

UM MAL NECESSÁRIO? A CRISE E AS ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO EM TEMPOS DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL

Maitê Damé Teixeira Lemos¹

Felipe Dalenogare Alves²

RESUMO

O presente artigo discute a questão relativa às formas alternativas à jurisdição tradicional frente à crise da jurisdição tradicional, em tempos de Estado Democrático de Direito e ativismo judicial. Essa discussão mostra-se relevante em face da atual discussão sobre uma postura mais ativista por parte do Poder Judiciário na solução de conflitos. O que se busca verificar é se pode considerar-se o Judiciário como sendo a melhor alternativa para solucionar os conflitos existentes na sociedade, mesmo existindo formas alternativas para tanto (mediação, por exemplo)? Aborda-se a questão da crise da jurisdição tradicional, da existência de formas autocompositivas de solução de conflitos e da discussão sobre uma postura mais ativista deste poder estatal na solução dos conflitos. O que se pretende é constatar se o Poder Judiciário pode ser considerado como um “mal necessário”, pois existem conflitos que, em razão de determinadas circunstâncias, precisam ser solucionados por um terceiro (juiz).

PALAVRAS-CHAVE: Alternativas à Jurisdição. Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article discusses the issue concerning the alternative forms to the traditional jurisdiction to address the crisis of the traditional jurisdiction in times of Democratic State of Law and judicial activism. This analysis is relevant in face of the current discussion on a more activist attitude by the Judiciary in resolving conflicts. What is sought is to verify whether it is possible to consider the Judiciary as the best alternative to resolve the existing conflicts in society, even though there are alternative forms for this (mediation, for example)? The study addresses the issue of the crisis of traditional jurisdiction, the existence of self-compositional forms of conflict solution, and the discussion of a more activist posture of this state power in resolving conflicts. The aim is to see if the Judiciary can be considered as a “necessary evil” because there are conflicts that, due to certain circumstances, need to be resolved by a third party (judge).

KEYWORDS: Alternatives to the Jurisdiction. Judicial Activism. Democratic State of Law. The Judiciary

¹ Mestre e Doutoranda em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul – RS – Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. E-mail: maite.dtl@hotmail.com.

² Pós-graduando *lato sensu* (Especialização) em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduando *stricto sensu* (Mestrado) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: felipe@estudosdedireito.com.br.

Introdução

As demandas sociais e os conflitos estão cada vez mais complexos. O Estado passa por uma grave crise institucional e estrutural. Em razão desta crise, existem alternativas à jurisdição tradicional, mas não há condições de se abrir mão da atuação jurisdicional. Estes assuntos serão abordados no presente trabalho e, para tanto, em um primeiro momento, apresenta-se a questão do Judiciário e da sua crise, demonstrando que a existência de ritos e mitos em torno desse poder auxiliam na manutenção desta crise. Além disto, o próprio fato de que os indivíduos tem, cada vez mais, aberto mão da solução de seus conflitos, para que um terceiro o faça, tem feito com que haja uma consolidação do poder simbólico nas mãos do Judiciário e isto tem trazido, como consequência, o monopólio da jurisdição. Também há que se considerar que as demandas estão se complexificando e o Judiciário não tem tido condições de responder a estas demandas de forma satisfatória. Com isto, alternativas surgiram para a jurisdição tradicional: são as chamadas formas autocompositivas na solução dos conflitos, cuja forma mais conhecida e que traz melhores resultados é a mediação. Nestas técnicas, o indivíduo reapropria-se do conflito e se torna responsável pelo seu tratamento e resolução, tirando, com isto, uma parcela de poder das mãos do Estado/Judiciário. Contudo, nem todas as demandas podem ser resolvidas ou tratadas por estas formas, pois, muitas vezes, não há igualdade entre as partes – condição primordial para as técnicas alternativas. Nestes casos, então, há que se considerar a participação do Judiciário e se perceber que ele não pode ser descartado, devendo haver uma convivência, num mesmo Estado, de práticas autocompositivas e heterocompositivas (jurisdição tradicional), para que, desta forma, seja possível uma prestação jurisdicional célere e efetiva para todos os tipos de demandas. São estas abordagens que serão feitas a seguir.

1. A razão da crise: o Judiciário, a burocracia, os mitos e os ritos

A forma como Deus criou o homem não permite que ele viva sozinho, necessitando viver em sociedade. Nesse sentido, a sociedade surge, na visão de Aristóteles (2010, p. 55), como algo natural, para buscar a sobrevivência, para

atender as necessidades do dia-a-dia do homem. Mas essa necessidade de viver em sociedade “não decorre unicamente de uma questão de segurança ou necessidade alimentar. São as necessidades afetivas, psicológicas e espirituais que o condicionam a agir dessa maneira” (GORCZEVSKI, 2010, p. 3011). A união das pessoas ocorre, então, pela necessidade de viverem juntas e de fazerem as coisas em conjunto, de forma que o grupo social é um grupo de indivíduos com atividades em comum (GORCZEVSKI, 2010, p. 3012). Assim, a motivação maior de se viver em coletividade é o bem estar individual. Deve-se ter em mente, então, que cada indivíduo tem características próprias, mas todos são frutos da sociedade em que vivem. Isto porque, segundo Dahrendorf (1991, p. 36-42) existem diversos tipos de homens e todos eles sofrem influências diferentes do meio no qual vivem. Então, considerando essa vivência em coletividade e a busca do bem estar de cada indivíduo, conflitos podem surgir no interior destas organizações. Mas para que surja a sociedade civil é necessário “cada um dos membros abrir mão do próprio direito natural transferindo-o à proteção da lei por ela estabelecida” (LOCKE, 2010, p. 61).

A vida em associação influencia o homem em tudo o que faz, de forma que Dahrendorf (1991, p. 39) chega a afirmar que não é possível que se dê nem mesmo um passo sem que este terceiro – a sociedade, que vincula os homens ao mundo ao mundo – se interponha. O ponto de ligação entre o homem e a coletividade são os grupos sociais. Através da socialização do homem, de sua inserção no grupo social, há a perda da individualidade deste homem, ou seja, o homem singular deixa de existir, com suas características próprias, assumindo as características da coletividade e do grupo social ao qual pertence. Nesse sentido, ao ingressar na convivência coletiva e nos grupos sociais, o homem adquire um papel social (este papel social tanto pode ser imposto ao homem, vir pronto, sem que ele se manifeste ou, então, ser escolhido, ter partido da vontade do homem). Então, a intersecção entre o homem e a sociedade é o “homo sociologicus” de Dahrendorf (1991, p. 41-42), ou seja, o homem que possui e desenvolve papéis sociais predeterminados pela vida em grupo. No exercício desses papéis sociais, o homem renuncia a sua individualidade, pois eles já vêm pré-definidos, não havendo condições para que o indivíduo faça escolhas ou modificações. Assim, ou ele se adapta ao papel social prescrito, renunciando sua individualidade, sendo, portanto, aceito pela coletividade; ou, caso não aceite seu papel social terá a ira da sociedade. O papel social implica, portanto, numa coerção sobre o indivíduo, pois pode privar-lhe de seus desejos

particulares ou fornecer-lhe segurança. Contudo, há a possibilidade de um mesmo indivíduo exercer diferentes papéis. Pode surgir, então, o conflito entre papéis sociais.

Assim, com o surgimento da sociedade civil, haverá alguém com poderes para decidir os conflitos e as controvérsias e punir os ofensores. Surge, então, a figura do terceiro, do Estado, como detentor do poder de solucionar os conflitos e aplicar sanções, através da violência legítima. Assim, Freud explica que os conflitos de interesses são resolvidos através do uso da violência, de forma que primitivamente a força física decidia quem detinha a posse das coisas e que, com o tempo, a força física foi suplantada pelo uso de instrumentos (introdução das armas) e pela inteligência (EINSTEIN; FREUD, 2005, p. 30-31). Atualmente, os conflitos são solucionados através da violência legítima, que é aquela que o Estado é o detentor. A violência legítima é aquela que surge a partir da institucionalização do poder, com o uso da linguagem, para que haja o reconhecimento. Isto porque a palavra, quando fruto do saber científico torna-se uma forma de controle sobre aqueles que não detêm o saber (ENRIQUEZ, 2007, p. 69).

Aqui se entende, com base em Freund (FREUND, 1995, p. 58), que conflito é um enfrentamento, por choque de intenções, entre seres de mesma espécie, que se manifesta através de uma intenção hostil, com o objetivo de manter ou restabelecer um direito, romper com a resistência do outro, podendo utilizar-se, para tanto, do recurso da violência. Contudo, o conflito não possui apenas um aspecto negativo. O conflito é um fenômeno social normal e pode ser necessário. A existência de conflito é sinal de que existem regras na sociedade. Mas, nem tudo está previsto e regrado, dando espaço para a liberdade. A liberdade existente gera o conflito e isto é positivo para a sociedade. Nesse sentido, o conflito só é ruim em uma sociedade perfeita e utópica. Mas, o conflito pressupõe a violência, que pode ser efetiva ou virtual. Se, desde logo, se exclui a violência do conflito, não haverá mais conflito, mas sim, competição (FREUND, 1995, p. 70).

Esta função de disciplinar a sociedade e de solucionar conflitos, bem como de exercício da violência legítima (força legítima), é monopolizada pelo Estado e exercida através do Direito, pelo Poder Judiciário. Assim, pode-se dizer que o Estado é o detentor do monopólio da violência simbólica, através da imposição da aplicação do Direito, de suas regras, penalidades, etc (BOURDIEU, 2006, p. 211). Esta necessidade de solução dos conflitos através de um terceiro (Estado) ocorre

pela influência do contrato social, quando os homens abrem mão de sua liberdade em face de um ser superior, que lhes trará a segurança. Dessa maneira, há a necessidade de que o Estado solucione os conflitos que se formam na sociedade, pois ela não suportaria a perpetuação do conflito (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 65). Mas este fato de os indivíduos abrirem mão do direito de buscar uma forma de resolver o conflito (ou, mesmo, de tratá-lo), entregando ao Judiciário, ao mesmo tempo em que ganha segurança, perde pela impossibilidade de fazer um tratamento autônomo do conflito, sem violência (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 69). Dessa forma, os conflitantes entregam ao poder simbólico a busca por uma resolução do conflito.

Então, esta ideia de que o Direito é um poder simbólico se fundamenta especialmente na simbologia que o Direito possui, na linguagem rebuscada, científica e fechada que é utilizada para a solução dos conflitos, e também em todos os ritos e mitos que giram em torno do Poder Judiciário. Esses mitos e ritos do Judiciário, assim como a burocracia e sua estrutura hierarquizada e fechada, são elementos da chamada “crise do Poder Judiciário”. Mas não se pode esquecer que esta crise do Judiciário é consequência da crise do próprio Estado (detentor do poder e da violência legítima) (SPENGLER, 2010, p. 102). Garapon afirma que o Judiciário é cheio de ritos (o processo é um ritual composto por gestos, discursos, petições, prazos, etc., que visam expressar o conflito) e que realizar um rito é fazer algo com força, que é a expressão do poder. Nos rituais o poder tende a se fortalecer em razão da associação dos símbolos³ (GARAPON, 1997, p. 26).

Além desses simbolismos, há a questão do tempo no âmbito do Judiciário. No processo, o tempo do conflito é um tempo recontado e, por isso, diferente do tempo

³ E o Judiciário é detentor de um poder simbólico muitas vezes imperceptível a primeira vista. Esse simbolismo vai desde o local da justiça (o Fórum, por exemplo), com seu espaço dividido e hierarquizado, pois cada um tem seu lugar certo, havendo separação entre os componentes através de barreiras, de cancelas, acabando por refletir o que Garapon chama de “pequeno teatro da justiça” (GARAPON, 1997, p. 38). Além disto, a simbologia da Deusa Themis, com seus olhos vendados, que representa que a Justiça é cega e não recebe pressões. Entende-se, contudo, que esta ideia de que a Justiça é cega e não sofre qualquer influência é utópica. Deve-se ter em mente que os julgadores e os operadores jurídicos como um todo são dotados de pré-compreensões, de influências linguísticas, morais, sociais, filosóficas e de vida que não lhes é possível se despir no momento de decidir (LEAL, 2004, p. 1364-1365). Mas ainda há outro rito (ou mito) no âmbito do Poder Judiciário, que possui um simbolismo bastante pesado: o uso da toga, que possui uma função de purificação, ou seja, retira os defeitos do juiz, tornando-o imortal. O juiz, com a toga, deixa de ser ele próprio, para exercer sua função judicial. A toga também pode ser concebida como uma forma de fechar o sistema, ou seja, só quem faz uso da toga compreende a linguagem que é utilizada no ritual judiciário. Essa vestimenta é a expressão da verdade institucional, expressa pela boca do juiz, e, também estabelece a igualdade entre os advogados, que só se diferenciarão através do talento e da argumentação (GARAPON, 1997, p. 73-93).

real. Este tempo transcorre entre uma sucessão de rituais e, portanto, é unido, compondo-se por avanços e retrocessos. O tempo tem ordem. O próprio ritual impõe esta característica. Trata-se da ordem os trabalhos. Assim, segundo Garapon cada “um no seu lugar e cada coisa a seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário” (GARAPON, 1997, p. 62). Aliada a esta questão do tempo no Judiciário está a questão da burocracia. Como já apontado, há toda a dificuldade que é enfrentada pelos indivíduos para acessar ao Judiciário. Esta dificuldade se dá tanto pela utilização de uma linguagem diferenciada e fechada pelo Direito (compreensível só pelos próprios operadores jurídicos), como pela necessidade de uma estrutura funcional que possibilite a realização da jurisdição. Toda esta estrutura burocrática, de cumprimento de prazos, de ritos e de limites que a jurisdição possui acaba por dificultar o acesso à justiça através do Judiciário. Assim, se diz que a jurisdição tradicional está em crise⁴. Esta crise ocorre em razão da incapacidade do Judiciário de dar respostas céleres aos conflitos, que ganham um contorno diferenciado a cada dia, em razão das modificações que a sociedade vem sofrendo, tanto no âmbito social, quanto político e, também, econômico. Com isto, o processo não tem sido mais o instrumento de realização do direito violado ou ameaçado, não tem sido mais capaz de solucionar o conflito.

Considerando-se tudo isto, ainda há que se considerar que o Judiciário preocupa-se com a conflituosidade, ou seja, dá atenção a litigiosidade que transformou o conflito, sem preocupar-se com as causas que levaram os indivíduos a conflitar. Vale dizer que o Judiciário preocupa-se com o episódio conflituoso (aquilo que tradicionalmente vem a tona no conflito), mas não dá atenção para o epicentro (os motivos que não aparecem em um simples olhar para o conflito, são questões mais profundas e, normalmente, anteriores ao episódio). Em face disto, quando o juiz decide o conflito, estabelecendo qual dos conflitantes tem mais

⁴ São diversas as crises da Justiça: crise estrutural (de financiamento e infraestrutura), crise objetiva (da linguagem técnico-formal utilizada no processo, ritos, burocracia e lentidão), crise subjetiva (incapacidade técnica para atender à nova realidade social) e crise paradigmática (métodos de tratamento dos conflitos, modelo de jurisdição) (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 78-79). De forma mais exemplificada, podem ser considerados, como elementos destas crises, a lentidão na prestação da tutela (fruto dos excessivos ritos a serem cumpridos); o excesso de demandas (sempre crescente na sociedade, já que os indivíduos acreditam que o juiz, enquanto exercente do poder simbólico poderá dizer quem tem maior direito); a falta de infraestrutura e de pessoal especializado (é notório que o aumento no número de demandas tem dificultado a atuação do Judiciário, tanto em razão do número insuficiente de magistrados e servidores, quanto em razão da qualidade duvidosa dos julgados, já que para que se consiga ganhar em números, acaba, muitas vezes, por se perder em qualidade).

direitos, não está colocando fim àquele conflito. Isto porque a causa inicial não foi tratada. Este conflito pode voltar (e é o que, na maioria das vezes ocorre) ao Judiciário, através de uma nova demanda. A relação conflitiva que chegou ao Judiciário foi interrompida, mas não impedirá que várias outras se desenvolvam e voltem à jurisdição tradicional. Isto acaba por dificultar o trabalho do Poder Judiciário, aumentando o número de processos.

Por tudo isto, há que se considerar que a causa mais forte de toda esta crise institucional que o Judiciário vem passando, reflexo, como já afirmado, da crise do Estado, é a complexificação das relações sociais e dos conflitos. Além disto, a própria questão de que os indivíduos abrem mão da solução autônoma do conflito, para que um terceiro – o Judiciário – o faça, está consolidando nas mãos do Judiciário o poder simbólico. Assim, o Estado, através do Poder Judiciário entra em cena na resolução de conflitos. Como consequência, o Estado torna-se autoritário e dirigista. Contudo, nesse monopólio da jurisdição e da decisão do conflito pelo Estado, há uma preocupação com o episódio conflitivo e os motivos que levaram ao conflito são esquecidos (as partes perdem a face ao ingressarem no Judiciário). Esta complexificação dos conflitos e a inadequação dos procedimentos de solução dos mesmos vem fazendo com que se repense as funções do Estado (e da própria jurisdição), de forma a encontrar alternativas para esta crise. Assim, é preciso que os indivíduos voltem a se apropriar do conflito, para que possam ter uma melhor resposta às suas demandas. E, para que isto ocorra, é preciso que se manifestem formas alternativas de solução de conflitos, como uma forma estratégica de superação destas crises que a jurisdição vem sofrendo. Desta forma, a seguir far-se-á um contraponto entre as formas heterocompositivas e autocompositivas como alternativas para a crise da jurisdição.

2. Alternativas para a crise: autocomposição x heterocomposição

A partir do momento em que o homem passa viver em sociedade há a possibilidade de surgirem conflitos e, neste caso, há a necessidade de solução, de término, de fim dos mesmos. Para tanto, existem diferentes maneiras de (re)solução das controvérsias: autotutela, autocomposição e heterocomposição e essas formas evoluíram com o passar do tempo. Nos povos primitivos a solução dos conflitos se

dava através da violência⁵, de forma que cada um era seu próprio juiz, sendo possível que as próprias vítimas reparassem os danos sofridos. Assim, nos tempos primitivos, a força física e a violência decidiam os conflitos que giravam em torno, geralmente, da posse de coisas. Com o passar do tempo a força física foi sendo substituída pela utilização de instrumentos (uso de armas) e da inteligência. Isto porque, com o uso de armas, o vencido morreria, não apresentando mais objeção à dominação, servindo de exemplo para que outros não fizessem o mesmo – esta foi uma forma de manifestação da inteligência humana (EINSTEIN; FREUD, 2005, p. 30-31). Esta forma de solução de conflitos em que se utiliza a violência pelas próprias mãos é chamada de autotutela.

Contudo, desde a antiguidade a autotutela vem sendo proibida e substituída pela chamada heterocomposição. Assim, é preciso que um terceiro passe a intervir na relação para auxiliar na solução do conflito e evitar o uso da violência. Então, o Estado entra em cena, passando a regulamentar as punições aos crimes que eram até então privados, desaparecendo a vingança privada. A vingança passa a ser sinônimo de violência pura, o que é evitado através do Direito Penal. Assim o objetivo é o desaparecimento da punição privada. O Estado faz pensar que suprimindo-a, passando a ter o monopólio da sanção, seria a melhor forma de proteção contra a violência, mas sua supressão não significa eliminação da violência, já que é detentor da violência simbólica e legítima, conforme já explicitado. Assim, o Estado moderno tem a função de pacificação, cuja característica, na

⁵ Nesse sentido, Rouland (2003, 112-119) apresenta diferentes sociedades e as formas como tratam os conflitos e a vingança, de forma que algumas são mais inclinadas à vingança do que outras. Os beduínos da Jordânia só aceitavam a vingança em caso de atentado grave e voluntário à integridade física e para que a vingança fosse executada, existia uma ordem a ser estabelecida (avô; pai e tios paternos; assassino, seus irmãos e primos; filhos varões, etc.). Ademais, a vingança era realizada com um punhal e conforme se ia seguindo a ordem da vingança, os dedos das mãos iam-se abrindo. Assim, o número de dedos que segurava o punhal diminuía, conforme aumentava a distância do parentesco. Quando a mão estivesse toda aberta, o punhal caía e o direito de vingança acabava. Os parentes mais remotos tinham chance de sair ilesos, se indenizassem a família da vítima. Os moudangs do Chade, por sua vez, admitiam a conciliação, mas estabeleciam um tempo (2 dias) para o exercício da vingança. Segundo Rouland (2003, p. 118) os “moundagns conseguiram elaborar um modelo que conjuga sistema vindicativo, estrutura estatal e inexistência do direito penal”. Por sua vez, os gamos da Etiópia eram uma organização sem Estado, sendo regidos por assembleia, em que todo homem adulto poderia participar. O vínculo territorial, a ideia de comunidade, se sobrepunha até mesmo às relações de parentesco, sendo uma explicação para o descrédito na vingança. Possuíam formas de solução pacífica dos conflitos, sendo uma delas a conciliação, com a presença da família da vítima. Para encerrar o conflito, havia um ritual, com o sacrifício de um animal, cortando sua pele, para que aquele que causou a morte de alguém passasse pelo buraco, marcando “seu renascimento para uma ordem nova”.

verdade, trata-se de uma farsa, pois a violência externa é apenas substituída pela interna, pública e legitimada (ROULAND, 2003, p. 95-102).

Como consequência dessa retirada de poder de punição das mãos do privado, o Estado torna-se autoritário e dirigista. Assim, o Estado, através do Poder Judiciário, assume a função de solução dos conflitos. Contudo, com a complexificação da sociedade e, por consequência, dos conflitos, há a necessidade de que a Justiça, para solucionar os conflitos do indivíduo moderno se modifique. Aliada à complexidade da sociedade e dos conflitos está a dificuldade do Estado de regular as relações sociais, em razão do ordenamento jurídico não conseguir corresponder às necessidades atuais da sociedade. Estabelece-se, assim, uma discussão sobre a ineficiência do Judiciário na prestação jurisdicional e do agigantamento de sua função, gerando a polêmica da judicialização da política e do ativismo judicial.

Pelo que se verifica, na forma heterocompositiva de solução dos conflitos há um terceiro – o Estado, através do Poder Judiciário – que intervém no conflito, buscando solucioná-lo. Este terceiro, alheio ao conflito decidirá qual dos conflitantes terá mais razão na demanda. No modelo de jurisdição tradicional existem ritos que devem ser cumpridos, prazos a serem obedecidos, ordem processual a ser observada, de forma que a processualização do conflito faz com que os conflitantes sejam deixados de lado, dando-se atenção para o episódio conflituoso e não para as causas do conflito (epicentro). Há uma tentativa de igualar as partes no processo e, em razão disto, elas perdem a identidade, ou seja, não interessa mais quem são, quais os motivos que levaram que estas pessoas chegassem ao Judiciário. Interessa é que ali estão, que possuem um conflito e que este conflito precisa ser resolvido. Apesar de tudo, entende-se que um dos maiores culpados por esta crise que a jurisdição vem atravessando é a própria sociedade. Justifica-se tal posição no fato de que como o indivíduo não consegue, sozinho, dar conta da sua própria vida, não consegue, sozinho, resolver seus conflitos, passa a exigir ajuda do Judiciário para tanto que, por sua vez, necessita do auxílio de outros profissionais, pois o direito técnico pouco ajuda (já que as demandas estão cada vez mais complexas) (GARAPON, 2001, p. 149-153). Nesse sentido, considerando a existência de um conflito em que os próprios conflitantes não conseguem mais solucioná-lo, é

necessário que um terceiro⁶ intervenha nesta relação, solucionando-a. Contudo, uma observação é importante: o terceiro é necessário no conflito. Se houvesse um conflito em que toda a sociedade fosse dividida em dois polos conflitantes, a guerra estaria estabelecida e seria bastante explosiva. Sem o terceiro, ou o conflito seria permanente ou haveria por submeter um lado ao outro. O terceiro tem, portanto, o papel de equilíbrio do conflito.

Assim, na lógica da heterocomposição, considerando que é um terceiro – o juiz – que decidirá o conflito, existem as noções de vitória e derrota. A vitória (com a derrota do outro) é o objetivo do conflito, já que se caracteriza pelo rompimento da resistência do inimigo. Dessa forma, considerando que a vitória é o meio de alcançar os objetivos, é a forma com que um dos conflitantes tem de saber que possui a razão na demanda, deve ser a mais total possível, para que o objetivo do conflito seja atingido: rompimento da resistência do outro e imposição de vontades. Mas a vitória não é sempre irremediável. Pode ser uma solução parcial do conflito, pois não há garantia de que ele não volte a ocorrer. (FREUND, 1995, p. 216-219). A própria vitória pode gerar novo conflito que, por consequência, voltará ao Judiciário, através de uma nova demanda, de forma a aumentar a já comentada crise do Estado/Judiciário, em razão do aumento do número de demandas carecendo de solução.

Apesar disso, a vitória e a derrota não são as únicas formas de terminar um conflito. Aliás, não são as únicas, nem mesmo as mais eficientes em alguns tipos de conflito. Isto porque, quando os conflitos giram em torno de relações em que há uma proximidade entre as partes, onde existem laços mais estreitos (uma relação entre familiares ou uma relação entre amigos ou entre indivíduos pertencentes a uma mesma comunidade) as chamadas formas alternativas à jurisdição tradicional tem tido um efeito melhor, pois, mais do que preocupadas em resolver o conflito, ocupam-se com o seu tratamento, dando atenção aos episódios conflitivos. Nesse sentido, Rouland (2003, p. 96) traz a tona o questionamento de que “o essencial não é que os conflitos sejam solucionados de tal maneira que se ajustem as forças que representam a ordem e aquelas que a contestem, com ou *sem* o Estado”? Nestes

⁶ Freund (1995, p. 241-252), apresenta uma tipologia do terceiro, afirmando existirem três tipos de terceiros: o *imparcial*, quando sua função é solucionar o conflito (neste caso, o juiz); o que está *presente na discórdia*, quando, apesar de não estar diretamente participando do conflito, tira proveito dele para si próprio; o que *intervém no conflito*, tomando parte dele em favor de um dos conflitantes, mas sem deixar de ser terceiro.

termos, há que se dizer que a intervenção do Judiciário, ainda que, no geral, seja necessária “não é inevitável, e casos há em que a sociedade sofre menos com sua ausência do que com sua imissão (sic)” (ROULAND, 2003, p. 96).

Para que as partes passem a participar do processo de solução do conflito, surgem formas alternativas⁷ autocompositivas como meios de solução de conflitos. Dessa forma, é preciso que haja uma transformação da relação existente no âmbito do processo, que é de “eu/tu”, para uma relação “entre-nós” (relações de alteridade), ou seja, há a necessidade de uma aliança entre os diferentes, entre os conflitantes, através do diálogo, encontrando pontos comuns de discussão, sem uniformizar tudo (WARAT, 2010, p. 11). Significa dizer que o conflito deve existir, ele é bom, devendo-se trabalhar a partir dele, mas sem extingui-lo, pois a diferença é boa, é benéfica para a sociedade. Nem todo o conflito é ruim para a sociedade (SPENGLER, 2010, p. 311). Nessa transformação das relações “eu-tu” para “entre-nós”, há uma retomada do conflito pelas partes, ou seja, as partes se “reapropriam” do conflito e passam a ter responsabilidades quanto as escolhas feitas para solucioná-lo. Assim, na autocomposição, o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem que haja a intervenção de um terceiro nesta relação. Há, portanto, a assimilação da diferença pelas partes, sem que exista a intenção de imposição de vontades. Nestes termos, a autocomposição atua dentro da própria sociedade, reabrindo os canais de comunicação que haviam sido rompidos ou interrompidos pelo conflito. Visa, dessa forma, reconstruir os laços sociais que foram extintos pelo conflito (SPENGLER; MARION JÚNIOR, p. 1).

Dessa forma, nas práticas autocompositivas os conflitantes “retomam as rédeas” do conflito, passando, eles próprios a buscarem solução para a demanda. A autocomposição pode ser exercida de diferentes formas, mas destacam-se as principais: conciliação/composição e mediação, por se entender que estas são as práticas mais eficazes, já que serão as partes que poderão, retomando o diálogo rompido pelo conflito, chegar até a melhor solução para o mesmo. No que se refere a esta retomada do diálogo, as práticas autocompositivas baseiam-se na teoria da ação comunicativa habermasiana (HABERMAS, 2002, p. 72). Além disso,

⁷ Estas formas alternativas e meios pacíficos de resolução/tratamento de conflito não são novos, existem desde muito tempo na Groenlândia e em outros povos mais antigos, etc. Na Groenlândia havia a presença do “paceru”, que nada mais era do que um mediador (não com as características da mediação atual), mas que podia propor soluções pacíficas e vinculantes (mais parecido com o árbitro da atualidade). Para algumas sociedades, o homem verdadeiro é aquele que sabe evitar brigas (ROULAND, 2003, p. 107-112).

considerando que são os próprios conflitantes que buscam uma forma de tratar o conflito, isto faz com que este procedimento desenvolva uma melhor e maior compreensão das práticas democráticas.

Uma das formas autocompositivas mais utilizadas na solução dos conflitos é a conciliação. Na conciliação, estabelece-se um compromisso entre as partes, no qual, através de concessões recíprocas, chega-se ao fim do conflito ou se consegue preveni-lo. Exige, contudo, vontade das partes conflitantes. Através do compromisso é possível que os conflitantes olhem para o conflito e percebam que o ponto de vista do outro também pode estar justificado. Assim, o compromisso reconhece certa validade para a postura do outro, compreendendo que o outro também tem legitimidade na sua pretensão (FREUND, 1995, p. 226-227). Para que a negociação surta efeitos é preciso, além do diálogo entre os conflitantes, que conheçam as causas do conflito, que queiram buscar uma resolução para ele e, mais do que isto, é preciso que existam concessões recíprocas, visando encontrar um acordo. Em razão destas concessões recíprocas, que acabam por não satisfazer todos os pontos do conflito, este pode voltar e, até mesmo, com mais força⁸. A negociação/conciliação não tem como finalidade estabelecer a verdade definitiva em matéria de solução de conflitos. Existem pontos que não são solucionados, existem pontos obscuros e isto pode, até, fazer com que o conflito volte a ocorrer (FREUND, 1995, p. 238).

Um ponto negativo a respeito da conciliação é o fato de que, dependendo da forma como for conduzida, pode levar a acordos frágeis, que tenham sido aceitos a partir de argumentos convincentes, mas pelos quais nem todas as partes acordaram. Neste sentido, Habermas afirma que, em se tratando de consenso, que para que existam acordos válidos é preciso que haja a concordância de todos em função da racionalidade dos fundamentos, já que acordos frágeis podem vir a ser contestados no futuro (HABERMAS, 2002, p. 14). Nesse sentido, é preciso que o acordo seja construído através da comunicação entre as partes, com a inclusão dos

⁸ Spengler e Marion Júnior (p. 16-20) apresentam algumas técnicas que devem ser observadas para que a conciliação tenha êxito. De início, é preciso que seja estabelecido o diálogo entre as partes. Para tanto, os conflitantes devem ser inseridos no processo de discussão, sendo possibilitado que ambos falem, ouçam e sejam ouvidos. Além disto, a postura do conciliador é importante. Deve ter um tom de voz firme, deixar as partes à vontade, especialmente, utilizando uma linguagem adequada à sua compreensão, estar atento aos seus gestos, ouvi-las e compreendê-las, para que se sintam parte do processo. Técnicas como estas podem influir no ponto central de uma negociação/conciliação: o acordo. Na conciliação o objetivo é o término do conflito através de concessões recíprocas entre as partes e da postura ativa do conciliador que pode, inclusive, fazer propostas de acordo para elas.

envolvidos na busca pela solução. E, mais do que isto, deve ser levado em conta, neste diálogo que busca o consenso, as diferenças entre os conflitantes e suas identidades, respeitando-se a alteridade, defendida por Warat (2010, p. 66). Para tanto, as partes precisam ouvir e serem ouvidas, precisam apresentar seus argumentos e fundamentá-los racionalmente. Dessa forma, através do processo de ampliação dos canais de comunicação entre as partes, haverá a possibilidade de diálogo, de discussão e de argumentação entre os envolvidos que, a partir de então, poderão, ouvidos os argumentos racionais um do outro, chegar à melhor solução para o caso concreto, através do melhor argumento, ou seja, daquele que for racionalmente fundamentado (HABERMAS, 2002, p. 65-66). Então, é possível que se diga que a melhor prática autocompositiva para se alcançar esta meta é a mediação.

A mediação, segundo Spengler (2010, p. 312), é a arte de compartilhar, já que estabelece a comunicação entre as partes, ou seja, os conflitantes terão que compartilhar a decisão relativa ao conflito. Mais do que encontrar uma decisão/solução para o mesmo, a mediação visa restabelecer a comunicação que estava rompida entre os conflitantes. Diferencia-se da jurisdição especialmente porque atua sobre a sociedade, reabrindo os canais de comunicação e possibilitando o diálogo entre os conflitantes. Existem críticas à mediação, pois não há formalidades em seu procedimento. Há, também, diversos pontos positivos, dos quais, podem ser destacados: reapropriação do problema por parte dos conflitantes; cadência temporal de cada conflito é diferente e a mediação observa isto; o mediador coloca-se entre as partes, facilitando o diálogo, e não sobre as partes, decidindo por elas; trata-se de um instrumento de justiça social; organiza as relações sociais; as partes tem autonomia para tratar o conflito; possibilita o consenso. O consenso pode ser compreendido como a opinião comum (SPENGLER, 2010, p. 313) e, para que os conflitantes possam chegar ao consenso, a teoria da ação comunicativa de Habermas auxilia bastante neste processo, como já demonstrado, especialmente porque a mediação restabelece o diálogo entre as partes e, a partir dele, elas podem buscar o consenso.

Por ser uma forma consensuada, que visa o tratamento do conflito e não uma solução para ele, torna-se uma das formas mais eficazes em uma sociedade mais complexa, pois as partes se apropriam da resolução do conflito. Exatamente por isto, torna-se um espaço democrático e participativo na solução dos conflitos,

especialmente porque os conflitantes são os atores principais do conflito e do processo que encontra a melhor solução. Além disso, uma das funções da mediação é a responsabilização dos conflitantes por suas decisões (SPENGLER, 2010, p. 317-322). Uma das maiores críticas que a mediação sofre é o fato de que, por não haver um procedimento específico, pré-estabelecido, não há segurança jurídica. Acontece que a preocupação da mediação é com o conflito e com os fatos que lhe deram origem e, em razão disto, cada mediação tem o seu tempo. Entende-se, com base em Spengler (2010), que é exatamente esta falta de procedimento pré-estabelecido que permite que a mediação possa ter bons resultados. Isto porque são as partes que definem o jogo, ou seja, os conflitantes controlam o jogo da mediação.

Assim, quando houver condições, quando se tratar de uma relação que envolve laços de comunidade ou de afetividade, a mediação é uma das melhores formas de tratar tal conflito. Isto porque a mediação, conforme já destacado, coloca-se entre os conflitantes e assume o problema, objetivando tratá-lo. A função do mediador não é interferir na decisão das partes. Pelo contrário o mediador, por estar no meio, realiza, tão-somente, a função de restabelecer o liame rompido pelo litígio, de reiniciar a comunicação que havia sido perdida em razão do conflito (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 145-146). Para tanto, se houver desigualdade entre as partes, a função do mediador é reforçar a parte frágil, para que exista um diálogo em igualdade de condições. A mediação pode ser aplicada em diferentes contextos⁹: família, escola, no direito do trabalho e, ainda, no âmbito do próprio judiciário (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147).

Enquanto o Judiciário não aceita o conflito e decide quem tem e quem não tem razão, a mediação apropria-se do conflito, acolhe a desordem para solucionar e tratar o conflito. A mediação dá tempo e espaço para a discussão do conflito, o que não ocorre no âmbito do Judiciário, que é ritualizado e tem um tempo diferenciado do tempo da mediação. A jurisdição tradicional e a mediação tem linguagem diferente, são autônomos, mas deve haver conexões entre os dois sistemas, mas cada um tem autonomia de falar sua linguagem. Há que se compreender que não há

⁹ A mediação que tem trazido melhores resultados é a chamada mediação comunitária, que tem a vantagem de ser tratada e mediada por membros da comunidade, que terão condições de levar em consideração o ambiente e as características do conflito e das partes, facilitando, dessa maneira, o tratamento do mesmo. Essa forma de tratamento possibilita a inclusão social das partes e fortalece o sentimento de pertencimento na vida da comunidade. Além disso, considerando que são os próprios conflitantes que buscam uma forma de tratar o conflito, isto faz com que este procedimento desenvolva uma melhor e maior compreensão das práticas democráticas (SPENGLER, 2012).

como abrir mão da jurisdição tradicional. A mediação tem limites pois, nem todo conflito pode ser mediável (apenas relações nascidas a partir de um espaço comum são mediáveis). Existem conflitos que não podem ser solucionados e tratados através da mediação. Assim, quando o conflito não pode ser solucionado de outra forma, a linguagem do juiz é a melhor forma (SPENGLER, 2010, p. 336-341). Nesse sentido, há que se discutir o atual papel do Judiciário de forma a demonstrar que não se pode abrir mão do Judiciário, pois existem conflitos que não podem ser resolvidos por meio de formas autocompositivas.

3. O Judiciário como um “mal necessário” em tempos de ativismo judicial

Conforme já definido, a modernidade transformou a jurisdição, trazendo para julgamento casos mais difíceis e mais complexos. Assim, o juiz é chamado a tomar essas decisões e não pode se negar a tomá-las. A Justiça passa a ser, então, o novo palco da democracia e o problema surge quando não há legislação regulando questões importantes e difíceis da sociedade. Quando a lacuna legislativa surge, o Judiciário é chamado a decidir e, nestes casos, não pode declinar da decisão, pois tem a obrigação de julgar casos que lhe cheguem pedindo resolução. Atualmente, o tema relativo à jurisdição constitucional tem proporcionado grandes debates jurídicos e políticos, eis que o Judiciário tem chamado para si a função de realizar um controle relativo às políticas públicas¹⁰, especialmente quando relativas a direitos sociais. A grande discussão sobre esse tema tem sido em torno do argumento de que o Poder Judiciário estaria extrapolando sua competência e invadindo a competência discricionária do poder político, violando, assim, a teoria da separação de poderes¹¹. As mesmas modificações da sociedade que complexificaram o conflito e as relações sociais, também trouxeram, como consequência, uma necessidade de

¹⁰ O controle de políticas públicas é uma análise, feita pelo Judiciário, sobre a atuação dos demais poderes do Estado com relação às políticas públicas, a fim de verificar, não só sua constitucionalidade, mas também para verificar se o Poder Público está cumprindo com os fins do Estado.

¹¹ A noção de separação de poderes está associada ao liberalismo, de forma que não se pode interpretá-la da mesma forma no Estado Democrático de Direito, pois a própria noção de Estado que se tem atualmente é diferente daquela existente quando da fundação da teoria da separação de poderes por Montesquieu. Na verdade, a própria noção de Estado se modificou, com a inclusão de uma série de direitos fundamentais no corpo da Constituição, que passaram a ser o centro do sistema jurídico. Assim, com a supremacia dos direitos fundamentais na ordem jurídica, todos os Poderes (e cada um deles) estão vinculados a esses direitos, tendo o dever de protegê-los e concretizá-los.

haver uma interpenetração das funções e dos poderes, de forma que atos de um poder são praticados por órgãos de outro (STRECK; MORAIS, 2006, p. 181).

Há, portanto, não uma interpenetração dos poderes ou uma harmonia e independência, mas sim, uma colaboração entre poderes, onde cada um – de forma isolada, na execução de suas competências e em conjunto – é responsável por consolidar os ditames constitucionais, especialmente a realização dos direitos fundamentais. Significa dizer que todos os Poderes do Estado devem, através de suas ações harmônicas, buscar a concretização dos objetivos fundamentais da República e dos direitos fundamentais. E, nesse sentido, se algum dos poderes do Estado, por qualquer motivo, não atuar buscando alcançar esses objetivos, outro poder poderá exercer a fiscalização, no sistema de freios e contrapesos, e sanar a deficiência. E é, em última análise, o que o Judiciário tem feito em termos de políticas públicas. Nesse sentido, cabe ao Judiciário, mais do que verificar a constitucionalidade, analisar a obediência aos fins do Estado, quando se fala em políticas públicas (GRINOVER, 2010).

Nesse sentido, grandes discussões vêm sendo travadas na seara jurídica, com relação ao chamado ativismo judicial¹² ou a ação criativa dos Tribunais, que deve ser vista e entendida como uma complementação das funções dos poderes, no sentido de que quando o Executivo ou o Legislativo não realizarem suas funções, poderá haver a intervenção do Judiciário, a fim de evitar que exista um retrocesso jurídico e social, em razão da falta de concretização e implementação de direitos previstos no ordenamento jurídico constitucional. Sua função, portanto, é

¹² É preciso que se destaque que ativismo judicial e judicialização da política não são sinônimos – ainda que muitas vezes sejam utilizados como tal. A judicialização da política ocorre quando questões de grande repercussão para a sociedade, questões de ordem política ou social, passam a ser decididas pelo Judiciário (BARROSO, 2009). Trata-se de um fenômeno derivado de situações e características externas, do próprio ordenamento jurídico, quando o legislador cria um espaço maior para atuação do Judiciário. O ativismo, por sua vez, tem uma origem jurisprudencial, na jurisdição norte-americana, como uma qualificação trazida para a Suprema Corte americana na época em que foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1954 e 1969, por ter havido uma grande mudança de perspectiva dentro da Corte (TUSHNET, 2007, p. 415 e ss.). O ativismo, então, pode ser entendido como uma escolha do Judiciário, ou seja, uma atitude, uma forma de interpretar a Constituição de maneira mais ativa do que deveria o ser, interferindo em um espaço de atuação que não lhe compete. Deve-se destacar que não há uma “fórmula mágica” para definir o que é (ou o que não é) ativismo judicial e este termo não é fácil de ser definido, pois se trata de um passo adiante à judicialização, pois, enquanto esta se deve a fatores externos, o ativismo relaciona-se com a atuação, com fatores internos do Judiciário. Há, portanto, uma ambiguidade permanente com relação à utilização deste termo, pois, ao mesmo tempo em que há quem entenda que um Judiciário ativista é aquele cujas decisões são contrárias às decisões dos poderes Executivo e Legislativo, outros entendem que ativista é o Judiciário que decide de forma contrária ao sentido dado planejado pelo texto constitucional (PAULA, 2011, p. 285).

complementar, de cooperação com os demais poderes, visando à realização dos direitos fundamentais. Não se coloca o Judiciário como um superpoder, como superior aos demais, mas como um poder que pode vir a suprir a lacuna deixada pelos demais poderes quando não efetivarem a Constituição (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 70-71).

Pode-se falar, conforme Ruiz (2010, p. 93) que essa criatividade por parte do Judiciário e o papel político que possui, são derivações de um processo de delegação direta ou indireta dos representantes da comunidade política, pois a atuação da jurisdição se dá quando o legislador cria uma lei lacunosa ou quando não cria leis, deixando determinada demanda sem disciplina legal. Toda atuação do Judiciário nesses assuntos políticos ocorre por ter sido provocado, ou seja, o Judiciário não está atuando de ofício, mas sim, quando provocado, de forma que a culpa dessa atuação proativa e da judicialização não é dos juízes, mas, na verdade, do próprio sistema jurídico, que lhe deu competências para analisar tais situações.

O que se percebe, contudo, é que essa atuação judicial mais ativa tem sofrido duras críticas e tem sido vista como algo maléfico. Há casos, contudo, em que uma postura proativa do Judiciário é necessária à garantia de direitos que não estão sendo “cuidados” pelos demais poderes. Assim, ao que parece, o que há é uma postura mais ativa por parte do Judiciário, no sentido de estar centralizando a solução de demandas que até então não lhe chegavam para decidir – e não ativista, como se tem tachado a jurisdição. Essa postura mais ativa ocorre em razão das complexificações da sociedade e das demandas, bem como em consequência da própria democracia e da necessidade de o Judiciário passar a atuar em causas de natureza mais política do que jurídica, conforme demonstrado, em razão da necessidade de defesa/concretização dos direitos fundamentais. Aliás, este papel político do juiz, esse processo de judicialização da política, vem ocorrendo em razão da ineficiência do Estado, que não tem cumprido com seu papel e, portanto, a tão falada crise do Judiciário tem ligação estreita com a crise do próprio Estado (SPENGLER, 2009, p. 65-66). Exemplo disto é o fato de que a teoria da separação de poderes está sendo interpretada muito mais como complementariedade de poderes do que como harmonia e independência. Isto porque os poderes do Estado não têm cumprido suas funções, especialmente quando se trata de direitos fundamentais sociais, que dependem de atuação do Estado para sua garantia. Nesse sentido, o Judiciário, enquanto guardião da Constituição tem sido chamado a

atuar e garantir/determinar a concretização desses direitos através das políticas públicas.

Assim, pelo que se pode verificar, ainda que o Judiciário esteja em crise e que as formas autocompositivas de solução de conflitos possam ser adotadas como políticas públicas que auxiliem nesse processo de superação da crise jurisdicional (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 166) não há como se abrir mão do Poder Judiciário, eis que conflitos entre Estado e indivíduo, por exemplo, não são passíveis de solução através da jurisdição alternativa (da mediação, por exemplo). Este aumento de demandas no âmbito do Judiciário se dá em razão da necessidade de que a população tenha uma instituição em que possa confirmar, em uma instituição que possa lhe conceder aquilo que o Estado não vem fazendo. Isto reafirma tudo o que já foi estabelecido neste texto: o Judiciário tem atuado em demanda que antes não lhe eram próprias em razão desta ineficiência do Estado e este fator vem trazendo a discussão sobre judicialização da política e ativismo judicial. Dessa maneira, o que se tem verificado é que o Judiciário, por mais que esteja sofrendo o reflexo da crise do Estado não pode ser abandonado. Em razão desta crise institucional do Estado, o Judiciário vem se tornando um *locus* privilegiado de concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a sociedade não pode abrir mão da jurisdição tradicional, pois ela é necessária em demandas nas quais as formas autocompositivas não tragam os efeitos esperados. Além disto, não se pode perder de vista que em razão das novas configurações e exigências sociais, o Poder Judiciário precisou ser repensado, pois deixou de exercer uma tarefa de simples aplicação da lei ao fato, passando a ser o garantidor da efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Com isto, o Judiciário assume um papel político que até então não possuía.

Nesse sentido, o Judiciário passou a ter uma tarefa mais construtiva e, por mais que se critique esta postura mais ativa, ela surge em razão da necessidade de resposta aos anseios da sociedade. Assim, se as demandas se complexificaram e chegaram ao Judiciário pedindo solução, não há como se negar a jurisdição. Nesse sentido, foi preciso que o Judiciário assumisse essa postura mais ativa e passasse a exercer este monopólio da jurisdição, a fim de “compensar” as omissões políticas do Estado. Contudo, esta atuação do Judiciário, especialmente quando se trata de outros poderes do Estado deve ser pensada como exceção (e ela é exceção), pois é regra é cada um dos três poderes com sua função típica. Então, ao Judiciário só

cabe agir, quando se tratar de omissões do Estado, quando houver violação de direitos fundamentais ou da Constituição, em razão de omissão, ação, desvirtuamento ou insuficiência. Nesses casos, sendo convocado a atuar, o Judiciário não pode se eximir de sua função, devendo exercê-la, seja de forma positiva ou negativa. Contudo, o que denota atenção é exatamente o fato de que se o Judiciário é chamado a atuar é porque, muitas vezes, algum direito fundamental não está sendo respeitado pelos Poderes Públicos. Só é possível se pensar em uma diminuição da atuação jurisdicional a partir do momento em que os demais poderes (Executivo e Legislativo) passarem a cumprir com suas funções e a não mais desrespeitarem direitos fundamentais. Há que se ter noção, portanto, que no atual estágio da sociedade, com surgimento de novas demandas, cada vez mais complexas, é preciso que exista uma convivência pacífica e complementar entre jurisdição heterocompositiva e autocompositiva.

CONCLUSÃO

O que se percebe, ao término deste trabalho é que o Poder Judiciário possui um papel fundamental no atual modelo de Estado e, apesar de as práticas autocompositivas serem importantes e ideais para determinados conflitos, não são a solução para todas as demandas, de forma que não se pode abrir mão do Judiciário. Existem conflitos que não podem ser tratados através de alternativas autocompositivas, seja pelo fato de haver uma diferença muito grande entre as partes (diferença esta que o mediador não consegue compensar), seja pelo fato de não haver algo em comum entre elas. Nesse sentido, existem, também, limites à mediação (enquanto principal forma autocompositiva de solução de conflitos) e, nestes casos, há a necessidade de atuação do Judiciário para solucionar tais conflitos. Isto ocorre especialmente nos casos que envolvem a proteção/concretização de direitos sociais por parte do Estado. Estas relações, em razão da diferença existente entre os indivíduos e o Estado (além do próprio conflito em si, que envolve direitos fundamentais) não são mediáveis e há a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Contudo, ao mesmo tempo em que há a necessidade de atuação jurisdicional nesses casos, se critica esta mesma atuação, taxando-a, muitas vezes, de ativista, por envolver discussões que são, via de regra, de natureza política.

Então, quando se impõe ao Judiciário a pecha de “ativista”, em razão de estar atuando na seara política, discutindo-se, a partir daí, se este Poder estaria invadindo a competência dos demais e, com isto, violando a teoria da separação de poderes, não se pode perder de vista que isto ocorre em razão de algo maior e anterior a esta atuação: a crise do Estado. É esta crise do Estado, que não cumpre com suas funções, que tem exigido uma atuação mais proativa por parte do Poder Judiciário. Isto porque o Estado não tem cumprido, nem mesmo, com suas funções básicas, previstas na Constituição. Nesse sentido, o Judiciário, enquanto poder que é detentor da função de guardião da Constituição acaba tendo que atuar, a fim de que não seja declarada a “morte” da lei maior do Estado.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 05 agosto 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social. Tradução de Manfredo Berger. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud: Porque a Guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005.

ENRIQUEZ, Eugène. *As figuras do poder*. Tradução de Nina de Melo. São Paulo: Via Lettera, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Tradução de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, DL, 1995.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GORCZEVSKI, Clóvis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, J.R.; LEAL, R.G. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 3010-3029. t. 10.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo*, n.7, v.7, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Pré-compreensão e pós-compreensão: uma análise de sua função na interpretação da constituição aberta. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1347-1381, 2004, t. 5.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLETT, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 273.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, R.G.; LEAL, M.C.H. (Org). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Os (Des)Caminhos da Jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion; MARION JÚNIOR, Nilo. *A autocomposição dos conflitos e o diálogo transformador como meio de autonomização das partes*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28164.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKINSON, Brice. *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio!* Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lume Júris, 2010.

Como citar este artigo:

LEMOS, Maitê Damé Teixeira; ALVES, Felipe Dalenogare. *Um mal necessário? A crise e as alternativas à jurisdição em tempos de Estado Democrático de Direito e ativismo judicial*. In: Anais do X Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013.