, observando-se o princípio do contraditório. Sendo procedente a reclamação formulada contra um Estado-Parte, qualquer outro deles poderá requerer a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas, as quais, se ineficazes, permitem o recurso ao procedimento arbitral (art. 32).

4. Notas finais (ou nem tão finais assim...)

Como se observa, na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça impõe-se uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo, recuperando estratégias relegadas a um plano secundário, diante da hegemonia da forma estatal de dizer o Direito — a jurisdição. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas.

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou — seja a nível interno, seja internacional ou supranacional — na necessária incorporação ao cotidiano jurídico-jurisprudencial de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a solução dos litígios que lhe são apresentados.

Todavia, um parêntese deve ser feito: não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica no reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado — em particular de sua função jurisdicional —, além do inafastável comprometimento da

formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de Direito.

Neste quadro ampliado de transformações, readaptações e repercussões, o sistema jurídico passa a privilegiar novas antigas práticas de solução de controvérsias.

O *consenso* emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não tinham o reconhecimento/aceitação cotidiana dos operadores do Direito.

Em diversos países são promulgadas e publicadas leis que dispõem sobre mecanismos alternativos de solução de conflitos, em particular a *arbitragem* que, sendo um mecanismo compromissório de solução de conflitos relativos a direitos disponíveis, está toda ela centrada na pretensão da busca do consenso, que está presente não apenas na convenção que optou pelo método, pelas regras aplicáveis, na indicação do(s) árbitro(s), no procedimento, nos objetivos do próprio procedimento, assim como o juiz quando chamado a intervir para a instauração do procedimento arbitral diante da resistência de uma das partes, terá por função buscar a conciliação acerca do litígio no momento da audiência que for designada para a lavratura do compromisso arbitral.¹⁶

Por outro lado, não podemos olvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado Contemporâneo — afinal, estamos

(16) Ver o conjunto de legislações incluídas ao final deste livro.

falando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal – em particular no que se refere à construção dos nominados blocos supranacionais de países que, embora pretendam projetar-se como mega convenções/ajustes de caráter particularmente econômico, interferem fundamentalmente no cotidiano da cidadania e, por isso, impõe-se, talvez mais do que nunca, o reforço, em escala comunitária, de garantias do Estado de Direito, em particular no que diz respeito à solução de controvérsias, os quais – é preciso que se diga para aqueles que ainda não perceberam – mesmo que tratem de interesses qualificados como disponíveis, envolvem indivíduos ou grupos de indivíduos que nem sempre ou quase nunca colocam frente a frente personagens que detêm parcelas iguais ou semelhantes de poder social – veja-se em especial no caso das relações de consumo –, sobretudo nos dias que correm, onde parece que caminhamos “cegos” – ou embevecidos – para uma facilitação dos negócios globalizados.¹⁷

Para resumir, podemos dizer que nosso ponto de vista parte da constatação de que o estudo deste tema precisa levar em consideração alguns aspectos de um debate *macro* que questione a reformulação mes-

ma porque passa, ou pretenda-se que passe, o Estado Contemporâneo, envolvido que está em construir, talvez, uma nova identidade. Sem termos consciência destas inter-relações parece-nos impossível que tenhamos capacidade de lidarmos competentemente com as propostas com que nos defrontamos.

A complexidade – para utilizar descontextualizadamente um termo da *teoria dos sistemas* – da sociedade contemporânea que, por um lado nos impõe repensá-la, por outro, não pode pretender ver satisfeitas suas deficiências pelas reminiscências de um passado anterior mesmo à construção daquilo que pretendemos conhecer como Estado Moderno, devendo-se perceber que *o problema da solução de conflitos* no Estado Contemporâneo deve ser inserida neste macrocontexto de crise do Estado e, particularmente, de uma de suas formas de apresentação – o Estado do Bem-Estar Social e para compreendê-la seria necessário recuperar alguns de seus paradigmas mais remotos,¹⁸ bem como termos presente uns tantos outros que nos são apontados, em particular aquele proposto pela *teoria garantista*,¹⁹ o que é um outro assunto para um momento seguinte.

(17) Não se pode perder de vista, apesar de não ter sido objeto de nossa apreciação neste momento, a necessidade inafastável de levarmos em consideração alguns autores clássicos, particularmente aqueles que trabalharam com teorias explicativas da origem do Estado, tais como Thomas Hobbes e John Locke, os quais muito influíram para a importância que assume o Direito, como ordem jurídica estatal e a jurisdição como instrumento para a resolução pacífica dos conflitos, para o primeiro e o segundo, respectivamente.

(18) Neste sentido estamos desenvolvendo projeto de pesquisa junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, no qual visamos recuperar estes paradigmas iniciais da estrutura estatal moderna.

(19) Para esta discussão pode-se, provisoriamente, indicar: Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995; *O direito como sistema de garantias*, Jose Alcebiades de Oliveira Jr.. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; Sergio Cademartori. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999 e Antonio Pena. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.